

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 805

(Ano IX)

(10/06/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589238>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



08/06/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [O prefeito, a cracolândia e a polícia: crônica de um erro repetido](#)

ARTIGOS

09/06/2017 Jônitas Matos dos Santos Duarte

» [Os contornos do reajuste de 13,23% nos vencimentos dos servidores públicos e o posicionamento da jurisprudência pátria](#)

09/06/2017 Raquel Fernandes Dionizio

» [Crimes praticados pelo computador: crimes virtuais no Brasil](#)

09/06/2017 Bruno de Ugalde Mello

» [Os parâmetros para as restrições à inviolabilidade domiciliar no caso de flagrante de crimes permanentes](#)

09/06/2017 Karina Mara Borges de Oliveira

» [A ineficácia do artigo 28 da Lei de Drogas](#)

09/06/2017 Diego Bispo Montes

» [Atos de improbidade administrativa](#)

09/06/2017 Luciana Pereira Fernandes

» [Concurso público: legislação e fiscalização](#)

09/06/2017 Jéssica de Souza Santana

» [O direito ao esquecimento em confronto com a liberdade de imprensa](#)

09/06/2017 Alexandre Duarte Zagato

» [Marco civil da internet: responsabilidade civil por dano a terceiro](#)

09/06/2017 Rodrigo de Carvalho

» [O menor infrator e suas medidas socioeducativas](#)

09/06/2017 Jônatas Luis da Silva

» [Análise do IPTU ecológico no município de Jales-SP](#)

09/06/2017 Felipe Zocal Medes

» [Prostituição infantil e exploração de menores no nordeste brasileiro](#)

08/06/2017 Rodolfo Cabrini de Oliveira

» [A laicidade como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro](#)

08/06/2017 João Paulo Ferreira Mendes

» [Execução provisória da pena](#)

08/06/2017 Bruno de Ugalde Mello

» [As limitações do inquérito policial pela prerrogativa de foro do investigado em face da jurisprudência dos tribunais superiores](#)

08/06/2017 Renê Gonçalves Estrela Magnoler

» [Psicopatia forense: psicopata e o Direito Penal](#)

08/06/2017 Gabriel Caetano Ramazoto

» [Porte de armas para diferentes classes](#)

08/06/2017 Luciano José de Oliveira Finoto

» [Direito de viver em um meio ambiente saudável](#)

08/06/2017 Alécio Cantelle Neto

» [Marco civil da internet e proteção de dados pessoais](#)

07/06/2017 Thiago Gontijo Matos

» [Lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente: Novos aspectos com a promulgação da Lei nº 12.683 de 2012 sob a ótica do expansionismo penal](#)

07/06/2017 Bruno de Ugalde Mello

» [A responsabilidade civil dos Notários e Registradores à luz da doutrina, jurisprudência e legislação](#)

07/06/2017 Jose Angelo Barozzi

» [A devolução de cheques por insuficiência de fundos, como ação penal incondicionada](#)

07/06/2017 Michelle Marchini Mendes

» [Doação de órgãos e tecidos: da bioética e a interpretação jurídica da lista de espera](#)

07/06/2017 Glauco Eduardo Salles dos Santos

» [A alteração do registro civil de transgêneros nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro](#)

07/06/2017 Leticia Santos Toledo

» [Conciliação como forma de integração do cidadão na busca pela justiça](#)

07/06/2017 Silmara Caroline da Silva

» [A perda do tempo útil](#)

07/06/2017 Liliane Agostini Paiva Delatim

» [A criança e o direito à educação](#)

07/06/2017 Artur Barbosa da Silveira

» [Reforma da previdência, regime previdenciário e direito de opção dos servidores egressos de outros entes da federação: algumas questões em aberto](#)

06/06/2017 Thiago Gontijo Matos

» [Aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de porte de drogas para consumo próprio \(Art. 28 da Lei n 11.343/06\)](#)

06/06/2017 Jose Divino Junqueira

» [Captura da subjetividade do trabalho pelo capital](#)

06/06/2017 Pedro Ramos Lyra da Silva

» [Do \(não\) cabimento da fixação de honorários para a Defensoria Pública](#)

06/06/2017 Douglas Camilo Pereira

» [Inconstitucionalidade da diferenciação de tratamento entre o regime sucessório dos cônjuges e dos companheiros](#)

06/06/2017 Tiago Toledo Gomes Mariano Ferreira

» [Liberdade religiosa e o combate à intolerância](#)

06/06/2017 Ana Caroline Ferreira Bonetto Amicucci

» [Violência doméstica e familiar, a silenciosa consequência psicológica na vítima](#)

06/06/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Mínimo Existencial Socioambiental-Laboral? O Alargamento da Concepção de Meio Ambiente em prol da Sadia Qualidade de Vida do Trabalhador](#)

05/06/2017 Raimundo Gomes de Almeida Neto

» [A greve no serviço público e a questão da remuneração nos dias de paralisação](#)

05/06/2017 Raul Cesar Junges Carvalho

» [Dos princípios constitucionais da Seguridade Social e Previdência Social](#)

05/06/2017 Thiago Gontijo Matos

» [Lavagem de capitais: aspectos conceituais e históricos, mecanismo de combate e repressão](#)

05/06/2017 Douglas Camilo Pereira

» [Erro de tipo, erro de proibição, discriminantes putativas e suas diferenças](#)

05/06/2017 Wilson Felipe Franco Jandotti

» [Aspectos relevantes da modalidade de licitação "Pregão"](#)

05/06/2017 Priscila Helena Soares Piau

» [Os tratados internacionais em matéria tributária como tratados de direitos humanos: incorporação na ordem jurídica brasileira com status de norma constitucional ou supralegal](#)

05/06/2017 Mariane Della Mura Rastelli

» [Cartas psicografadas no âmbito jurídico](#)

05/06/2017 Regiane Cristina Alves

» [Exploração do animal de tração para o trabalho](#)

05/06/2017 Pâmela Martins da Silva Raimundo

» [Inclusão social dos deficientes no âmbito escolar](#)

05/06/2017 Keyla Regina da Silva Taliari

» [Resíduos sólidos e os desafios da gestão municipal de acordo com a Lei 12.305/2010](#)

MONOGRAFIA

05/06/2017 Jean Lucca de Oliveira Becker

» [Sim! Precisamos falar sobre Estado e Democracia!](#)

O PREFEITO, A CRACOLÂNDIA E A POLÍCIA: CRÔNICA DE UM ERRO REPETIDO

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Foi amplamente divulgada pela imprensa a intervenção policial na chamada Cracolândia, local onde, desde o início dos anos 90, reúnem-se viciados em drogas. Com a ajuda do Governador, o Prefeito da capital paulista utilizou-se da Polícia Militar e da Polícia Civil para realizar uma tentativa de "higienização" da área onde vivem miseravelmente os drogaditos.

Evidentemente que a operação policial não cumpriu a sua finalidade, pois as pessoas enxotadas pela irresponsabilidade de um gestor público insensível, midiático e dado a factoides, foram se alojar nas proximidades da Cracolândia, ocupando outro espaço urbano. Obviamente, não tinham para onde ir e são dependentes químicos.

O ato incivil do Poder Público ainda foi complementado por um inusitado pedido judicial de internação compulsória das pessoas e, pior: a Justiça paulista concedeu a interdição obrigatória, rechaçada apenas em segundo grau, após vigorosa e atenta reação do Ministério Público e da Defensoria Pública paulistas. Como é possível acreditar que alguém pode ser tratado a partir de uma medida de força? Claro que a abordagem tem que ser de outra natureza. Afinal, "polícia para quem precisa, polícia para quem precisa de polícia", já cantaram os Titãs.

Repetiu-se, mais uma vez, o erro de considerar a questão das drogas como um problema a ser resolvido pela Polícia e pela Justiça criminal. Ora, ora, droga não é assunto de Polícia! Trata-se de questão muito mais sensível e que passa muito longe da repressão e do simplório proibicionismo.

Aliás, o uso de drogas é mais antigo do que supomos. É conhecida a hipótese do macaco bêbado (40 milhões A.C.), criada por Robert Dudley, da

Universidade da Califórnia em Berkeley, segundo a qual os macacos, ao comerem as frutas caídas ao sol, ficavam entorpecidos, em virtude dos açúcares contidos nas frutas que, ao fermentarem, transformam-se em álcool, que evapora, indicando que a fruta está madura. Os primatas teriam desenvolvido uma atração pelo álcool que os colocariam na frente da corrida evolutiva, pois sentiam o cheiro da fruta madura permitindo o encontro dos melhores alimentos.

Na China, em 2.700 A.C., já se usava a cannabis; em 1.300 A.C., também na Assíria; no ano 1.000 A.C., o povo egípcio conhecia o ópio; na Grécia, em 500 A.C., consumia-se vinho a rodo. Nas Américas a cannabis chegou em 1492; em 1600 os árabes já usavam o haxixe. Duzentos anos depois, é conhecida a guerra ao ópio, na China. Em 1885, Sigmund Freud utilizou-se da cocaína, em auxílio aos seus estudos sobre psicanálise, mesma substância usada pela medicina, durante a 1ª. Guerra Mundial.

Em 1920, conhece-se, possivelmente, o primeiro grande fracasso no combate às drogas: a chamada Lei Seca, decretada pelo governo americano que, além do vertiginoso aumento da criminalidade (inclusive com o surgimento da máfia), proporcionou a elevação no consumo de álcool, milhares de mortes e de casos de cegueira por envenenamento em virtude do uso de produtos falsificados.

Essa equivocada política de guerra às drogas, cuja ação na Cracolândia é exemplo, iniciou-se, efetivamente, em 1971, nos Estados Unidos, no governo do Presidente Richard Nixon (1969/1974), tendo sido reiterada no início da década de 80, com o também Republicano Ronald Reagan (1981/1989). Em continuação, George (pai) Bush incrementou a mesma política, durante os anos 1989/1993. A propósito, certa feita, perguntado a respeito do aumento das prisões decorrente da política de drogas, Bush (pai) afirmou: "*Criaremos espaços nas cadeias*", iniciando-se, então, o lucrativo negócio da privatização das prisões. Aliás, consta que os Estados Unidos já gastaram mais de um trilhão de dólares no combate às drogas.

Ao contrário de copiarmos esta política nociva, desumana e inútil, precisamos estudar as experiências exitosas de outros países que passaram

a tolerar o uso de drogas e a enfrentar a questão sob um posto de vista mais humano e mais inteligente, vendo a drogadição como um problema médico e de ordem privada (o que não impede, muito pelo contrário, a intervenção dos serviços públicos de saúde).

Podemos, assim, citar a Holanda, onde são conhecidos os coffes shops, lugares em que se vende determinadas quantidades de droga a maiores de 18 anos. Neste País, o consumo de drogas é menor quando comparado com outros países, como a França e todo o Reino Unido, sendo as taxas de mortalidade uma das menores da Europa. Apostou-se em uma política de redução de danos, implementou-se as chamadas "salas de consumo" e o oferecimento pelo Estado de drogas aos dependentes. Enquanto na Holanda, aproximadamente, 9,5% dos jovens adultos consomem drogas leves uma vez por mês, na Itália esse número é de 20,9%, na França, 16,7% e na Inglaterra, 13,8%. Lá, 90% dos dependentes são auxiliados nos programas estatais de desintoxicação.

Na Suíça, após o fracasso dos "Parques das Seringas" (em Berna e em Zurique), foram criados espaços reservados para usuários. Em dez anos o número de usuários de drogas injetáveis portadores de HIV diminuiu em 50% e a taxa de mortalidade por overdose entre usuários de drogas injetáveis também diminuiu em mais de 50%. Em 60% dos tratamentos os médicos de família prescrevem substitutos aos opiáceos.

Portugal também optou pela descriminalização, criando as "Juntas de Toxicod dependência", onde são realizadas audiências para o usuário em tratamento. Clínicas são mantidas gratuitamente pelo Poder Público para tratamento dos dependentes químicos. Em dez anos diminuiu o uso de drogas entre os adolescentes e as taxas de HIV e o consumo de maconha é um dos mais baixos da União Europeia.

Mesmo nos Estados Unidos, pelo menos 16 Estados já legalizaram o uso medicinal da maconha. Na Califórnia, os moradores aprovaram a liberação da maconha para uso recreativo. Também no Oregon, no Alasca, no distrito de Columbia e na capital federal foi autorizado o uso recreativo da **maconha**. As medidas no Oregon e no Alasca vão mais longe e

estabelecem uma rede de lojas de maconha regulares, similares àquelas que já operam nos Estados do Colorado e em Washington.

Na Dinamarca foram destinados 857 milhões de coroas dinamarquesas (algo em torno de US\$ 145 milhões) para projetos de pesquisa na área de saúde, incluindo os usos medicinais da maconha. Tratou-se de uma iniciativa inédita no País, onde a maconha, apesar de proibida, é bem tolerada (na comunidade de Cristiania, nos arredores de Copenhagen, por exemplo, o uso de drogas, não apenas a maconha, é praticamente legalizado).

No Canadá, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei que restringia o uso medicinal da maconha e vedava a utilização da planta em outras formas. A Itália passou a permitir o uso medicinal da **cannabis** (Decreto: Gazzetta nº. 33 del 8 febbraio 2013 - Ministero della Salute - Decreto 23 gennaio 2013).

Na América Latina, o Uruguai foi o pioneiro a admitir que os seus cidadãos consomem e cultivem a **cannabis** no âmbito de clubes devidamente autorizados e fiscalizados pelo Estado. Na Argentina, também a Corte Suprema declarou inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio.

Portanto, ao invés de combater as drogas via sistema criminal é preciso que avancemos, ao menos para que o debate fuja um pouco do lugar-comum, ainda mais que, ao que parece, a posição da Suprema Corte brasileira, será pela descriminalização do porte da maconha para consumo próprio (o que, convenhamos, é muito pouco!).

Creio ser preciso levar o debate adiante, no sentido mesmo da legalização das drogas, de toda e qualquer droga, e não somente do porte e do consumo, mas da produção e do comércio. Devemos considerar que a partir do instante em que a produção e o comércio de drogas passem a ser regulamentados, controlados e fiscalizados pelo Estado, a tendência será a eliminação gradativa do mercado ilegal do tráfico (seja a produção, seja o comércio). Transferindo-se este rendoso mercado de bilhões de dólares para o Estado e retirando-o das mãos do crime organizado, ficará este órfão,

forçando-o a deixar este tipo de ilícito, extremamente violento. O Estado passaria, então, a regular o mercado, controlando as vendas, a produção, a propaganda, os locais de consumo, etc.

Com a eliminação, ainda que a longo prazo, do tráfico ilícito, haveria indubitavelmente uma diminuição vertiginosa da prática de outros delitos conexos, pois muitos usuários ou dependentes (é preciso fazer esta distinção) furtam, roubam e até matam para conseguirem a droga ilícita, vendida a preços mais caros no mercado clandestino.

Ademais, sendo enorme a procura por drogas ilícitas e o mercado sem nenhuma regulação estatal, a tendência é que o valor da droga (nem sempre de boa qualidade) seja alto, o que leva o consumidor a praticar crimes para conseguir dinheiro, a fim de sustentar o seu vício (no caso dos dependentes químicos). É possível que a regulamentação do comércio, além de garantir produtos sem impurezas e, portanto, menos nocivos à saúde, estabelecesse preços mais baixos para as drogas em geral. É o que ocorre, por exemplo, com o cigarro (tabaco) e o álcool, cujos usuários não precisam recorrer ao furto ou ao roubo para consumirem a droga lícita.

Ao assumir esta responsabilidade, o Estado passaria, conseqüentemente, a se comprometer em prestar todos os esclarecimentos à população acerca dos efeitos do uso de drogas, como hoje é feito com o cigarro e o álcool. Ao contrário, com a atual política proibicionista^[1], dificulta-se enormemente que adolescentes e jovens tenham acesso a informações corretas e científicas sobre o assunto (e não se confundam com tabus). Ignorantes, o risco para estas pessoas é muito maior. O sofrimento dos amigos e da família, devastador.

Nesta questão, a informação séria (sem moralismo e sem infantilismo) e a boa educação são fundamentais. O respeitado neurocientista da Universidade Columbia, Carl Hart, crítico veemente da política antidrogas de seu País (EUA), adverte que *"nossas políticas para drogas baseiam-se, em grande parte, em ficção e desconhecimento. A farmacologia - ou, em outras palavras, os reais efeitos das drogas - já não desempenha papel tão relevante quando se estabelecem essas políticas."*^[2]

Também não se pode negar, pelo menos na minha visão, que o proibicionismo leva à marginalização e à estigmatização do usuário ou dependente, dificultando (e até impedindo) que o sistema público de saúde chegue até ele, facilitando a proliferação de doenças, especialmente entre os usuários de drogas injetáveis. Aqui, muito mais eficaz, é uma política realmente séria de redução de danos. A propósito, *"los llamados Programas de Reducción de Riesgos son, y han sido, el marco de los diversos planteamientos y programas de actuación que en estas últimas décadas han pretendido dar una respuesta a las diferentes problemáticas asociables a las formas de uso de ciertas drogas, a las patologías concomitantes y a las conductas de riesgo. La reducción de daños se há convertido en la alternativa a los enfoques basados en la abstinencia y centrados en un modelo punitivo, sea por el paternalismo médico sea por la aplicación de la ley."*^[3]

É preciso também refletir exatamente a quem interessa efetivamente a proibição das drogas. Como disse acima, o mercado de drogas ilegais envolve bilhões de dólares por ano. Será que esta política de combate às drogas não serve para que alguns Países continuem a estabelecer uma relação de domínio absoluto sobre outros Estados, especialmente aqueles periféricos, produtores da droga? Parece-me que com a legalização, o dinheiro que hoje vai para estes Países (que, por exemplo, vendem armas e tecnologia bélica e de inteligência a propósito de combater o narcotráfico) ficaria naquele próprio País, a partir da cobrança de impostos, por exemplo.

A atual política criminal de drogas, liderada estrategicamente pelos Estados Unidos, comprova o seu próprio fracasso, com a superpopulação carcerária e um processo crescente de criminalização da pobreza. Este País, sem dúvidas, foi o *"generador y promotor del movimiento antidroga y del discurso respectivo, y porque se há colocado siempre a la vanguardia de 'la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas'"*^[4]

Um outro aspecto relevante sobre o tema é o jurídico. Definitivamente, quem consome drogas não afeta a saúde de outrem, mas a sua própria (quando afeta...). Ora, em um Estado Democrático de Direito não é possível punir uma conduta que não atinja terceiros, razão pela qual, por exemplo, não se pune a autolesão ou a tentativa de suicídio, estando tais condutas

inseridas dentro da esfera de privacidade do sujeito, sendo ilegítima a intervenção do Direito (seja para criminalizar, seja para tornar ilegal a produção, o consumo e o comércio das drogas).

Nós que atuamos no Sistema Jurídico precisamos enxergar para além do Direito. O homem, ao longo da vida, depara-se com graves questões existenciais e adversidades próprias da existência humana, levando-o a tentar suprir a sua incapacidade de enfrentar tais questões com o uso de drogas, que é um dos meios para se chegar à felicidade plena, sem dúvidas. Ora, como pode o Estado punir esta busca, ainda que possa ser uma procura vã? É preciso que se respeite a opção individual e as escolhas de cada um, desde que tais opções e escolhas não venham a atingir outrem.

Como escreveu Freud, *"existem muitos caminhos que podem levar à felicidade, tal como é acessível ao ser humano, mas nenhum que a ela conduza seguramente."* Um deles é a droga: *"Mas os métodos mais interessantes para prevenir o sofrimento são aqueles que tentam influir no próprio organismo. Pois todo sofrimento é apenas sensação, existe somente na medida em que o sentimos, e nós o sentimos em virtude de certos arranjos de nosso organismo. O método mais cru, mas também mais eficaz de exercer tal influência é o químico, a intoxicação. Não creio que alguém penetre inteiramente no seu mecanismo, mas é fato que há substâncias de fora do corpo que, uma vez presentes no sangue e nos tecidos, produzem em nós sensações imediatas de prazer, e também mudam de tal forma as condições de nossa sensibilidade, que nos sentimos incapazes de acolher impulsos desprazerosos. Os dois efeitos não só acontecem ao mesmo tempo, como parecem intimamente ligados."*^[5]

Corretíssimo, portanto, Salo de Carvalho quando afirma que *"a incapacidade do humano de estar frente à diversidade e a sua impossibilidade de realizar acontecimentos trágicos com sujeitos que o desestabilizam talvez possam explicar a necessidade de manutenção da lógica proibicionista com seus perversos efeitos."*^[6]

O sociólogo argentino Alberto Calabrese, responsável pelo curso de Especialização em Adições da Universidade Nacional de Tucumán e Diretor do Mestrado sobre Uso Indevido de Drogas da Faculdade de Psicologia da

Universidade de Buenos Aires, nota que em relação ao usuário das drogas, o *"primer contacto tiene que ver con el placer. (O usuário) no consume pensando que va a consumir para que le haga mal. Decide consumir eso porque cree que le va a hacer bien o le va a dar placer. Que después se equivoque porque él tiene una relación distorsionada con ese objeto o sustancia, es otra historia. Pero lo primero que va a buscar es sustentar el placer."*^[7]

Aqui uma pergunta: por que não se proíbe o uso de bebida alcoólica ou do tabaco, drogas supostamente danosas para a saúde? Segundo o "The Lancet Medical Journal", dentre todas as drogas, o álcool está atrás, em termos de prejuízos para a saúde, apenas em relação à heroína, cocaína, barbitúricos e à metadona. O tabaco causa mais danos à saúde do que a buprenorfina e a maconha, cujo uso medicinal é comprovadamente exitoso no tratamento da esclerose múltipla, de tiques nervosos e para diminuir os efeitos causados pelo tratamento do câncer.

É preciso ficar atento para os chamados *"empresarios de la moral"*, uma espécie de *"mediador entre los sentimientos públicos y la creación de la ley"*, e, principalmente, para os *"empresarios de la represión, ejemplificados en los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal."*^[8]

O proibicionismo só atrai ainda mais as pessoas (principalmente as mais jovens) para o consumo que, por sua vez, sendo ilegal, leva os usuários a uma situação de marginalização e de estigmatização, inserindo-os no sistema penitenciário que, como é notório, longe de ressocializar, criminaliza e violenta ainda mais. É um verdadeiro círculo vicioso. A questão das drogas não pode ser resolvida pelo sistema de Justiça Criminal: Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário. Outros atores devem ser chamados: assistentes sociais, pedagogos, médicos, psicólogos, família, igrejas, escolas, etc. A legalização teria este outro efeito positivo: a descarcerização.

Acho muito pertinente esta consideração de Maria Lúcia Karam: *"Talvez o caminho seja mais árduo. A fantasia é sempre mais fácil e mais cômoda. Com certeza é mais simples para os pais de um menino drogado culpar o fantasma do traficante, que supostamente induziu seu filho ao vício, do que perceber e tratar dos conflitos familiares latentes que, mais*

provavelmente, motivaram o vício. Como, certamente, é mais simples para a sociedade permitir a desapropriação do conflito e transferi-lo para o Estado, esperando a enganosamente salvadora intervenção do sistema penal.”[9]

Diz ela:

“Libertadas dos negativos efeitos da criminalização, as drogas hoje etiquetadas de ilícitas, certamente se mostrarão menos danosas. Libertados do proibicionismo, certamente, seremos mais capazes não só de encontrar formas mais saudáveis de usá-las, como também de regulamentar o seu uso”. [10] Ademais, *“a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado o Estado – e, portanto o Direito – penetrar. Assim como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão, não se podem criminalizar e punir condutas, que menos danosas do que aquelas, podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão”.* [11]

Não esqueçamos, outrossim, que o art. 3º., I, da Constituição Federal estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária, onde deve ser respeitada a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º., X). Também é necessário observar o princípio constitucional do desenvolvimento livre da personalidade.

Ademais, por certo que o combate às drogas tem um inimigo preferencial: os excluídos. Em depoimento no documentário "Quebrando o Tabu" (de onde extraímos parte dos dados referidos neste texto)[12], o ex-Presidente americano Jimmy Carter (1977/1980) alertou para a questão da criminalização das drogas estar relacionada com o racismo, exemplificando: a punição pela posse de uma onça de crack (usado por pessoas pobres e negras) era igual à punição de cem onças de cocaína (usada por pessoas brancas e ricas).

Para concluir, pergunto: a proibição tem surtido algum efeito positivo, sob algum aspecto? E tem gerado efeitos negativos? Vamos, então, refletir sobre tais consequências e avaliar se não é chegada a hora de procurarmos uma política alternativa, uma terceira via, ao menos mais democrática, mais racional, mais humana e mais eficaz.

NOTAS:

[1] O sociólogo argentino Alberto Calabrese, responsável pelo curso de Especialização em Adições da Universidade Nacional de Tucumán e Diretor do Mestrado sobre Uso Indevido de Drogas da Faculdade de Psicologia da Universidade de Buenos Aires, observa que *"la prohibición tiene apenas 55 años de producción a nivel mundial y surge de una resolución de Naciones Unidas del año 1961. O sea que la cocaína, la morfina, la heroína y otro tipo de sustancias psicoactivas no están prohibidas desde que Adán y Eva salieron del paraíso, aunque podemos hacer un parangón entre la salida del paraíso y el consumir la única cosa que no estaba permitida de ser consumida. Esto demuestra que las drogas han cumplido otras funciones: control poblacional y un gran negocio. Un negocio que involucra dos billones de dólares anuales. Es decir, una estructura que se hace difícil de desactivar porque supone e involucra muchos intereses. Formalmente, todos dicen que hay que acabar con el tema, pero la realidad es que ese tema hoy tiene tal importancia en la producción económica, que favorece a muchos que la producción se mantenga en términos de negocios."* (<http://www.revistaajo.com.ar/notas/4232-el-unicornio-azul-no-nos-salvara-de-las-drogas.html>, acessado dia 19 de janeiro de 2016).

[2] HART, Carl, Um preço muito alto, Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 310.

[3] MARKEZ, Iñaki, PÓO, Mónica e ETXEGOIEN, Rebeca, "Nuevos tiempos, nuevas políticas, nuevos modelos de intervención: disminución de riesgos", capítulo do livro Drogas: cambios sociales y legales ante el tercer milenio, Madrid: Dykinson, 2000, p.273.

[4] OLMO, Rosa del, "Las drogas e sus discursos", Direito Criminal, Vol. 05, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121.

[5] FREUD, Sigmund, Obras Completas, Volume 18, O Mal-Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e Outros Textos, São Paulo: Companhia das Letras, 2010, páginas 32, 33 e 42.

[6] A Política Criminal de Drogas no Brasil, São Paulo: Saraiva, 6ª. ed., 2013, p. 459.

[7] <http://www.revistaajo.com.ar/notas/4232-el-unicornio-azul-no-nos-salvara-de-las-drogas.html>, acessado dia 19 de janeiro de 2016.

[8] OLMO, Rosa del, "Las drogas e sus discursos", Direito Criminal, Vol. 05, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121.

[9] De Crimes, Penas e Fantasias, Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 67.]

[10] Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas – Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 65.

[11] Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal, p. 136.

[12] Produzido pela Spray Filmes, Start e Cultura, 2011.

OS CONTORNOS DO REAJUSTE DE 13,23% NOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS E O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

JÔNITAS MATOS DOS SANTOS DUARTE:
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Funcionário Público desde 2011, Analista Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia.

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo analisar a jurisprudência acerca das ações que foram propostas por diversos servidores públicos federais, visando conseguir provimento jurisdicional que lhes assegurassem o direito de ter incorporado às suas remunerações o reajuste de 13,23%, supostamente um reajuste que teria assumido contornos de revisão geral anual.

Palavras-chave: jurisprudência, reajuste de 13,23%, revisão geral anual, servidor público.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the case law about the actions that were proposed by a number of federal civil servants, aiming to make them Court dismissed ensure the right of entering to their remuneration 13.23% uplift, readjusted that supposedly would have assumed contours of general annual review.

Keywords: jurisprudence, 13.23% adjustment, general annual review, public server.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A Lei 10.698/2003 consubstanciou uma revisão geral dissimulada nos vencimentos dos servidores da união? Da inexistência de semelhança com o caso do reajuste de 28,86%. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

Milhares de ações foram propostas e ainda tramitam nas mais diversas cortes federais do Brasil, nas quais servidores alegam que a Lei nº 10.698, de 02 de julho de 2003, foi promulgada em afronta ao art. 37, inc. X da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, por assinalar verdadeira

revisão geral anual das remunerações dos servidores públicos federais em índices diferenciados.

Estas ações objetivam provimento jurisdicional que determine o reajuste de 13,23% em sua remuneração. Aduzem, para tanto, que a concessão de vantagem pecuniária individual (VPI), pelo art. 1º da Lei nº 10.698/2003, seria uma revisão geral anual travestida e que, em razão disso, faria jus ao percentual pleiteado, por ter sido contemplado em percentual inferior ao obtido por outros servidores, que têm remuneração também inferior.

Alegam, ainda, semelhança com o caso do reajuste de 28,86%, onde fora reconhecido pelo Poder Judiciário o direito dos servidores federais ao reajuste retro, pela inobservância do princípio da isonomia consubstanciado no art. 37, inc. X, da Constituição Federal.

A União, por outro lado, rebate a tese dos servidores, argumentando que o mencionado reajuste não se tratou de uma revisão geral anual e sim mero reajuste, não havendo semelhança alguma com o caso do percentual de 28,86%.

A Lei 10.698/2003 consubstanciou uma revisão geral dissimulada nos

vencimentos dos servidores da união?

Inicialmente, a tese desenvolvida pelos diversos servidores não se encontra em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se observa do julgamento do agravo em recurso extraordinário 649.212, em que se afastou expressamente a suposta natureza jurídica de revisão geral anual da Lei 10.698/2003. Confira-se:

*“Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Remuneração. 3. **Alegação de que a Lei 10.698/2003 operou revisão geral dissimulada dos vencimentos dos servidores da União em descompasso com o preceituado pelo art. 37, X, da Constituição Federal. Tese inconsistente e incompatível com a harmonia do texto constitucional.** 4. Texto normativo que não se submete ao âmbito de incidência do preceito*

***constitucional invocado.** Fosse o caso de revisão, ter-se-ia a tentativa de neutralizar consequências negativas de um processo inflacionário anterior, de tal sorte que o legislador teria enunciado o benefício contido na Lei 10.698/2003 por meio de um índice que tentasse refletir a respectiva corrosão do poder aquisitivo. 5. O fato de os desdobramentos gerados na esfera da economia individual de cada servidor serem diferentes é consequência natural de um estatuto normativo que, a par de beneficiar a todos os servidores, não expressa mensagem legal destinada a recompor de maneira geral perdas próprias de processo inflacionário. 6. Mostra-se plenamente legítima a motivação política que subjaz a esse diploma legislativo, ao se apresentar mais sensível no benefício das classes dos servidores que ganham menos, subentendendo-a como reflexo de uma realidade social específica. 7. Agravo interno a que se nega provimento” – negritou-se (ARE 649212 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012).*

Em relação ao mérito aqui discutido, há de ser ressaltado que, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do **art. 37, inc. X da Constituição Federal**, não existia, no ordenamento jurídico, garantia de periodicidade de revisões.

Somente com a Emenda Constitucional nº 19/1998 é que restou assegurada a periodicidade anual da revisão geral das remunerações dos servidores públicos federais. Ocorre que a referida revisão geral anual é desnecessária no presente feito, uma vez que a Lei nº 10.698/2003 trata de concessão de vantagem pecuniária individual, e não de revisão geral, que fora estabelecida, naquele ano, pela Lei nº 10.697/2003. **Ora, revisão e reajuste são diversos e têm tratamento diferente**, inclusive na Carta Magna.

A revisão geral distingue-se do reajuste. Consoante ensina a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (Princípios constitucionais dos servidores públicos, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 323) que “..enquanto aquela implica examinar de novo

o quantum da remuneração para adaptá-la ao valor da moeda, esse importa em alterar o valor para ajustá-lo às condições ou ao custo de vida que se entende dever guardar correspondência com o ganho do agente público”.

Há que se ressaltar, inclusive, que a Corte Suprema, em vários julgados, vem admitindo a concessão de reajustes diferenciados a categorias, sem que isso represente ofensa à revisão geral anual prevista no art. 37, inc. X, da Constituição Federal, conforme decisões proferidas na ADI nº 603, ADI nº 525 e 526, e RE nº 176.937.

Nesse contexto, calha transcrever a observação do eminente Min. Sepúlveda Pertence, extraída de voto proferido no julgamento da ADI-MC 526, DJ 5.3.1993, de iterativa reprodução no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

*“O art. 37, X, da Constituição, que impõe se faça na mesma data 'a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares', é um corolário do princípio fundamental da isonomia; **não é, nem razoavelmente poderia ser, um imperativo de estratificação perpétua da escala relativa dos vencimentos existente no dia da promulgação da lei Fundamental: não impede, por isso, a nova atualização, por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva expressa da sua irredutibilidade.**” (CF, art. 37, XV). (Grifei).*

Com efeito, partindo da diferenciação entre reajuste e revisão geral anual, foram editadas duas leis: A Lei nº 10.698/2003, que “Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional” e a Lei nº 10.697/2003 que, por sua vez, “Dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, de que trata a Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, referente ao ano de 2003”.

Dessa forma, vê-se que a Lei nº 10.698/2003 apenas concedeu uma vantagem pecuniária individual - VPI aos servidores públicos federais, conferindo,

assim, um reajuste estipendiário para os diversos níveis, classes, padrões e categorias de servidores existentes, buscando promover uma primeira aproximação entre esses valores e corrigir distorções remuneratórias existentes no serviço público federal. A Lei nº 10.698/2003 não veiculou, assim, uma revisão geral de vencimentos, como pretende fazer crer a parte autora. **No ano de 2003, a revisão geral de vencimentos, em percentual idêntico a todos os servidores públicos federais, foi conferida pela Lei nº 10.697/2003.**

De fato, a modificação imposta pela Lei nº 10.698/2003 configurou apenas inequívoco e isonômico reajuste, já que a todos os servidores públicos federais foi concedida vantagem pecuniária individual no valor nominal de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos).

A título de argumentação, ainda que tal valor represente percentual diverso em relação aos vários padrões de vencimentos existentes nos quadros da Administração Pública, como arguido nas ações, ainda assim o princípio da isonomia restou inteiramente observado, pois citada vantagem buscou ser mais salutar aos servidores mais necessitados.

A propósito, vale ressaltar que, na exposição de motivos da Lei nº 10.698/2003, extraída do site da Câmara dos Deputados, consignou-se expressamente que o objetivo do referido diploma legislativo foi o de conceder um aumento diferenciado entre os servidores públicos, com o fim de reduzir a distância entre os valores da menor e da maior remuneração, como se verifica nas seguintes passagens (grifos nossos):

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

1. Submetemos à superior deliberação de Vossa Excelência anexa proposta de Projeto de Lei, conforme minuta anexa, que dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos).

2. *O encaminhamento deste assunto reveste-se de urgência, tratando-se de medida complementar à proposta de reajuste linear, retroativo a janeiro do corrente ano por força da Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, que tramita em paralelo com este projeto, para dar início a um conjunto de ações de correção das distorções remuneratórias verificadas ao longo dos últimos anos, em decorrência da política de concessão de reajustes diferenciados, que acabou por privilegiar segmentos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, particularmente os integrantes de carreiras e cargos estruturados, comparativamente com os integrantes dos cargos isolados do Plano de Classificação de Cargos - PCC e planos diversos ou servidores de diversos níveis.*

3. *A presente proposta visa a reduzir a distância entre os valores da menor e da maior remuneração, por intermédio da instituição de vantagem pecuniária individual, no valor fixo de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos), que, por ser o mesmo para todos os níveis, classes, padrões e categorias existentes, representará uma primeira aproximação entre esses valores, tendo como resultados ganhos inversamente proporcionais aos obtidos desde 1998. Embora tenha como destinatários os servidores públicos civis ativos, inativos e pensionistas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, à semelhança das vantagens instituídas pelo art. 2º da Lei nº 7.706, de 21 de dezembro de 1988, pelo art. 9º da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, os seus efeitos serão mais significativos no âmbito do Poder Executivo, tendo em vista as disparidades das tabelas de vencimentos existentes nos Três Poderes. (...).”*

Desse modo, considerando-se a própria *mens legis*, não se pode admitir que a Lei nº 10.698/2003 teve por objetivo instituir a revisão geral anual consagrada

constitucionalmente. De fato, verifica-se a clara vontade do legislador no sentido de que a VPI não visou à recomposição linear da remuneração dos servidores, mas, ao contrário, teve por objetivo minimizar as distorções salariais entre os valores da menor e da maior remuneração.

Reforçando a tese de que o reajuste de 13,23% não se confunde com a revisão geral anual concedida, no ano de 2003, pela Lei n.º 10.697/2003, merece destaque a redação do art. 1º, par. único, da Lei n.º 10.698/2003, nos termos do qual:

“Art. 1º Fica instituída, a partir de 1º de maio de 2003, vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos).

*Parágrafo único. **A vantagem de que trata o caput será paga cumulativamente com as demais vantagens que compõem a estrutura remuneratória do servidor e não servirá de base de cálculo para qualquer outra vantagem.**” Grifo nosso.*

Diante desse quadro, constata-se facilmente que o referido diploma legislativo teve por objetivo promover um reajuste remuneratório ordinário, que nada impede seja diferenciado, mediante a concessão de parcela que não pode servir de base de cálculo para qualquer outra vantagem (art. 1º, par. único da Lei n.º 10.698/2003) e, portanto, não é incorporável ao vencimento básico, diferentemente do reajuste decorrente da revisão geral anual que incide sobre o próprio vencimento.

Em outras palavras, como já demonstrado, embora editadas na mesma data, a Lei n.º 10.697/2003 e a Lei n.º 10.698/2003 impactaram de forma diversa na estrutura remuneratória dos servidores públicos, visto que o primeiro diploma legal tratou da revisão geral consagrada constitucionalmente, estipulando percentual incidente sobre o somatório do vencimento e das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, o qual é irredutível, nos termos do §3º do art.

41 da Lei nº 8.112/90, enquanto o segundo concedeu parcela (VPI) que não pode servir de base de cálculo para qualquer outra vantagem (art. 1º, par. único da Lei nº 10.698/2003) e, portanto, não incorporável ao vencimento básico, o que afasta a hipótese de revisão geral não isonômica da remuneração dos servidores públicos.

Vale ressaltar, também, que o art. 2º da Lei nº 10.698/2003 previu expressamente que sobre a vantagem ali estabelecida incidirão as revisões gerais e anuais de remuneração dos servidores públicos federais, corroborando, assim, peremptoriamente, que a VPI possui natureza de acréscimo estipendiário decorrente da liberalidade do legislador e não de revisão de caráter geral.

Como se vê, os servidores receberam a revisão geral anual estabelecida na Lei nº 10.697/2003 e a vantagem pecuniária individual conferida pela Lei nº 10.698/2003.

A ausência de indicação dos critérios utilizados para se chegar ao índice pleiteado e a não apresentação de quaisquer cálculos que comprovassem o cabimento do referido percentual impuseram, por si só, o reconhecimento da improcedência de diversos pedidos, ante a não demonstração pelos autores do fato constitutivo de seu direito.

Da inexistência de semelhança com o caso do reajuste de 28,86%

Primeiramente, há de ser considerado o panorama constitucional e legal em vigor à época da concessão do reajuste de 28,86% apenas aos militares, em detrimento dos servidores civis do Poder Executivo.

Quando da edição das Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, que concederam o reajuste de 28,86% aos militares, o art. 37, inc. X, da Carta Magna continha a seguinte redação: *“a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”*

À época, foi reconhecida a extensão do reajuste de 28,86% aos servidores públicos civis porque este tinha sido concedido apenas aos militares, tendo-se considerado a existência de afronta ao texto vigente da Constituição Federal.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, o inciso X do art. 37 passou a ostentar a seguinte redação:

“X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação da EC nº 19/98)”.

Conforme claramente se vê, na alteração constitucional promovida, deixou de existir vinculação de concessão de reajuste entre os servidores civis e militares na mesma data, subsistindo o chamado princípio da periodicidade que, segundo Alexandre de Moraes, “garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral, diferentemente da redação anterior do citado inciso X, do art. 37 (...)”

Entretanto, conforme demonstrado, a revisão geral anual, no ano de 2003, deu-se com a Lei nº 10.697/2003.

Assim, caso a Administração Pública pretendesse conceder outra revisão geral naquele mesmo ano, tê-lo-ia feito nos moldes do art. 2º Lei nº 10.331, de 18.12.2001, que regulamentou o art. 37, inc. X da Constituição Federal.

Mas não foi isso o que ocorreu. O Poder Público, por meio de duas leis diversas, concedeu uma **vantagem pecuniária** e uma **revisão geral anual**, para repor as perdas decorrentes da inflação, observada a Lei nº 10.331/2001.

No Mandado de Segurança nº 24.695-2, apreciado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 31.08. 2005 (DJ 3-09-2005 PP-00006; EMENT VOL-02206-02 PP-00238; LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 161-169), o Ministro-Relator Sepúlveda Pertence assim se manifestou, em seu relatório e voto (grifos nossos):

“Ademais, o precedente citado, o RMS 22.307, dizia respeito a não concessão aos servidores civis de reajuste concedido aos militares: hipótese diversa da que se analisa.

(...)

Ora, ainda que se considere a vantagem pecuniária individual (L. 10698/2003) como sendo revisão geral anual – o que se admite apenas para argumentar, já que a RGA foi objeto da L. 10697/2003 -, não se pode considerar que a extensão do percentual de 13,23% a todos os servidores – pretensão da agravante - atenda as condições existentes no art. 2º da L. 10.331/2001, que regulamentou o inciso X do art. 37 da Constituição.”

Apesar de o julgamento referido ter inadmitido a via mandamental para postular reajuste em moldes idênticos ao da presente ação, **o ilustre Min. Relator apontou diferença entre as lides que trataram do reajuste de 28,86% e a que postula o reajuste de 13,23%.**

Ademais, no voto-condutor do acórdão do agravo em recurso extraordinário 649.212, o Exmo. Min. Gilmar Mendes afastou expressamente qualquer relação entre os 13,23% e os 28,86%. Confira-se:

“No caso, a insurgência se baseia em interpretação forçada da Lei 10.698/2003, com propósito de demonstrar que este diploma normativo teria escamoteado uma revisão desigual para os servidores da União em descompasso com o preconizado pela parte final do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.

Desse modo, entende que a vertente questão merece solução idêntica à adotada no julgamento do RMS 22.307, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.6.1997, e reafirmada no RE-QO-RG 584.313, de minha relatoria, DJe 22.10.2010, relativa ao acréscimo de 28,86% decorrente de interpretação das leis 8.622/1993 e 8.627/1993.

Contudo, não merece prosperar o pleito. Isso porque, ao instituir a vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos efetivos ou empregos públicos, no valor de R\$ 59,87 (cinquenta e nove reais e

oitenta e sete centavos), a Lei 10.698/2003 tão somente levou a efeito um prerrogativa funcional do Legislativo federal, relacionada à regência remuneratória do quadro funcional da União, no contexto de legítimo e livre exercício de direção política, no âmbito da atividades legislativa deste ente.

Dessarte, o fato de os desdobramentos gerados na esfera da economia individual de cada servidor serem diferentes é consequência natural de um estatuto normativo que, a par de beneficiar a todos os servidores, não expressa mensagem legal destinada a recompor de maneira geral perdas próprias do processo inflacionário.

Fosse caso de revisão, ter-se-ia a tentativa de neutralizar consequências negativas de um processo inflacionário anterior, de tal sorte que o legislador teria enunciado o benefício contido na Lei 10.698/2003 por meio de um índice que tentasse refletir a respectiva corrosão do poder aquisitivo.

Nesse passo, impede lembrar que o significado normativo do preceito, constitucional invocado traduz uma diretriz a ser considerada dentro do processo de revisão geral de vencimento dos servidores, orientando o legislador ordinário a buscar a preservação do valor real da remuneração destes, o que, como sói ser, demonstra-se por índices e não por valores definidos em termos absolutos.

Desse modo, tal como enunciada, releva-se manifesta a exclusão da Lei 10.698/2003 do âmbito de incidência do artigo 37, inciso X, da Constituição Federal.

(...)

Ademais, a tese recorrente não resiste a uma compreensão harmônica com a Constituição Federal (princípio da concordância prática), porquanto carrega intolerável pretensão desagregadora, uma vez que,

substancialmente, defende a vinculação entre os vencimentos dos cargos dos servidores da União.

Esse propósito claramente antagoniza o art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal, que preceitua que é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Aliás, se a inversão pretendida na espécie emplasasse e, desse modo, fosse lícito transformar um valor específico (R\$ 59,87), absoluto e definido, em um índice geral de revisão (13,23%), preconizar-se-ia um indesejável engessamento da remuneração dos servidores. Isso porque restaria contrariado o sentido de adaptação desse específico processo legislativo à dinâmica da realidade social que, em um momento pode exigir mais atenção para determinada classe de servidores; em outro, para outra diversa, conforme forem as exigências relevadas para concretização dos fins do Estado.

Nesse sentido, destaque-se: ADI 2.726, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 29.8.2003.

Assim, mostra-se plenamente legítima a motivação política que subjaz a esse diploma legislativo, ao se apresentar mais sensível no benefício das classes dos servidores que ganham menos, subentendendo-a como reflexo de uma realidade social específica” – destacou-se.

CONCLUSÃO

Portanto, não há que se falar em semelhança entre o reajuste vindicado e o reajuste de 28,86%, eis que não ocorreram duas revisões gerais, mas apenas uma, a da Lei nº 10.697/2003, sendo certo que o teor da Lei nº 10.698/2003 é de concessão de vantagem pecuniária, em conformidade com a Carta Maior, sendo incabível a concessão de reajustamento de 13,23%, visto que não houve violação ao art. 37, inc. X da Constituição Federal.

REFERENCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=135235> . Acesso em: 06 jun. 2017. Texto Original.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Lei n. 10.698, de 2 de julho de 2003. Dispõe sobre a instituição de vantagem pecuniária individual devida aos servidores públicos civis da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.698.htm.

BRASIL. Lei n. 10.697, de 2 de julho de 2003. Dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, de que trata a Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, referente ao ano de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.697.htm.

BRASIL. Lei n. 8.627, de 19 de fevereiro de 1993. Especifica os critérios para reposicionamento de servidores públicos federais civis e militares e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8627.htm.

BRASIL. Lei nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993. Dispõe sobre a revisão geral da remuneração dos servidores públicos civis e militares do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8622.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 649212 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-158 DIVULG 10-08-2012 PUBLIC 13-08-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 526 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/1991, DJ 05-03-1993 PP-02896 EMENT VOL-01694-01 PP-00136.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 323.

CRIMES PRATICADOS PELO COMPUTADOR: CRIMES VIRTUAIS NO BRASIL

**RAQUEL FERNANDES
DIONIZIO:** Universidade Brasil.
Fernandópolis.

Prof. Me. **Andre de Paula Viana**
(Orientador)^[1]

RESUMO: A história da internet, se evoluiu muito rapidamente, e ainda surgir de uma nova era, de uma modernidade na sociedade de conhecimento, sendo um grande avanço que hoje não é mais nenhuma novidade, hoje ele se tornou essencial, indispensável, que já faz parte do cotidiano e se tornou uma eficiente ferramenta para facilitar a vida das pessoas, transformando tudo mais rápido e prático, são inúmeros benefícios trazidos pela internet, mas também em contrapartida com facilidade de acesso a essa ferramenta surge um impasse para o ramo do Direito Penal, que são os crimes virtuais, alguns crimes já previsto no Código Penal Brasileiro que são perfeitamente enquadráveis, os cometido por meio da internet, em frente a um computador ou smartphone, ou seja, crimes antigos praticados por um meio novo, aqueles crimes em que se fez uso da Internet como o meio de execução. Infelizmente o ordenamento jurídico Brasileiro não consegue avançar na mesma velocidade que o crescimento do uso da internet, para coibir abusos e possíveis condutas ilegais. O resultado dessa desproporcionalidade no Brasil pode ser visto pelos crimes que podem ser chamados de crimes eletrônicos, crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cybercrimes, condutas em que o objeto da ação lesa direito relativo a bens ou dados de informática e estes em sua maioria não encontram tipificação em nosso ordenamento jurídico. Ao demonstrar então que esses crimes não deveriam deixar de ser uma preocupação social, se faz demanda de uma tipificação específica e mais atual em nosso ordenamento jurídico.

Palavras Chaves: origem da internet, crime na internet, crimes virtuais, código penal.

ABSTRAT: The present study presents the history of the internet, its evolution and how it emerged from a new era, a modernity in the knowledge society, being a great

advance that today is no longer new, today it has become essential, indispensable, that is already part of daily life and has become an efficient tool to make life easier for people, making everything faster and more practical, there are innumerable benefits brought by the internet, but also in a counterpart with ease of access to this tool arises a deadlock for the branch of the Criminal Law, which are virtual crimes, some crimes already provided in the Brazilian Penal Code that are perfectly framed, those committed through the internet, in front of a computer or smartphone, that is, old crimes committed by a new means, those crimes in which the Internet was used as the means of execution. Unfortunately the Brazilian legal system can not advance at the same speed as the growth of Internet use, to curb abuses and possible illegal conduct. The result of this disproportionality in Brazil can be seen by the crimes that can be called electronic crimes, Internet crimes, digital crimes, cybercrime or cybercrimes, conduct in which the object of the action damages the right relating to goods or computer data and these in Most of them are not classified in our legal system. By demonstrating that these crimes should not be a social concern, we demand a specific and more current typification in our legal system.

Keywords: origin of the internet, internet crime, virtual crimes, penal code.

INTRODUÇÃO

A internet surge em meio a guerra fria como arma militar norte-americana de informação. A proposta inicial consistia em interligar a central de computadores dos postos de comando estratégicos americanos, onde assim todos conseguisse comunicar com rapidez e se prevenir de possíveis ataques surpresas. Por essa razão então que se foi pensando estrategicamente que quando um ponto fosse atacado os demais poderiam funcionar normalmente de forma autônoma, para que não afetasse o funcionamento dos demais.

Atualmente a internet se destaca em grande escala é próprio da sociedade que o acesso livre as tecnologias e a? rede de comunicação seja um direito de todos os cidadãos. Mais do que isso, garantias e liberdades constitucionais passam a ser consideradas e refletidas a? luz do impacto que a nova tecnologia traz no dia a dia. nas escolas, no trabalho ou nas relações pessoais, estar online e? realidade, não no

mero contexto de estar conectado, mas no sentido de estar incluído digitalmente, ser um ser social digital, estar “em rede”, por esse motivo o trabalho apresentado alude sobre o tema dos crimes praticados pela internet, ou chamados de crimes de informática, referir-se a modalidade de crime informático, para esse fim faz-se a distinção entre os vários crimes praticados em que está relacionado ao uso da informática, assim como a difícil conceituação, e complexa definição ao alcance do estudo enquanto um novo ramo do direito moderno.

Recentemente o uso da internet e seus recursos tomaram conta da rotina dos indivíduos, seja para buscar conhecimento ou até fazer novas amizades, investir no mercado financeiro, e até mesmo fazer compras de quaisquer produtos.

As distinções entre os crimes já existentes e as novas condutas praticadas em decorrência do avanço tecnológico, ou seja, as modalidades delitivas tradicionais existentes antes da aparição do computador e agora realizadas por meio de sua utilização incrementaram as taxas de aumento da criminalidade com rapidez e impunidade. Apesar de a internet ter inúmeros benefícios, que atualmente são indispensáveis, também apresentam alguns riscos a serem esclarecidos em breve.

Ainda existem ilícitos que se enquadram perfeitamente no Código Penal e legislação extravagante, quais sejam aqueles em que a Internet, ou outro ambiente eletrônico, informático ou computacional, é tão somente o seu meio de execução, estando a tipificação perfeita ao ato proferido; são estes os crimes eletrônicos, que recebem também as nomenclaturas de crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cybercrimes.

O tema aqui apresentado vem examinar os aspectos jurídicos e criminais do mundo virtual, com o objetivo em analisar a problemática acerca do ajustamento da norma penal em face dos crimes virtuais e sua repercussão em âmbito jurídico.

1 DEFINIÇÃO DE INTERNET E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Tudo começou com O Projeto Arpanet da agência de projetos avançados (Arpa) do Departamento de Defesa norte-americano confiou, como explica Liliana Paesani (2014, p.10.)

Em 1969, a Rand Corporation a elaboração de um sistema de telecomunicações que garantisse que um ataque nuclear russo não interrompesse a corrente de comando dos Estados Unidos. A solução aventada foi a criação de pequenas redes locais (LAN), posicionadas nos lugares estratégicos do país e coligadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (WAN). Em 1973, quando Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa avançada da Universidade da Califórnia e responsável pelo projeto, registrou o (protocolo TCP/IP) Protocolo de Controle da Transmissão/Protocolo Internet; trata-se de um código que consente aos diversos networks incompatíveis por programas e sistemas comunicarem-se entre si.

A concepção primordial era em interligar a central de computadores do posto de comando estratégicos americanos, para se proteger de uma suposta agressão. Se um dos pontos estratégicos fosse atacado, os outros poderiam continuar lutando e funcionando normalmente, com o auxílio das informações.

Atualmente o número de usuários da internet começou a crescer após o seu uso comercial, como pode ser explicado por Liliana Paesani (2014, p.11) “A Internet surgiu no auge do processo de barateamento das comunicações, ocorrido ao longo do século XX, e o usufruto desse benefício saltou de 140 milhões de usuários, em 1998, para mais de 800 milhões nos anos seguintes.”

Logo os investidores de início tinham como ambição o grande interesse meramente lucrativo, por outro lado esse desenvolvimento da internet acabou dando causa a um grande impasse, por parte dos usuários de má fé, através da internet acabam cometendo atos ilícitos, no campo virtual. Os crimes virtuais começam a fazer parte do cotidiano dos norte-americanos na década de 70 e 80, pois desta época até o nome “hacker” já era utilizado para indivíduos que usavam a internet irregularmente, começando a invadir sistemas e na década de 80 houve maior propagação dos diferentes tipos de crimes.

Pode se concluir então que o conceito internet pode ser então um meio de comunicação e transferência de dados interligados entre si, assim como demonstra Liliana Paesani (2014, p.12)

O que é internet? A resposta não é clara nem completa. Sob o ponto de vista técnico, a Internet é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta. As ligações surgem de várias maneiras: redes telefônicas, cabos e satélites. Sua difusão é levemente semelhante à da rede telefônica. Existe, entretanto, uma radical diferença entre uma rede de computadores e uma rede telefônica: cada computador pode conter e fornecer, a pedido do usuário, uma infinidade de informações que dificilmente seriam obtidas por meio de telefonemas.

2 CONCEITO DE CRIME NA LEI PENAL BRASILEIRA

Conforme a Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n. [3.914/41](#), sancionada por Getúlio Vargas, conforme artigo 1^a:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Seguindo por esse pensamento no que se define crime, é preciso que o agente tenha praticado uma ação que infligir a uma pena, ou seja, um fato típico, que abrange cinco elementos importantes, são elas: a conduta dolosa ou culposa, e conduta comissiva ou omissiva; o resultado, o nexos de causalidade entre conduta e resultado; e a tipicidade. Já a antijuridicidade ou ilicitude se faz a relação de contrariedade que permanece de um lado entre a conduta que o agente realizou e por outro no ordenamento jurídico. Na culpabilidade tem como conceito a reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente, possuindo os seguintes elementos: imputabilidade; potencial consciência sobre a ilicitude do fato; e exigibilidade de conduta diversa.

Assim então se consagra uma ordem determinada na análise do fato praticado por um agente para determinar se é ou não crime, ou seja, devemos analisar primeiramente a tipicidade da conduta, em seguida a antijuridicidade e por

final a culpabilidade. A Internet tornou-se um fato social e desde então o Direito fez-se necessário para garantir a segurança dessas relações e proteger o bem jurídico quando lesionado. O Direito penal surgiu para proteger os bens jurídicos considerados de maior importância para a sociedade, a vida é um exemplo desse tipo de proteção. A definição de crime é da mesma forma, tanto para delitos comuns quanto para os crimes digitais, por essa razão pode-se concluir então que a ação humana, que causou lesão ou perigo contra os bens mais importantes para a sociedade, a conduta humana em ambos os casos está sujeita a uma sanção prevista em lei. O Código Penal Brasileiro em seu artigo primeiro faz referência de que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Por tanto este artigo é cabível tanto para os crimes digitais quanto para os crimes comuns, pois, não há como punir alguém se o fato cometido não for crime.

2.1 CRIME INFORMATICO NO BRASIL

No Brasil um dos primeiros crimes informáticos cometido foi o de descobrir senhas alheias, como relata Damásio de Jesus (2016, p.24)

No Brasil temos notícias dos primeiros crimes de phishing scam bancário (pescaria de senhas) em 1993. Igualmente, outro caso celebre foi o de um empresário e antigo controlador de uma rede de varejo, acusado a? época (1999) de ter enviado, de Londres, e-mails para o mercado financeiro com informações falsas alardeando o risco de quebra de um banco. Muito se debateu, a partir de então, sobre os problemas envolvendo a investigação de crimes informáticos, que poderiam ser praticados em qualquer localidade do mundo. Mais que isso, começou-se a refletir sobre a necessidade de leis que tratassem de crimes informáticos.

Os crimes cometidos por meio da Internet trazem um enorme desafio para o Direito devido ao grande universo em que agem os criminosos e o alto nível intelectual que os agentes possuem os Crimes Cibernéticos tem como conceito conforme os ensinamentos de Higor Jorge (2013, p.20)

Crimes Cibernéticos defini os delitos praticados contra ou por intermédio de computadores (dispositivos informáticos, em geral). Além desta questão há também algumas condutas indevidas, essas condutas ainda podem ser divididas em crimes cibernéticos e ações prejudiciais atípicas. Na espécies de Crimes cibernéticos subdivide-se em crimes cibernéticos abertos e crimes exclusivamente cibernéticos.

No nosso ordenamento jurídico consta o princípio da territorialidade, ou seja, local onde o crime foi praticado pois vale ressaltar também que os crimes digitais podem ser cometidos em qualquer lugar do mundo. Para esse princípio existem três teorias: teoria da atividade; teoria do resultado e teoria mista, por exemplo, se um indivíduo que está em outro país bem distante do Brasil, pode cometer um delito pela rede de internet, e seria punido em conformidade com o princípio da territorialidade. Um grande exemplo é o crime de aliciamento de crianças praticado através de salas de bate papo online, previsto no artigo 241-D Estatuto da Criança e Adolescente e o mais recente crime cibernético invasão de computadores, o crime de interceptação telemática ilegal

Em conformidade com a teoria da atividade se faz jus, de que o lugar do crime seria o da ação ou da omissão, mesmo que outro fosse o da ocorrência do resultado. A teoria do resultado despreza o lugar da conduta e defende a tese de que lugar do crime é onde ocorre o resultado, e teoria mista adota as duas posições anteriores e diz que lugar do crime será o da ação ou da omissão, bem como onde se produziu ou deveria dar causa resolução final.

A luz do Código Penal pode-se adotar a teoria mista ou da conforme, seguindo artigo 6º esclarece ainda que: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. Outro princípio de grande importância para o direito é o da extraterritorialidade já existente, tendo como conceito da aplicação da lei penal brasileira àqueles que praticarem infrações penais fora do território brasileiro, ou seja, em países estrangeiros. O princípio da extraterritorialidade pode ser condicionado ou incondicionado, no segundo caso como o próprio nome sugere, é a possibilidade da aplicação da lei penal brasileira a fatos ocorridos no estrangeiro sem que para isso não exista qualquer condição. A

medida que o artigo 7 do Código penal, traz as hipóteses de extraterritorialidade incondicionada podem ser encontradas no inciso I, alínea b.

3 DOS CRIMES CYBERNETICOS NA PRATICA

Com a Internet surgiu uma quantidade inimaginável de informações para qualquer pessoa que esteja interessada em pesquisar sobre um determinado assunto. Essa facilidade é apenas uma dentre tantas outras que esse meio de comunicação nos oferece. Esse é o lado bom da Internet. Existe um outro lado, não tão agradável como o anterior, que são os crimes praticados por meio dessa magnífica ferramenta de informação disponível para a população em geral.

No meio dos ilícitos cometidos estão, por exemplo: a exposição de sites na Internet com pornografia infantil, que se enquadra no art 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente e também o plágio de textos de terceiros que se enquadra no art 184 do Código Penal – violação de direito de autor.

Os crimes acabam sendo por inumeráveis, pela razão de que podem acontecer no meio cibernético, como: calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação do direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados falsos em sistemas de informações, adulteração de dados em sistemas de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões, jogo de azar, crime contra a segurança nacional, preconceito ou discriminação de raça cor etnia etc.. A pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software.

Conforme explica Coriolano Almeida Camargo entrevistada pela Rede Brasil Diário em 2011 sobre os crimes cibernéticos na pratica:

Os crimes mais comuns são os cometidos contra o sistema financeiro, os crimes de phishing, que são furtos mediante fraude. Uma pessoa recebe uma mensagem falsa, via internet, ela clica no arquivo malicioso e importa um vírus para dentro da máquina. Por exemplo: “você está

sendo notificado por que a Polícia Federal está lhe investigando”. Para saber mais detalhes sobre o processo, clique aqui”. No momento em que você clica, você importa o arquivo malicioso para dentro da sua máquina, ele vai fazer uma varredura, vai encontrar seus dados bancários e com esses dados, ele vai retirar valores da sua conta corrente (...) O furto mediante fraude, a distinção é que a pessoa usa sua distração, você pensa estar clicando em uma mensagem verdadeira, nesse momento, é cometida a fraude e, depois, o furto. Dentro do rol de crimes eletrônicos, já está tipificado, ou seja, não precisa de uma legislação para tipificar o furto mediante fraude, mas precisamos de uma legislação para tipificar outros delitos, por exemplo, invasões em portais, em sites, em bancos de dados.

Dentre as formas dos crimes virtuais, como se pode entender, a jurisprudência, de um caso concreto do ano de 2015, um recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça sobre pornográfica infantil, utilizando a internet para perpetrar este crime, produção e fotografias envolvendo crianças, que foram divulgadas na rede:

[STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS](#)

[RHC 56005 SP 2015/0020581-6 \(STJ\)](#)

Data de publicação: 28/05/2015

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO E FOTOGRAFIA DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA, DIVULGAÇÃO DE IMAGENS OU FOTOGRAFIAS COM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO INFANTIL E ARMAZENAMENTO DE ARQUIVOS CONTENDO CENAS OU IMAGENS PORNOGRÁFICAS OU DE SEXO EXPLÍCITO ENVOLVENDO CRIANÇAS OU ADOLESCENTES. UTILIZAÇÃO DE FÓRUMS NA INTERNET E SITE EM REDE OCULTA

NA INTERNET. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. De acordo com o artigo 109, inciso V, da Constituição Federal, compete aos Juízes Federais processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente". 2. No caso dos autos, o crime em tese praticado pelo recorrente consta daqueles cujo combate o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional, ao aderir à Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, promulgada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 99.710/1990. 3. Para que a competência da Justiça Federal seja firmada, não basta que o Brasil seja signatário da referida Convenção, sendo imprescindível a comprovação da internacionalidade da conduta atribuída ao acusado. Precedente. 4. Na hipótese em apreço, a forma como o recorrente disponibilizaria, transmitiria, publicaria e divulgaria arquivos contendo pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes permitira o seu acesso por pessoas em qualquer local do mundo, bastando que também participassem dos mesmos fóruns que ele, ou que também acessassem sites na rede oculta chamada "Deep Web", circunstância que revela a transnacionalidade da conduta narrada na exordial acusatória e justifica a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL.

4 MODALIDADES DE CRIMES DA INTERNET

Há várias espécies de crimes digitais e que podem ser praticados de muitas maneiras e por pessoas diferentes, em lugares distintos também e para melhor esclarecer os tipos de crimes citados neste estudo que podem ser cometidos através da Internet, primeira deve se saber se o delito cometido possui ou não previsão de pena em nosso ordenamento jurídico, e se possuir, qual será a punição, ou, caso ainda não esteja relacionado dentre os crimes que sofrerão uma sanção como resolver essa situação, nem todas as infrações poderão se encaixar no Código Penal brasileiro, desta forma, o que fazer com os crimes que fogem das previsões dos legisladores, permanecerão inimputáveis? Para os crimes que nossa lei ainda não possui uma previsão, apesar da frequência com que vem sendo praticados, seja necessária a criação de um novo ramo do direito chamado direito informático, ou, direito da Internet dentre outras definições existentes para essa nova área.

Na 18ª Edição anual da Pesquisa Global de Segurança da Informação, lançada em 2015, pela PWC (Pricewaterhouse Coopers) pode ser observado um crescimento de 274% em número de ataques cibernéticos no Brasil. Sobre esta pesquisa o Programa Revista Brasil entrevistou sócio da empresa PWC, esclarece Edgar D'andrea (2015)

Esta pesquisa revela o estado da segurança da cibernética em todo o mundo e o propósito é alertar as empresas e as pessoas de uma forma geral sobre os riscos cibernéticos. Ainda em 2015, o número de ataques médios revelados pela pesquisa no mundo como um todo subiu 38% e no Brasil aumentou 274%. Uma diferença muito relevante, esse aumento se dá por duas perspectivas: o primeiro é que as empresas estão começando a investir mais para conseguir detectar o ataque e responder. O segundo é que o crime cibernético é uma realidade, está aumentando de forma significativa em todo o mundo. Hoje, o crime cibernético e o Brasil em particular se tornaram muito atraente, não é feito apenas por tradicionais hackers, hoje você tem por traz de ataques cibernéticos o crime organizado, fazendo os crimes num ambiente digital, tem hacker ativista fazendo ataques as organizações.

5 REFLEXÃO SOBRE A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Um grupo que defendia o “direito penal mínimo” alegava a não necessidade de legislação específica, alegando que 95% dos crimes eletrônicos já estavam previstos no Código Penal Brasileiro. Neste sentido, Alexandre Jean Daoun (2011, p. 2) justifica que:

A desnecessidade de legislação penal nova, pois o direito penal para as relações virtuais é um direito penal mínimo. É isso que se recomenda. Minimamente usar o direito penal, sendo que se devem usar outros ramos do Direito para coibir as situações praticadas no ambiente eletrônico. Direito Penal deve ser guardado e resguardado para situações absolutamente extremas. Daí a crítica a essa convulsividade de legislar, de criar lei penal para isso, para aquilo, porque o Direito Penal é o instrumento mais drástico que se tem. Pagar uma indenização é uma coisa, perder a liberdade é outra. Então, para não se perder a credibilidade, é direito penal mínimo. E no ambiente virtual, 95% das relações que se tem já são disciplinadas na legislação penal na?o ha? por que criar e falar tanto em legislação penal específica.

Por outra perspectiva, também é evidente que crimes informáticos de hoje no Brasil ofendem os bens jurídicos não protegidos pelo Direito Penal. É indispensável o enquadramento penal, em relação a este tema, sempre foi debatido entre operadores do Direito Penal, principalmente a dúvida se devemos conceber leis específicas ou somente adaptarmos a legislação vigente. Por exemplo o Código Penal já prever as seguintes disposições a luz do assunto: No crime de divulgação de segredo, previsto no art. 153 do Código Penal, acrescentou o § 1o-A, punindo com detenção de um a quatro anos mais multa aquele que divulga, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou bancos de dados da Administração Pública. E a alteração do art. 325 do código Penal, crime de violação de sigilo funcional, para acrescentar os §1 e 2, passando a punir com reclusão de dois a seis anos e multa quem permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de

senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública ou quem se utiliza indevidamente do acesso restrito. Vale ressaltar também a Lei n. 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet teve por se objetivo a criação de margens seguras para deveres e responsabilidades em casos concretos, aos usuários e aos prestadores de serviço na internet, um grande avanço para o Direito Brasileiro.

CONCLUSÃO

A Internet conduziu uma quantidade extraordinária de informações até chegar nas pessoas que estejam realmente afeiçoados em procurar sobre um assunto escolhido. Essa facilidade é apenas uma dentre tantas outras que esse meio de comunicação nos oferece. Esse é o lado bom da Internet. Existe um outro lado, não tão agradável como o anterior, que são os crimes praticados por meio dessa magnífica ferramenta de informação disponível para a população em geral. É diante da popularização e do fácil acesso a rede, que muitos indivíduos utilizam a internet como meio para praticar delitos das mais variadas espécies, causando enormes prejuízos a sociedade em geral

Essas condutas ilícitas praticadas pela internet na maioria das vezes são perfeitamente enquadráveis no Código Penal Brasileiro e legislação extravagante, pois são ilícitos previsto no Código Penal, mas se faz uso da internet como meio de execução, para esses chamados crimes da Internet, crimes digitais, crimes cibernéticos ou cybercrimes, não há então a necessidade de uma legislação específica.

A todo tempo pode se encontrar uma grande dificuldade de estabelecer nitidamente, nos delitos informáticos, a autoria da conduta ilícita, se faz diferente do que todos estão acostumados no mundo "real", quando um acusado pode ser visto, filmado, testemunhado, comprovado por documentos ...na era virtual a autenticação da identidade não pode ser feita visualmente, é um pouco diferente porque os indivíduos acabam se escondendo por trás das máquinas. Uma das características dos crimes cyberneticos que acabam dificultando a identificação do agente infrator, em razão do local onde foi praticado o crime, salvo quando o usuário do computador faça uso de uma assinatura digital, dificilmente se poderá determinar quem praticou determinada conduta, pois estes crimes podem ser

cometidos em diferentes lugares pelo mundo, já o Brasil adota o princípio da territorialidade.

O direito, acaba sofrendo uma influência natural das transformações atuais e tão rápidas, De fato estamos presenciando o surgimento de novos tipos legais, que, dado a suas singularidades, surpreenderam os operadores do direito em geral, em todos os ramos legais, não só em relação à matéria penal, como por exemplo O Marco Civil da Internet, a [Lei 12.965/14](#), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários da Internet no Brasil, sendo a primeira lei construída de forma colaborativa entre Governo e sociedade utilizando a internet como plataforma de debate.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco: O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: Comentários a Lei n. 12.965/2014 / Celso Antonio Pacheco Fiorillo. – São Paulo : Saraiva, 2015.

JESUS, Damásio: Manual de crimes informáticos / Damásio de Jesus, José Antonio Milagre. – São Paulo : Saraiva, 2016.

PAESANI, Lilians Minardi: Direito e Internet : liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil / Lilians Minardi Paesani. – 7. ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

SOUZA, Eliana. Cresce em 274% o número de ataques cibernéticos no Brasil. Revista Brasil, EBC Rádios, em 22 de fev. 2016. Disponível em:

< www.rádios.ebc.com.br/revista-brasil/ >

SYDOW, Spencer Toth: Crimes informáticos e suas vítimas/Spencer Toth Sydow. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. – (Coleção saberes monográficos / coordenadores Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes)

TAVARES – Regina Beatriz Silva - Responsabilidade Civil na Internet e nos Demais Meios de Comunicação – Série GVLaw – 2ª Edição Saraiva
WENDT, Emerson e Jorge, Higor Vinicius Nogueira: Crimes Cibernéticos - Ameaças e Procedimentos de Investigação - 2ª Ed. 2013

Notas:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

OS PARÂMETROS PARA AS RESTRIÇÕES À INVIOABILIDADE DOMICILIAR NO CASO DE FLAGRANTE DE CRIMES PERMANENTES

BRUNO DE UGALDE MELLO: Advogado, formado pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

Resumo: O presente artigo pretende analisar a entrada forçada e sem autorização judicial das forças policiais em residências nas situações de flagrante delito, em especial aos crimes permanentes, à luz do Recurso Especial n.º 603.616, que fixou os parâmetros conferem legalidade a essas diligências. Para tanto utilizou-se do método dedutivo e dividiu-se o estudo em dois capítulos principais, além da introdução e conclusão. No capítulo 2 abordou-se os pressupostos que autorizam o ingresso forçado em residências nos casos de crimes em flagrante. No capítulo 3 analisou-se a decisão referida e os parâmetros fixados em sede de repercussão geral autorizadores a restrição a inviolabilidade domiciliar.

Palavras-chave: inviolabilidade domiciliar; restrição; flagrante delito; crime permanente.

Sumário: 1 Introdução. 2 Pressupostos que Caracterizam a Situação de Flagrância e o Crime Permanente. 3. Parâmetros Para a Restrição da Inviolabilidade Domiciliar. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 prevê em seu art. 5º uma série de direitos e garantias individuais, em que pese possam constar outros direitos da mesma espécie em outros dispositivos constitucionais ou, até mesmo, em determinados tratados de direito internacional.

Dentre esses direitos e garantias individuais, consta do inciso XI do art. 5º a garantia da inviolabilidade de domicílio:

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

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

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;^[1]

Segundo Marcelo Novelino, a expressão “casa” deve ser considerada em seu sentido mais amplo possível, a fim de compreender inclusive espaços privados, não abertos ao público, onde alguém exerce determinada atividade profissional^[2]. Ingressa ainda neste conceito o veículo que se utiliza como habitação, a exemplo do *motorhome*. O carro de passeio por sua vez não poderá ser considerado residência.

Em regra, só é possível ingressar no domicílio alheio mediante autorização do morador, que não se confunde necessariamente com o proprietário do imóvel.

Como exceção, a norma constitucional prevê hipóteses de restrição desta garantia fundamental, em que se admite o ingresso em domicílio alheio independentemente de autorização. Isso ocorre nos casos de flagrante delito ou desastres, ou para prestar socorro, a qualquer hora do dia ou da noite; ou, apenas durante o dia, por autorização judicial.

No presente trabalho, ater-nos-emos às restrições da inviolabilidade domiciliar para as situações de flagrante delito especialmente executadas pelas polícias, civis e militares, quando da investigação criminal e do patrulhamento ostensivo, respectivamente, e os eventuais parâmetros que autorizam tal limitação.

2 PRESSUPOSTOS QUE CARACTERIZAM A SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA E O CRIME PERMANENTE

A norma constitucional prescreve, dentre as hipóteses que justificam a limitação a inviolabilidade de domicílio, a ocorrência delito em estado flagrancial no interior de determinada residência.

Conforme a doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a expressão “flagrante” deriva do latim *flagrare*, corruptela de *flagrans*, que significa arder, queimar[3]. A situação de flagrância se caracteriza uma qualidade do delito que ainda está “ardendo”, que ainda está “queimando”, que está acontecendo.

Por isto, será dever dos agentes de segurança pública e faculdade de qualquer do povo efetuar a prisão, mesmo sem ordem judicial, de quem estiver em situação de flagrância. A prisão em flagrante permite cessar imediatamente uma infração penal que está ocorrendo, eventual preservando e defendendo a sociedade da consumação da infração e facilitando a colheita de elementos de informação para a investigação criminal que se sucederá.

Neste sentido refere do inciso LXI do art. 5º da CRFB/88 e o art. 301 do Código de Processo Penal – CPP:

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

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;[4]

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.[5]

A referida lei processual traz no art. 302 alguns contornos dos pressupostos fáticos que caracterizam as diversas espécies de flagrante, denominadas pela doutrina; e no art. 303 trata da prisão flagrante no caso infrações permanentes permanente, a qual merece nossa atenção pela grande relevância no presente tema. Vejamos:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.[\[6\]](#)

A doutrina praticamente uníssona, a exemplo de Norberto Avena, classifica as hipóteses dos incisos I e II do art. 302 como situação de flagrante próprio ou real; o inciso III é chamado de flagrante impróprio ou quase-flagrante; ao passo que o inciso IV é considerado flagrante presumido ou ficto[\[7\]](#). Existem outras hipóteses e denominações, mas não contribuirão ao objeto do estudo.

Essas situações flagranciais apresentadas, em pese as denominações, em nada modificam o caráter de o agente estar em flagrante delito e incorrer nas consequências legais, como a captura, apreensão e condução à Autoridade de Polícia.

Além disso, essas hipóteses se compatibilizam com a condição de crime permanente do art. 303 do CPP.

Crime permanente, conforme leciona Cleber Masson, é aquele em que a consumação se prolonga no tempo por vontade do agente. Nesse tempo em que a consumação se prolonga, o bem jurídico é reiteradamente violado. Por isso é que o art. 303 do CPP permite a prisão em flagrante a qualquer momento enquanto perdurar a consumação[\[8\]](#).

A permanência ou não de determinado delito deve ser analisada em face do núcleo do tipo penal, que deverá possuir esta característica. Como exemplo de crime permanente podemos citar a conduta *possuir* do *caput* dos artigos 12 (posse irregular de arma de fogo de

uso permitido) e 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) do Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.286/03)^[9]; sequestro e cárcere privado (art. 148 do Código Penal – CP)^[10]; dentre outros.

Podemos concluir que em casos de crimes permanentes dentro de locais constitucionalmente protegidos pela inviolabilidade de domicílio será possível que agentes de segurança e até mesmo particulares, facultativamente, ingressem forçadamente nas respectivas residências independentemente da modalidade de flagrante, seja próprio, impróprio ou presumido.

3 PARÂMETROS PARA A RESTRIÇÃO DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR

A CRFB/88 e o CPP permitem o ingresso forçado, sem autorização do morador, em residências nos casos em que ocorram delitos em estado de flagrância, a qualquer hora do dia e da noite.

Como a maioria das infrações penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro são crimes classificados como instantâneos, em que a consumação se dá em determinado momento, sem continuidade no tempo; aparentemente, esta restrição, na prática, teria pouca aplicabilidade.

Entretanto, grande parte das infrações penais que são diariamente investigadas pelas polícias possui natureza permanente, assim como o tráfico de drogas, receptação, posse irregular de arma de fogo, associação criminosa e etc. Nesses casos, por serem crimes permanentes, será permitido o ingresso forçado em residências, sem autorização judicial, para efetuar a prisão em flagrante e colher demais elementos informativos, enquanto perdurar a permanência.

Inúmeras arbitrariedades poderiam buscar assento em tal permissivo legal, a ponto de agentes de segurança, de má-fé, adentrarem forçadamente em determinada residência com base em mera intuição, para só depois aferirem eventual situação de flagrância, em razão da ocorrência ou não de crime permanente.

Diante disto, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal – STF no RE 603616/RO, com caráter de repercussão geral.

O caso prático analisado no julgado é elucidativo e merece destaque. Tratava-se de investigação, pela polícia civil, de dois indivíduos que, em concurso de pessoas, estariam praticando o delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 *caput* da lei n.º 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.[\[11\]](#)

Após algumas semanas de investigação, foi possível promover a captura de um dos agentes em flagrante, transportando determinada quantidade de entorpecente. Ao ser conduzido, o indivíduo informou aos policiais que seu comparsa mantinha drogas em sua residência, e informou o endereço.

A informação prestada coincidiu com o que estava sendo apurado nas investigações. Por isto, a Autoridade Policial determinou que seus agentes de polícia ingressassem na referida residência, pois haveria a prática do crime de tráfico de drogas na modalidade “ter em depósito”, que configuraria crime permanente em situação de flagrância. Os policiais adentraram na residência, forçosamente e sem autorização judicial, onde localizaram grande quantidade de entorpecente e efetuaram a prisão em flagrante. O contexto fático do caso concreto afastou o porte para consumo pessoal e permitiu o enquadramento no delito de tráfico de drogas.

O STF, instado a se manifestar através do RE 603616/RO, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, proferiu a seguinte tese em sede de repercussão geral:

“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas “a posteriori”, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”^[12]

Com este julgado, começa a ganhar espaço nos Tribunais Superiores, o conceito técnico, legal e prático da expressão “fundadas razões”. O STF aduziu que nem sempre que uma diligência ingressa, forçadamente e sem autorização judicial, em determinada residência e se deparar com crime permanente haverá constitucionalidade em tal restrição. Para que essa entrada seja constitucional é necessária que ela esteja amparada em fundadas razões da ocorrência de crime permanente.

“Fundadas razões” é sinônimo de probabilidade de autoria, que não se confunde com juízo de mera suspeita ou mera intuição. A “mera intuição” não protegerá o agente de segurança, que terá violado o domicílio, podendo ser responsabilizado civil, penal e administrativamente, incorrendo eventualmente nos crimes de abuso de autoridade e de violação de domicílio.

Essas fundadas razões, como mencionado, possui conceito técnico e legal. Tecnicamente significa probabilidade de indicação de autoria. O fundamento legal, por sua vez, está previsto no §1º do art. 240 do CPP, que trata dos requisitos para a expedição de mandado de busca domiciliar. Vejamos:

Art. 240, § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;

- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.[\[13\]](#)

Desta forma, antes do ingresso em residências teoricamente protegidas pela inviolabilidade, o responsável deverá fazer um juízo de valor a respeito dos requisitos que autorizariam a expedição judicial de um mandado de busca domiciliar. Entendendo pela presença, haverá as chamadas fundadas razões, salvaguardando a diligência ainda que reste fracassada, ou seja, que esteja ocorrendo nenhum crime em flagrante.

Como exemplo de diligência fracassada, baseada em fundadas razões, propomos o seguinte: indivíduo furta aparelho telefônico celular com sistema de localização. No dia seguinte a vítima procura as autoridades policiais que iniciam as investigações. Alguns dias depois, o sistema de localização contido no aparelho de telefone aponta determinado endereço onde o aparelho estaria sendo ocultado. Os policiais, entendendo que muito provavelmente o aparelho de telefone celular já estaria na residência do receptor, que estaria cometendo o crime de recepção pela conduta ocultar, haveria crime permanente em flagrante, o que autorizaria o ingresso forçado na residência. Ao realizar a diligência o agente informou que teria furtado o aparelho de celular dias atrás da vítima, não se falando em recepção e, por consequência, não haveria situação de flagrante delito.

Em tese, esta diligência seria abusiva, seria criminosa, e as provas colhidas seriam ilícitas. Entretanto, existiam fundadas razões que levaram os agentes de polícia a ingressar em determinada residência, em pese não haver situação de flagrância. Desta forma, para que os agentes públicos não sejam responsabilizados civil, penal e administrativamente, é imperiosa,

segundo o posicionamento do STF, a comunicação *a posteriori* das fundadas razões ao Poder Judiciário. A presença desses elementos afastaria a presença de qualquer dolo de abuso. Vejamos a ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial *a posteriori*. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial *a posteriori* decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5.

Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.^[14]

Por outro lado, caso não hajam fundadas razões, mas mera intuição, ou sequer isso, e ocorra o ingresso forçado deparando-se com crime permanente, a entrada será abusiva, os agentes públicos serão responsabilizados e os elementos informativos eventualmente colhidos serão considerados ilícitos.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em que pese o status de direito fundamental da garantia individual da inviolabilidade domiciliar, a própria CRFB/88 prevê que em determinadas hipóteses poderão ocorrer restrições. Dentre elas a situação de flagrante delito, conforme refere o CPP.

Nos crimes permanentes a situação de flagrância perdura enquanto perdurar a consumação, admitindo-se, nesses casos, a restrição da inviolabilidade de domicílio.

Com base nisso, o STF em sede de repercussão geral firmou a tese de que há a necessidade da presença de fundadas razões que justifiquem

o ingresso forçado e sem autorização judicial em residência para que a diligência não seja considerada abusiva e criminosa. Essas fundadas razões devem dizer respeito a real possibilidade da ocorrência de um delito permanente no interior do asilo *prima facie* inviolável.

Diferencia-se da situação de mera intuição, caso em que a diligência será abusiva, ainda que haja situação de flagrância.

Portanto, as autoridades policiais, no exercício de suas funções e realização de diligências, principalmente no ingresso de residências sem autorização judicial, deverão observar as fundadas razões da indicação da probabilidade de autoria de crimes em flagrante. Uma vez realizada a incursão, deverão justificar as devidas razões ao Poder Judiciário, afastado do caso qualquer possibilidade de responsabilização civil, administrativa e penal, pois ausente o dolo de abuso.

5 BIBLIOGRAFIA

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 987 e 988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

RASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.826 de 22 de dezembro de 2013 – Estatuto do Desarmamento. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

NOVELINO, Marcelo – Curso de Direito Constitucional. 11. ed. ver., ampl., e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivum, 2016, p. 342.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10.ª ed. ver., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 219.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivum, 2016, p. 891.

NOTAS:

[1] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[2] NOVELINO, Marcelo – Curso de Direito Constitucional. 11. ed. ver., ampl., e atual. – Salvador: Ed. Jus Podivum, 2016, p. 342.

[3] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivum, 2016, p. 891.

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[5] BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[6] BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[7] AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 987 e 988.

[8] MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10.ª ed. ver., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 219.

[9] Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

(...)

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(BRASIL. Lei n.º 10.826 de 22 de dezembro de 2013 – Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017).

[\[10\]](#) Seqüestro e cárcere privado

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

(BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.)

[\[11\]](#) BRASIL. Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[\[12\]](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[\[13\]](#) BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

[\[14\]](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310105&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

A INEFICÁCIA DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS

KARINA MARA BORGES DE OLIVEIRA:
Bacharelanda do Curso de Direito Universidade
Brasil - Fernandópolis.

Ms. André de Paula Viana
(Orientador)

RESUMO: A lei 11.343 foi sancionada em 23 de agosto de 2006, para adoção de medidas preventivas ao uso indevido de entorpecentes, instituídas pelo sistema Sisnad (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas). Essas normas visam a penalizar aqueles que fazem o uso indevido da substância, quanto à produção não autorizada do tráfico. Com o presente estudo objetivou – se analisar os aspectos que envolvem o usuário no consumo pessoal que se refere o artigo 28 da referida lei, concluindo – se que com as novas medidas impostas não houve uma atenuação do uso indevido, gerando sua ineficácia. O problema das drogas está presente na sociedade há algum tempo, seja elas lícitas ou não; de um lado a repressão do Estado ao tutelar um bem jurídico, qual é a saúde pública, de outro a ineficácia do poder estatal ao passo que só aumenta o número de usuários.

Palavras – chave: Usuário. Consumo pessoal. Dignidade da Pessoa Humana. Ineficácia.

ABSTRACT: Law 11.343 was enacted on August 23, 2006, to adopt preventive measures to misuse of drugs imposed by SISNAD (National System of Public Policies on Drugs) system. These rules are intended to penalize those who make improper use of the substance, to unauthorized production of trafficking. With the present study aimed - to analyze the aspects that involve the user in personal consumption referred to in Article 28 of that law, concluding - that with the new measures imposed there was no attenuation of misuse, generating its ineffectiveness. The drug problem is present in society for some time, be they legal or not; on the one hand the state repression to protect a legal right, which is the public health, on the other the ineffectiveness of state power while only increases the number of users.

Keywords: User. Personal Consumption. Dignity of human person. Ineffectiveness.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO, 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 11.343/06, 2.1 A FIGURA DO USUÁRIO, 2.2 MEDIDAS IMPOSTAS AO USUÁRIO, 3 À LUZ DO PRINCÍPIO

DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, 3.1 VISÃO CONSTITUCIONAL, 3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A LEI DE DROGAS, 4 O ESTADO FRENTE AOS PROBLEMAS SOCIAIS, 4.1 DESENVOLVIMENTO DO PODER ESTATAL NAS CONSTITUIÇÕES, 4.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA, 4.3 A REPRESÃO DO ESTADO E O USUÁRIO DE DROGAS, 5 DROGAS E DIREITOS HUMANOS, 5.1 A RELAÇÃO SOCIAL DO USUÁRIO, 6 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso país, há tempos vem se discutindo sobre o grande problema social que são as drogas. Todavia, a lei 11.343/06 foi sancionada para adoção de medidas preventivas ao uso indevido de entorpecentes, com o fim de punir aqueles que se submete a prática do ilícito.

Se tratando das mudanças advinda com a nova legislação em vigor, houve grandes questionamentos quanto à inconstitucionalidade do artigo 28 da referida lei. Mas sabemos que o crime em tese descreve crime de perigo abstrato, punido o risco à saúde pública representado por quem detêm o entorpecente, não importando a quantia da droga portada.

Contudo, antes da vigência da nova lei aplicava – se a pena privativa de liberdade para o crime de porte que caracterizava o consumo pessoal, com a nova redação a punição ficou mais branda aplicando penas alternativas ao agente que praticar o ilícito.

O Estado não deveria intervir na individualidade de cada pessoa, seguindo os princípios constitucionais a garantia ao respeito à dignidade da pessoa humana é garantia ao limite de invasão no plano de vida de cada um.

Ademais, o Estado na sua forma sancionatória ao trazer mudanças na aplicação da pena, não gerou eficácia nenhuma, ao ponto que criou o sentimento de impunidade no indivíduo, agravando o crescimento de usuários.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 11.343/06

A lei 11.343/06 instituída pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas, surgiu com a finalidade de penalizar aqueles que fazem o uso indevido da substância, quanto à produção não autorizada do tráfico.

No tocante ao tratamento daquele que se sujeita a prática do ilícito, houve grandes mudanças em relação a pena aplicada. A nova lei trouxe a agravante da pena aos traficantes e financiadores do tráfico, o tratamento diferenciado ao usuário, e o procedimento especial para o processamento de tais agentes.

Se tratando do artigo 28, no qual se refere ao usuário que se submete ao consumo pessoal de drogas, as mudanças gerou muitas críticas quanto à inconstitucionalidade do artigo. A lei que vigorava 6.368/76 no seu artigo 16, reprimia a conduta com uma pena de detenção de seis a dois anos, além do pagamento de multa, com a nova redação, aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: advertência; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A lei não prevê mais a pena privativa de liberdade para aquele que for pego com certa quantidade que caracterize o consumo pessoal, a nova legislação submete o usuário a penas alternativas[1], gerando o sentimento de impunidade aos consumidores.

2.1 A FIGURA DO USUÁRIO

O problema das drogas está presente na sociedade há algum tempo, sejam elas “lícitas” ou não. O termo drogas vem carregado de valores morais e confusões na qual a justiça e a sociedade estão envolvidas.

Não existe um perfil único dos usuários, há um conjunto de características e uma história de vida, no qual qualquer indivíduo se assemelha. O uso de entorpecentes não está ligado ao estilo de ser de cada um, mas as circunstâncias que o levam para esse caminho.

Na lei de drogas o usuário foi tipificado em cinco condutas incriminadoras, quais são: adquirir, trazer consigo, guardar e ter em depósito e transportar,

caracterizando o consumo pessoal. Várias faixas etárias de qualquer nível de escolaridade estão vulneráveis ao uso, [2] sejam crianças que cheiram cola para aplacar a fome; jovens que fumam maconha por curiosidade ou por influência de outras pessoas; adultos que aspiram cocaína para sentir prazer ou compartilhar experiências com amigos e idosos; ou pessoas de qualquer idade que abusam do álcool para fugir do tédio ou da solidão.

Todas essas situações entre outras causam efeitos tanto na saúde física da pessoa, quanto na emocional e social, englobando características que constitui a personalidade do dependente químico o levando à um abismo sem fim.

2.2 MEDIDAS IMPOSTAS AO USUÁRIO

Com as inovações da nova lei estabelecendo um tratamento diferenciado ao usuário, a pena aplicada se tornou menos efetiva. Anteriormente aplicava – se a pena privativa de liberdade para o crime de porte para consumo pessoal, com a nova legislação passaram a ser aplicadas penas alternativas como: de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A ausência da pena privativa de liberdade não deixa de caracterizar o delito como crime, pois trata – se de perigo abstrato, punindo o risco à saúde pública representado por quem detém o entorpecente.

A advertência implica na abordagem do agente, advertindo – o dos efeitos sobre a droga refletindo no convívio familiar e social. Nessa ceara foi aplicada também uma pena restritiva de direitos, qual seja, a prestação de serviço à comunidade, que pode ser aplicada isoladamente ou cumulativamente ficando a critério do julgador e por último a medida educativa.

Ademais, a repressão do Estado buscando reduzir os danos causados pelo uso dos entorpecentes em relação ao consumo pessoal, não gera eficácia plena ao passo que o número de usuários vem crescendo gradativamente. Sabe - se que a conduta daquele que compra a droga para consumir, está alimentando diretamente o tráfico favorecendo o enriquecimento do traficante.

3 À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Na antiguidade não havia uma definição plena de pessoa, no âmbito da filosofia grega o homem era um ser racional, político e social. A dignidade humana em um pensamento movido pelo cristianismo, tem - se a ideia de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus, sendo assim sua dignidade está ligada com esse ser superior que nos criou para sermos parecidos com Ele.

No pensamento clássico a dignidade do homem reflete da racionalidade incorporada nele. Dentre essas vertentes, seguindo o pensamento cristão sabemos que Deus nos deu a vida mais também nos deu o livre arbítrio, e nesse poder de escolha que temos construímos o nosso caráter e personalidade, decidindo entre bem e o mal, assim estamos sujeitos a se responsabilizar pelos nossos atos, concluindo – se que a dignidade é algo que está inerente ao ser humano.

Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet [3] :

[...] “temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Todo ser humano é dotado desse preceito, abrangendo a diversidade de valores na sociedade, sendo assim tal princípio está fundamentado na Constituição cabendo ao Estado respeitar e normatizar.

3.1 VISÃO CONSTITUCIONAL

Nossa Constituição é regida por normas e princípios, no qual consagram nosso ordenamento jurídico, sendo a primeira a abordar os princípios fundamentais como meio de normas embasadoras e informativas.

Nos tempos remotos, as grandes revoluções e guerras no qual o ser humano era submetido a ataques e aniquilações, a dignidade humana era usurpada surtindo a ideia de se valorizar tal preceito. Com a positivação do princípio sendo conferido pela Constituição um valor fundamental deu – se o desenvolvimento nacional sendo assegurado pelo Estado o direito a não violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Sarlet, o dispositivo que se introduz na Constituição como base principal, não traduz simplesmente em mais uma norma, mas sim uma norma definidora de direitos, garantias e deveres fundamentais. [4]“A dignidade é algo intrínseco ao ser humano, não estamos diante de um “direito à dignidade”, pois ela já está incorporada a pessoa, o que há é um reconhecimento e respeito no qual o Estado tem a função de proteger.”

Sendo a Lei Maior, a Constituição que serve de base para todas as outras normas, robuscada de princípios informadores sendo elencado a dignidade da pessoa humana nesse rol como fonte de maior hierarquia, a finalidade do Estado está em propiciar o bem comum a todos os cidadãos, respeitando a esfera individual e a dignidade inerente a cada pessoa.

3.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A LEI DE DROGAS

O comportamento humano está elencado com diversos fatores sejam sociais, econômicos, culturais, tendo o seu desenvolvimento influenciado por essas demandas. A dignidade de uma pessoa pode ser refletida no seu modo de pensar, viver e agir perante uma situação, sendo assim, uma sociedade no qual é dotada de preconceitos, violência, do poder de escolha, o homem está sujeito a se corromper e ser influenciado para prática de ilícitos.

As drogas é um problema que está preguinado na sociedade como uma praga que se manifesta e deixa marcas, quando nos deparamos com um dependente químico julgamos e nos distanciamos, sem ao menos refletir o que levou a tal circunstância. O modo de viver seja ele bom ou ruim desrespeita a cada indivíduo na sua privacidade, cabe ao Estado garantir o bem estar e condições para que se tenha uma boa qualidade de vida.

O reconhecimento da dignidade humana consagrada como um dos princípios fundamentais da nossa Constituição, nos afere o livre desenvolvimento da personalidade, liberdade de expressão, do poder de escolha. Ao se deparar com o usuário de drogas, há um choque de pensamentos e ideologias, refletindo no campo da moral do qual a sociedade se baseia. De um lado a proteção do Estado frente à Lei Maior que rege todas as outras normas, e de outro a violação à vida privada e desenvolvimento da personalidade em suas diversas manifestações.

Esses dois parâmetros de ideais é algo de bastante questionamentos, ao ponto que nos leva a pensar até onde o Estado pode intervir na individualidade de cada um, sendo que seu papel está em assegurar o bem estar de toda uma sociedade, sendo – lhe auferido o poder de punir e normatizar tais atos.

4 O ESTADO FRENTE AOS PROBLEMAS SOCIAIS

O Estado tem o papel de zelar pelo bem estar de todos, assegurando os bens essenciais à vida dos indivíduos, o poder – dever de punir está inerente a ele, pois a própria Constituição Federal coloca que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos.

Para se combater um problema social é preciso uma norma rígida dentro dos limites sociáveis, ao passo que o agente seja desestimulado a praticar o ilícito não gerando o sentimento de impunidade. O Estado deixa muitas vezes a forma de punição mais branda, agravando o crescimento de ilícitos.

Os problemas sociais estão totalmente relacionados à garantia de saúde e condições de um bom convívio, portanto o Estado como detentor do poder omite seu papel de garantidor, estando vinculado as garantias constitucionais.

Nessa ceara de proteção e garantia por parte do Estado, vemos que ainda há muito o que mudar na atuação de repressão para que se tenha uma efetiva prevenção, ao passo que o problema seja resolvido aplicando assim normas que geram eficácia.

4.1 DESENVOLVIMENTO DO PODER ESTATAL NAS CONSTITUIÇÕES

O constitucionalismo moderno[5] se desenvolveu como uma forma de colocar um limite ao poder estatal, garantindo os direitos individuais. No Reino

Unido, houve uma grande manifestação que se voltava contra o lançamento de tributos, sem prévia aprovação do Parlamento, chamado de *Petition of Right*; também tivemos o *Bill of Right* uma verdadeira Declaração de Direitos que previa a convocação regular do Parlamento, cujo consentimento dependiam a criação de leis, a instituição de tributos etc.

Esses documentos serviram como base de criação de uma cultura constitucional de limitação dos poderes estatais frente aos direitos individuais. No constitucionalismo norte – americano, houve decisões que selariam a Revolução Americana, deliberando – se a constituição de um exército organizado cujas colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas, chegando a Declaração de Independência.

Nessa guerra revolucionária, veio então a Confederação entre as Colônias aprovando – se a primeira Constituição Escrita do Mundo, influenciada pelas ideias liberais do iluminismo. Tal Constituição não apresentou uma Declaração de Direitos, mas com as Emendas introduzidas a *Bill of Rights* consagraram diversos direitos humanos, como liberdade de expressão, de reunião, devido processo legal, direito a um julgamento justo etc.

Nesse contexto histórico, robustecidos pelos valores e princípios elencados pela Revolução Francesa, impuseram limites claros à prepotência estatal. O Estado deveria servir ao indivíduo, e não o indivíduo ao Estado. Assim, deve incidir o pensamento de que o Estado não pode intervir na vida das pessoas, pois há um limite sério a invasão na individualidade de cada ser.

4.2 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA PRIVADA

O Estado em seu papel de garantir os direitos assegurados pela lei, robustecidos de princípios que norteiam todo ordenamento jurídico, tem o poder de impor limites para uma convivência pacificadora no meio social, estabelecendo direitos e deveres.

Em uma sociedade onde direitos se confrontam, o poder estatal está cada vez mais tutelando e interferindo direta ou indiretamente na vida privada. Leis e sanções são criadas para que se assegure o direito de se fazer justiça de forma

correta e desestimular aquele que pratica o ilícito, no entanto, há lacunas no ordenamento jurídico que geram grandes questionamentos.

Sabemos que o Estado não pode intervir na vontade do indivíduo de seguir um plano de vida, seja ele bom ou ruim, o limite para a atuação estatal consiste na liberdade pessoal, garantindo o respeito as decisões de cada pessoa, bem como a dignidade humana, e o respeito as convicções de cada um seja qual for.

A interferência estatal tem que se respaldar na garantia de proporcionar boas condições de vida ao indivíduo, dando - lhe oportunidades de assistência, evitando com que ele escolha um caminho cheio de espinhos, para que cada um tenha um destino digno de se viver.

4.3 A REPRESSÃO DO ESTADO E O USUÁRIO DE DROGAS

As drogas são um problema social presente na sociedade há algum tempo, nesse meio temos a figura do traficante que comercializa o entorpecente às vezes para sustentar o seu vício, ou pelo simples fato de se obter dinheiro fácil. E temos a figura do usuário que compra a droga simplesmente para consumir, ou por entrar na onda dos “amigos” que também usam, favorecendo ainda mais o lucro do traficante.

O combate às drogas é um papel do Estado, que por meio do poder que lhe é conveniente aplica – se uma punição com o fim de tutelar a saúde pública. No entanto, nossa legislação sempre está sujeita a mudanças, no qual geram efeitos sejam bons ou ruins.

No que se refere o artigo 28 da referida lei 11.343/06, a repressão do Estado ao tutelar um bem jurídico, qual é a saúde pública, com a nova alteração da pena aplicada, o indivíduo que for pego com determinada quantidade que caracterize o consumo pessoal, não é mais preso, como acontecia na legislação anterior, ele simplesmente assina um termo de compromisso elencado a medidas educativas.

A falta de uma medida mais eficaz gerou o sentimento de impunidade, pois se tem a certeza de que jamais será preso por consumir drogas. Contudo, a norma alterada não gerou eficácia plena ao passo que o número de dependentes químicos vem crescendo gradativamente.

O Estado no seu papel sancionatório deixa a desejar, de modo que, mudanças de uma lei frente a um problema que causa grande impacto no ambiente familiar quanto para a sociedade, está cada vez mais facilitando o crime e favorecendo as figuras desse comércio ilícito das drogas.

5 DROGAS E DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos vieram para garantir a efetivação de direitos visando a igualdade de tratamento, foram muitas lutas contra o poder opressivo e totalitário do Estado, para que os direitos humanos pudessem estar previstos nas leis. Todo cidadão que tenha seu direito violado, seja por violência policial, por prisões arbitrárias, ou por falta de atendimento do Estado às suas necessidades, devem se fazer valer dos direitos do qual lhes é assegurados.

A lei de drogas é fruto da legítima vontade política do Estado, em coibir condutas relacionadas ao porte ou tráfico de entorpecentes, sua característica repressora tem como princípio a garantia dos Direitos Humanos e reinserção social do usuário de drogas.

Uma pesquisa feita pela Fundação Perseu Abramo mostra que os usuários de drogas são o segundo grupo que mais causa repulsa, ódio e antipatia na sociedade brasileira, ficando atrás apenas das pessoas que não acreditam em Deus.

Os direitos humanos consagram exatamente as garantias constitucionais, um indivíduo quando é preso acusado por algum crime não perde a condição de pessoa humana. A sociedade já tem o preconceito de falar que “direitos humanos só serve para bandido”, mas na verdade está a disposição de todo cidadão, protegendo – o contra os excessos de um poder ilimitado.

5.1 A RELAÇÃO SOCIAL DO USUÁRIO

Uma sociedade cheia de culturas e etnias, idealismo, o preconceito é nítido. As pessoas tendem a julgar pela roupa que veste, pelo modo de falar, pela situação em que vive, enfim, o olhar sobre o outro é carregado de pré – julgamentos.

Já dizia Andrade: “O difícil é olhar de perto. Afinal a exclusão esconde o insuportável.” O insuportável nunca é agradável aos olhos, ao invés de todos se preocupar e olhar para o ser humano com caridade, ajudando a sair daquela

situação, as pessoas julgam e já pressupõe que é “vagabundo”, “está naquela situação porque quer”, e por ai vai jargões cheios de ignorância e índole propensa.

O usuário de drogas tem direitos como qualquer cidadão, sendo garantido o respeito, a dignidade humana, mas não é o que ocorre. O abuso de poder está presente na vida desses indivíduos, como por exemplo na abordagem policial, sabemos que a função repressiva faz com que muitas vezes eles usem da violência, porém, o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, ainda que ela esteja cometendo um crime é o limite da ação policial.

Assim como o poder estatal impõe limites para uma sociedade dotada de direitos e deveres, as autoridades dotadas desse poder também devem obedecer as leis que regem todo o comportamento humano para uma justa convivência.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos observados podemos concluir que, o tema drogas é um assunto bastante “carregado”, propenso a valores morais e princípios do qual a sociedade se baseia.

As leis existem justamente para criar limites entre os poderes respeitando contudo, a dignidade da pessoa humana. Baseando – se na teoria garantista o Estado tem o dever de assegurar os bens essenciais à vida dos indivíduos, diante disso, o problema das drogas está relacionado à garantia de saúde e condições de um bom convívio.

Portanto a repressão do Estado, no que se refere a aplicabilidade das penas em relação ao artigo 28 da lei 11.343/06, deveriam ser eficazes ao ponto de não dar um tratamento mais brando ao usuário, tirando o sentimento de impunidade e sim um tratamento efetivo de forma que se atenuem o crescimento de usuários.

Sabemos que, a situação carcerária no Brasil está cada vez mais degradada pela superlotação de presidiários, o número de pessoas privadas de liberdade segundo os Dados de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), chegou a 622.202 em 25 anos, o país ocupa a quarta maior população penitenciária do mundo. A violência e o crime estão aumentando a cada dia, e com

isso o sistema carcerário está em estado de precariedade, violando assim os direitos humanos.

O Brasil precisa de uma reforma no sistema carcerário, no qual os órgãos competentes efetivem suas obrigações, baseando – se no princípio da dignidade da pessoa humana assegurado pela Constituição Federal, nas normas que integram a Lei de Execução que visam o aperfeiçoamento do sistema.

Contudo, a maior punição para qualquer ser humano não só para o criminoso, é a privação de sua liberdade, a pena imposta ao usuário de drogas tirou o sentimento de impunidade gerando sua ineficácia. O poder estatal deve dar um tratamento diferenciado aos usuários, mas não tirando o sentimento de impunidade do agente, impondo penas que geram eficácia e cumprindo com o principal objetivo, a reeducação e ressocialização dos apenados.

REFERÊNCIAS

[1] MALULY, Jorge Assaf <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-despenizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>

[2] Site Álcool e Drogas sem Distorção (www.einstein.br/alcooledrogas) / NEAD - Núcleo Einstein de Álcool e Drogas do Hospital Israelita Albert Einstein.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 71.

[http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/495-a-posse-ou-
porte-de-droga-para-uso-proprio-continuara-a-ser-crime-apos-a-vigencia-da-
nova-lei-antitoxicos.html](http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/495-a-posse-ou-porte-de-droga-para-uso-proprio-continuara-a-ser-crime-apos-a-vigencia-da-nova-lei-antitoxicos.html)

[http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-
re-posse-drogas](http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas)

<http://emporiododireito.com.br/tag/uso-de-drogas/>

<http://www.scielo.br/pdf/ean/v12n3/v12n3a24>

<https://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/55651/usuario-de-drogas-mudanca-na-lei-de-drogas-n-11343-2006>

<https://jus.com.br/artigos/26744/principais-mudancas-introduzidas-pela-lei-n-11-343-2006-uma-analise-comparativa>

http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/atualizacoes/ps_037.htm

<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/usu%C3%A1rio.htm>

https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana
<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dignidade-da-pessoa-humana-reconhecimento-do-postulado-pela-jurisprudencia-brasileira,37787.html>

<http://www.publicadireito.com.br./artigos/?cod=0e230b1a582d7652>

http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

DIEGO BISPO MONTES: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.

Professor **Rodrigo Soncini de Oliveira Guena**
(Orientador)

RESUMO: Esta pesquisa abordará a problemática dos atos de improbidade administrativa regulados pela Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992. Dar-se-á uma breve noção do conceito de bens públicos, pois são estes que na maioria das vezes estão envolvidos nos atos de improbidade administrativa. Esses atos são desencadeados pelos agentes públicos que teriam a incumbência de zelar pelo patrimônio da coletividade, o que muitas vezes não ocorre, pois ao invés do zelo implicam má fé ou descuido, e nos prejudicam com a ganância pela obtenção daquilo que não lhes cabe.

Palavras-chave: Desonestidade, particular, públicos, bens.

ABSTRACT: This research will address the issue of acts of administrative impropriety, regulated by Law number 8429, of June 2, 1992. There will be a brief notion about the concept of public goods, because they are mostly involved in acts of administrative impropriety. These acts are triggered by the public agents who would be responsible for protecting the property of the people, which not always occurs, because instead of zeal imply bad faith or neglect, and harm us with greed for obtaining what doesn't belong to them.

Keywords: Dishonesty, particular, public goods.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BENS PÚBLICOS. 2. BREVE APANHADO SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 3. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. 4. ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO. 5. ATOS DE IMPROBIDADE QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 6. AGENTES POLÍTICOS SUBMETIDOS AO IMPEACHMENT. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992) que trata da improbidade administrativa tem se mostrado como um dos principais instrumentos de defesa do patrimônio do povo e da eficiência na gestão de tais recursos.

A publicação da Lei de Improbidade Administrativa deu-se em um momento em que a sociedade brasileira protestava pela criação de medidas efetivas de combate à corrupção no setor público e de punição dos que atuam em prol de interesses pessoais usando de recursos públicos, e ocasionando diversos prejuízos à Administração.

A referida lei institui os principais aspectos materiais e processuais necessários à apuração dos atos de improbidade e aborda a respeito da punição dos responsáveis.

Por conta da impossibilidade de abordar todas as questões referentes à ação de improbidade administrativa no presente artigo científico, escolheu-se priorizar uma abordagem dos aspectos gerais dos atos de improbidade em suas diversas espécies, explicando também sobre quem pode praticá-la e sobre o que são bens públicos e quais são eles, pois são estes bens que estão envolvidos nos atos improprios de caráter administrativo, seja por meio do bem propriamente dito ou de valores. Vale destacar que não apenas bens estão envolvidos nessa problemática, mas também interesses particulares dos agentes.

1. BENS PÚBLICOS

Bens públicos são todas as coisas móveis ou imóveis pertencentes, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às Autarquias e às Fundações Públicas de Direito Público.

Além de ser apresentado no Código Civil, os bens são objetos de estudo significativos para suas diferentes classificações, já que não se pode aplicar uma regra genérica a todos os bens, visto que cada divisão possui suas especificações. De acordo com o Código Civil 2002, os bens se subdividem em 3 categorias. São elas:

Bens de uso comum do povo ou de domínio público: são aqueles que podem ser utilizados de maneira unânime pela coletividade, sem uma destinação específica. Ex.: praças, ruas, praias, rios, estradas;

Bens de uso especial ou do patrimônio administrativo indisponível: são aqueles não passíveis de alienação, pois são utilizados efetivamente pelo Estado para um específico fim público. Ex: prédios das repartições públicas, hospitais, escolas públicas, veículos oficiais;

Bens dominiais: são bens que, embora constituam o patrimônio público, não tem destinação pública determinada e não são reservados a coletividade, nem utilizados no serviço público, mas sim, ficam à disposição da administração para uso ou alienação que a lei autorize. Ex.: prédios públicos desativados.

A administração de bens públicos, em sentido estrito, admite somente sua utilização e conservação da coisa conforme sua destinação natural ou legal, e em sentido amplo, abarca também a alienação dos bens que se mostrarem inconvenientes ou inúteis ao domínio público e a obtenção de novos bens importantes ao serviço público. Conduz-se pelas normas do Direito Público, aplicando-se supletivamente os preceitos do Direito Privado.

Vejam agora a respeito da utilização dos bens públicos:

Uso Comum do Povo: Os usuários são indeterminados e os bens são utilizados por todos os indivíduos. Ficam sob a administração e vigilância do Poder Público, o qual tem a obrigação de mantê-los em normais condições de utilização.

Uso Especial: A Administração confere à determinada pessoa a faculdade de fruir de um bem público com exclusividade. Trata-se também uso especial aquele a que a Administração estabelece restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus respectivos bens para o desempenho de serviços públicos;

Qualquer pessoa pode adquirir direito de uso especial (privatividade de uso) de bem público através contrato ou ato unilateral da Administração, nas formas

legais ou simplesmente consentidas pela autoridade. Além disso, esse direito de uso pode ser gratuito ou oneroso, por tempo certo ou indeterminado.

2. BREVE APANHADO SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O ato de se utilizar bens do povo para fins particulares traz à baila a ideia de improbidade administrativa. Improbidade significa, simploriamente falando, desonestidade, falta de probidade, ausência de integridade. É uma prática desonesta que se refere à falta de caráter e vai totalmente contra a boa fé. Nesta linha, vejamos o que ensina o promotor de justiça, mestre e doutor Silvio Antonio Marques sobre como seria a correta conduta dos possíveis sujeitos ativos da improbidade administrativa:

Os agentes públicos devem exercer suas atividades com honestidade, lealdade, isenção e ética, visando à realização do interesse público e do bem comum, sendo-lhes vedado aproveitar-se de sua posição funcional transitória para obter vantagens pessoais ou beneficiar terceiros. (MARQUES, 2010, p. 25).

A improbidade administrativa, como ato ilícito, está inserida no direito brasileiro há algum tempo, classificando-se como crime de responsabilidade. A expressão tem sentido qualitativo-negativo, relacionado ao comportamento do agente público ímprobo. Importante destacar que aquele que fere o patrimônio público pratica dano irreversível aos cidadãos de bem por eles administrados.

Sendo assim, pode-se dizer que a improbidade é um mal de repercussões jurídicas imensuráveis. Do ato de lesar o patrimônio público surgem consequências devastadoras para a administração pública e, sobretudo, para a estrutura social como um todo. Viável destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Outro comentário que se faz necessário é o de que bem maior deve ser a prudência do aplicador da lei à ocasião em que for enquadrada a conduta como de improbidade e também quando tiver que ser aplicada

a penalidade. Mais do que nunca aqui será inevitável o recurso aos princípios da razoabilidade, para aferir se a real gravidade do comportamento, e da proporcionalidade, a fim de proceder-se á dosimetria punitiva. Fora de semelhantes parâmetros, a autuação da autoridade refletirá abuso de poder. (CAVALHO FILHO, 2007, p. 938-939).

Deste modo, em decorrência da evolução do direito positivo, que a expressão improbidade administrativa, aplicável às infrações cometidas por servidores públicos em geral, só foi inserida pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), tendo seu significado determinado pela Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992), que regula esse tema com propriedade e exatidão.

O legislador, ao elaborar a Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992), como concretização do artigo 37, § 4º da, expressou um anseio da sociedade voltado a um apropriado gerenciamento do bem público, definido na primeira parte deste artigo. Assim, necessário se faz entender que a Lei de Improbidade Administrativa está voltada não somente aos atos de desonestidade, mas também aos de desconsideração do agente público para com o interesse do povo, ou, ainda, a outras condutas também consideradas antiéticas. Desta forma, podemos adotar como parâmetro, de acordo com a análise de cada caso, se determinado comportamento enquadra-se nas hipóteses da Lei n. 8.429/92 (BRASIL, 1992) nos artigos 9º, 10 e 11, o padrão de conduta ética esperada do agente público em nosso País, levando-se em consideração, para isso, o atual grau de desenvolvimento da cultura política, bem como a relação de proporcionalidade com as medidas previstas na Lei de Improbidade.

3. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

O enriquecimento ilícito é o acréscimo ao patrimônio de um indivíduo sem justa causa e decorrente de causa ilícita. No caso de lesão ao

patrimônio do Estado, pelo agente público, configura-se como crime contra a Administração Pública. Silvio Antonio Marques instrui:

O direito não pune todas as hipóteses de enriquecimento de alguém, pois uma pessoa pode amealhar riqueza por meio do trabalho, emprego, doação, herança, legado, recompensa, sorteios e outras formas. O que se proíbe é o enriquecimento ilícito ou injusto, ocorrido fora das hipóteses admitidas pelos princípios e normas constitucionais ou legais. (MARQUES, 2010, p. 66).

O capítulo II da Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992) trata dos atos de improbidade administrativa, e em sua seção I traz a primeira das três modalidades de tais atos, qual seja, os atos que importam enriquecimento ilícito, conceituado, de forma genérica, como a obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no artigo 1º da Lei.

A questão do enriquecimento ilícito difere-se do enriquecimento sem causa, porque, como já explicado, o primeiro é repugnado pelo direito por ter uma causa ilícita. A reprimenda legal se dirige àquele que, em proveito de uma função pública, tente ou consiga obter vantagem econômica a que não faz jus.

Não importa se a vantagem econômica indevida, que compõe o fruto do enriquecimento ilícito, seja alcançada por meio de uma ação ou omissão, ou de maneira direta ou indireta pelo agente no exercício da função pública, pois basta que ele venha a incorporar ao seu patrimônio bens, direitos de interesse privado, ou valores de maneira contrária à legalidade ou à moralidade administrativa, agindo de má fé. É preciso que a vantagem econômica indevida seja alcançada (para o agente público ou terceiro beneficiário, por ele próprio ou por interposta pessoa) em virtude de seu vínculo com a Administração Pública.

O artigo 9º exhibe um rol exemplificativo de atos de enriquecimento ilícito. Decorrência dessa natureza exemplificativa do artigo 9º é que hipóteses não previstas nos seus incisos configuram enriquecimento ilícito se atendidas às linhas

básicas de caracterização constantes do caput (auferimento de vantagem econômica indevida em razão do exercício de função pública). Sendo assim, hipóteses não previstas na lei, e que, todavia, possuem as características do enriquecimento ilícito, sujeitam o agente às sanções da improbidade administrativa com base no artigo 9º, caput.

É indiferente que o agente público exija ou solicite a vantagem econômica indevida, caracterizando o enriquecimento ilícito pelo mero recebimento. A Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) deve ser interpretada como norma extrapenal de caráter punitivo que é, com a força dos princípios correlatos, e uma ampla dose de influência da interpretação às infrações político-administrativas.

Por fim, importante se faz destacar que em todos os casos do artigo 9º da Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992), o valor patrimonial obtido pelo agente deve estar relacionado ao exercício de função, cargo ou emprego público. Desta forma, devem ser excluídas as vantagens ilícitas auferidas pelo mesmo fora da atividade pública, pois em tal situação o agente público responderá no âmbito penal pela sua conduta.

4. ATOS DE IMPROBIDADE QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Caso o agente público, direta ou indiretamente, não enriqueça indevidamente, mas a terceiro beneficiário, o ato de improbidade administrativa é do tipo lesão ao erário.

Erário é um termo oriundo do latim, que significa tesouro público. Trata-se do conjunto de bens, composto pelos recursos financeiros, tesouro nacional etc. que o Governo dispõe para administrar o país.

A seção II do capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) dispõe sobre condutas e omissões que caracterizam a improbidade em seu aspecto objetivo, isto é, as atividades ímprobas devem, para se incluir nas hipóteses do artigo 10, ocasionar prejuízos ao patrimônio público econômico, não se focando na vantagem obtida pelo agente público, e sim no prejuízo que este gerou ao Poder Público em sua dimensão econômica.

Dentre as espécies de atos de improbidade administrativa, as hipóteses elencadas na referida seção, mais especificamente no artigo 10, são as únicas a admitirem a modalidade culposa para a configuração do ato ímprobo. Configura, portanto, uma exceção à regra, que consiste na presença do dolo para a configuração do ato ímprobo.

5. ATOS DE IMPROBIDADE QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A seção III do capítulo II da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), que contempla seu artigo 11, elenca atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, podendo ser aqui abrangidas quaisquer ações ou omissões que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Dentre os atos elencados no rol do artigo 11 da lei, temos aqueles que afrontam ao princípio da legalidade (incisos I, II e VI), aqueles que violam o dever de sigilo (incisos III e VII), aquele que agride o princípio da publicidade (inciso IV), e aquele que agride o princípio da isonomia (inciso V).

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio provoca insulto a um mandamento obrigatório e representa afronta a todo o sistema e descumprimento a seus valores fundamentais.

Aqui, mesmo que o ato ímprobo não esteja expressamente previsto no rol do artigo 11, poderá o causador do ato ser submetido às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992), inclusive, sem ter havido o seu enriquecimento ilícito ou qualquer dano ao erário, bastando apenas a afronta a um princípio constitucional da Administração Pública.

Para que se incorra nos atos de improbidade da referida seção não basta a inobservância aos princípios constitucionais inerentes à administração pública. Neste sentido, José Antônio Lisboa Neiva leciona:

O art. 11 da lei nº 8429/1992 exige adequada interpretação, pois não seria razoável entender que a

simples violação ao princípio da legalidade, por si só, ensejaria a caracterização de ato improbo. Seria confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. (Neiva, 2011, p. 9).

Neste sentido, conclui-se que não basta a violação pura e simples de qualquer princípio da Administração Pública para configuração de Improbidade Administrativa nos moldes do artigo 11 da Lei 8.429/92 (BRASIL, 1992). É preciso que haja a presença dos seguintes elementos cumulativamente: 1) ação ou omissão que viole princípio constitucional explícito ou implícito norteador da administração pública, considerando que os previstos no artigo 11 não são taxativos, não esgotando a incidência de outros princípios; 2) falta de honestidade e de lealdade, bem como desvio de finalidade ou má fé; 3) dolo; e 4) que a ação ou omissão não acarrete pura e simplesmente de enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou de lesão ao erário.

6. AGENTES POLÍTICOS SUBMETIDOS AO IMPEACHMENT

O procedimento do *impeachment* está definido na Lei 1.079/50 (BRASIL, 1950), e sua previsão na Constituição Federal encontra-se no art. 52 (BRASIL, 1982). Trata-se de um processo para responsabilizar o agente político por crimes de responsabilidade, e para sua ocorrência devem ser cumpridos vários passos, tais como denúncia, acusação e julgamento.

Pode-se falar em dois tipos de *impeachment*. O primeiro deles, o tradicional, em que os possíveis acusados são Presidente e Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade e também os Ministros de Estado e Comandantes do Exército, da Aeronáutica e da Marinha, em crime de *impeachment* da mesma natureza conexos com aqueles. O outro tipo é o *impeachment* de Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. O julgamento é feito do Senado Federal nos dois casos, sendo importante o clamor público para a eficácia do primeiro.

Cabe à Câmara dos Deputados, por votação de dois terços de seus representantes, autorizar a instauração do processo de *impeachment* para o Presidente, o Vice-Presidente da República e seus Ministros. Por

analogia os Comandantes do Exército, da Aeronáutica e da Marinha também são submetidos a esta modalidade de *impeachment*.

CONCLUSÃO

Diante das três modalidades de atos de improbidade administrativa abordadas neste artigo podemos concluir que a Lei que os regula surgiu para regulamentar o assunto com mais propriedade, visando maior controle dos agentes públicos que não possuem uma conduta íntegra no exercício da função que exercem.

Embora não tenha sido abordada afincamente a questão da punição de cada uma das três espécies de atos ímprobos por parte dos agentes que teriam o dever de cuidar dos bens que pertencem à coletividade, vale ressaltar, para que se tenha uma melhor visão da gravidade de cada uma das lesões que, os atos do primeiro grupo, que importam enriquecimento ilícito, seriam os mais lesivos e juridicamente reprováveis. Já os atos enquadrados na segunda modalidade, que causam lesão ao erário, sem importar enriquecimento ilícito do agente, ocupariam uma posição intermediária. E, por fim, os atos pertencentes ao terceiro grupo, os que atentam contra os princípios da Administração Pública, seriam considerados menos graves do que os dois primeiros, embora por alguns sejam vistos como até mais gravosos por conta da afronta que representam.

Da mesma forma, as sanções relativas à prática de qualquer desses atos são significativamente pesadas, o que leva a afirmar que todos eles são juridicamente considerados atos de ampla lesividade social, podendo desencadear suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, conforme determinado pelo artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu § 4º.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.429. Promulgada em 2 de junho de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 26 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 1.079. Promulgada em 10 de abril de 1950. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm. Acesso em: 31 mai. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rev. Ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 938-939 p.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010. 25 p.

_____. **Improbidade administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010. 66 p.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo- doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. Ed. Niterói-RJ: Ed. Impetus, 2011. 9 p.

CONCURSO PÚBLICO: LEGISLAÇÃO E FISCALIZAÇÃO

**LUCIANA PEREIRA
FERNANDES:** Graduada em
Pedagogia pela Faculdades
Integradas Urubupunga(2011).
Bacharelada do Curso de Direito -
UNIBRASIL.

AILTON NOSSA MENDONÇA
(Orientador)[1].

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo fazer uma análise dos concursos públicos, suas formas de realização, e sobre como a legislação atual fiscaliza os resultados e tenta evitar que ocorram fraudes. Com a criação da Constituição Federal de 1988 o concurso público tornou-se obrigatório, com previsão expressa no art. 37, II, da Carta Magna. Este instituto tem como objetivo a seleção de pessoal, pela Administração, que esteja apto a assumir cargo ou emprego público. O concurso público possui inúmeras vantagens, sendo as principais o fato de proporcionar às pessoas iguais condições de disputarem cargos ou empregos na Administração direta e indireta e, em consequência, selecionar as mais capacitadas para compor sua força de trabalho. O concurso público também possui como objetivo impedir o ingresso de pessoas na Administração sem prévia aprovação através deste certame, observadas as exceções previstas na Constituição Federal. O trabalho inicia-se com a análise de princípios relevantes ao tema, quais sejam, princípios constitucionais da legalidade, eficiência, do ingresso mediante concurso, e da isonomia, além os princípios administrativos da discricionariedade, da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos. Após a análise de princípios, será feita a análise do próprio instituto jurídico do concurso público, não somente de como evoluiu ao longo do tempo, mas de sua participação na luta por direitos e seu reflexo constitucional.

Palavras-chave: Poder Público. Concurso Público Constituição Federal.
Candidato. Legalidade.

ABSTRACT: The objective of this course is to analyze public procurement, how it is carried out, and how current legislation controls the results and tries to avoid fraud. With the creation of the Federal Constitution of 1988 the public tender became mandatory, with express provision in art. 37, II, of the Constitution. The purpose of

this institute is the selection of personnel, by the Administration, who are able to assume public office or employment. The public tender has many advantages, the main being that it gives people the same conditions to compete for positions or jobs in the direct and indirect Administration and, consequently, to select the most qualified to compose their work force. The public tender also aims to prevent the entry of people into the Administration without previous approval through this event, subject to the exceptions provided for in the Federal Constitution. The work begins with the analysis of principles relevant to the theme, namely constitutional principles of legality, efficiency, entry through competition, and isonomy, in addition to the administrative principles of discretion, the supremacy of the public interest and the continuity of services The public. After the analysis of principles, the analysis of the legal institute itself will be done, not only of how it has evolved over time, but of its participation in the struggle for rights and its constitutional reflex.

Key words: Public Power. Public Tender Federal Constitution. Candidate. Legality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCURSO PÚBLICO: A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO.. 2. PRINCÍPIOS RELEVANTES. 2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2.1.1 Princípio da Legalidade. 2.1.2 Princípio da Eficiência. 2.1.3 Princípio do Ingresso no Serviço Público mediante Concurso. 2.1.4 Princípio da Isonomia ou da Igualdade. 2.2 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. 2.2.1 Princípio da Discricionariedade. 2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos. 4. FISCALIZAÇÃO DO CONCURSO. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O concurso público no Brasil é obrigatório, visto que a Constituição Federal estabelece a necessidade de sua realização, para provimento de cargos e empregos públicos da Administração Pública direta e indireta. É pautado por diversos princípios universalmente aceitos e amparados pelo estatuto jurídico vigente, os quais norteiam a sua realização.

O concurso público é universal, permitindo que qualquer pessoa dele participe, desde que cumpridos os requisitos previstos no edital, independente de sua origem, e resguardadas as premissas constitucionais,

tal pessoa será submetida a todas as suas etapas e caso, ao final, obtenha sucesso se tornará um agente público.

Diversas regras foram criadas a fim de proteger os candidatos que participam do certame, garantindo também uma maior integridade ao procedimento.

Através do edital, instrumento convocatório considerado como a "lei do concurso", temos especificadas as regras do concurso público como salário, quantidade de vagas, data das provas, etc., no qual tanto a Administração Pública quanto os candidatos devem total observância.

O concurso público sofre controle administrativo por parte da Administração Pública; controle judicial que é executado pelo Poder Judiciário, e ainda sujeito ao controle do Ministério Público, a fim de garantir que todo o certame transcorra conforme os preceitos legais, respeitando todas as fases e os direitos dos candidatos participantes.

Considerando o indiscutível aumento no número de demandas judiciais envolvendo o tema concurso público, os Tribunais Pátrios vêm evoluindo gradativamente o seu pensamento acerca da nomeação de candidatos aprovados em concurso público, e mais do que coibindo abusos praticados pela Administração Pública, vem se fundamentando nos princípios da segurança jurídica (ligado na proteção e certeza do direito) e pela proteção à confiança (boa-fé do cidadão em acreditar na licitude dos atos do Poder Público) para garantir o direito aos candidatos aprovados.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo fazer uma análise sobre os concursos públicos, suas formas de realização, e de como a legislação atual fiscaliza os resultados e tenta evitar que ocorram fraudes.

O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, análise da literatura publicada em forma de livros, revistas, e informações disponibilizadas na Internet, na qual foram utilizados os principais doutrinadores que escrevem sobre o tema e também farta jurisprudência dos tribunais brasileiros, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Por meio desses procedimentos técnicos, visa-se a obtenção de dados acerca do objeto de pesquisa quanto ao seu reflexo na vida real.

1. CONCURSO PÚBLICO: A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

O Concurso Público é o procedimento pelo qual a Administração Pública seleciona pessoas para ingressarem em seus quadros efetivos e ocuparem o denominado cargo público. Esse instituto foi definido pela Constituição Federal, art. 37, Inciso II. Para tanto, devem ser observados os princípios da publicidade e da transparência. Desta forma, atos como portarias, editais, desde a abertura até o encerramento do concurso, devem ser publicizados a todos, de forma a assegurar a ampla concorrência.

Vejamos a definição de CARVALHO FILHO (2001, p. 472) acerca de concurso público:

“Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”.

A necessidade da criação de cargos e funções públicas se iniciou no século XIX, quando a Administração Pública, passou por um momento indispensável do programa constitucional revolucionário. Era uma reação contra o legado e o mercantilismo dos cargos públicos e da consolidação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as qualidades e talentos dos mesmos.

Isso significava que o exercício de cargos e funções públicas não poderiam estabelecer em condições particularísticas de privilégios. Criando-se assim, a possibilidade do provimento de triagem mediante concurso público, que segundo CRETELLA JÚNIOR (1994, p. 461) se desenvolveu, na França, a partir de Napoleão, depois de renhidas lutas contra seus opositores, beneficiados por outros sistemas.

Tais sistemas, ou meios, para seleção de funcionários públicos, no decorrer dos tempos, foram: sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, nomeação, eleição e concurso.

A criação do Concurso Público coincide com o surgimento do Estado de Direito. Nesse época não existia a carreira administrativa, tampouco garantias existentes em favor daqueles que exerciam a função pública, cuja nomeação, permanência no cargo e dispensa dependiam tão somente da vontade do monarca.

A função pública era exercida por pessoas que possuíam laços de fidelidade e confiança muito fortes em relação ao monarca. Por outro lado, os agentes praticavam suas funções de maneira ilimitada, o que acabava por fazer deles verdadeiros proprietários do cargo que ocupavam e do qual podiam usufruir livremente. Ao Estado de Polícia, que sobreveio o Estado de Direito, que se caracteriza como o nome evidência, pelo fato de submeter-se ao de direito, entendido como algo acima de governantes e governados. Essa evolução, ocorreu durante o século XIX, e dispõe o que hoje constitui a carreira administrativa. Durante esse processo reconheceram-se certos direitos, próprios dos agentes públicos, assim como se delineou o sistema disciplinar a que deveriam submeter-se.

Dessa forma, no Estado de Direito, consolida-se o princípio da legalidade, estabelecendo o que o Estado pode fazer e o que lhe é proibido, surgindo o Concurso público como um procedimento administrativo submetido a esse princípio para atingir a filosofia da administração pública.

2. PRINCÍPIOS RELEVANTES

É essencial para melhor entendimento do tema, fazer um estudo dos principais princípios que regem as normas dos concursos públicos.

2.1 Princípios Constitucionais

Todos os princípios constitucionais expostos a seguir estão referenciados explicitamente na Constituição Federal de 1988.

2.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra dois desdobramentos principais na Constituição: a legalidade que se refere à vida particular dos sujeitos de direito em geral, e a legalidade inerente à Administração Pública de forma específica.

O primeiro desdobramento está descrito no art. 5º, onde também está especificado o princípio da isonomia, que será tratado adiante neste trabalho. Porém, sua qualificação específica, diferente daquele, encontra-se no inciso II.

Segundo o texto constitucional:

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

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

O segundo desdobramento é elencado no art. 37, caput, conforme a redação a seguir:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

Como leciona Hely Lopes Meirelles (2005) a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

2.1.2 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, um dos marcos mais importantes na atuação da Administração Pública, não estava previsto na redação original da Constituição de 1988.

Foi incluído posteriormente no texto normativo por meio da Emenda Constitucional 19/98, no art. 37, já supracitado, como informa Carvalho Filho:

“A EC nº 19/98, que guindou ao plano constitucional as regras relativas ao projeto de reforma do Estado, acrescentou, ao caput do art. 37, outro princípio: o da eficiência (denominado de ‘qualidade do serviço prestado’ no projeto de Emenda). Com a inclusão, pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 29)

Tem-se visto nos agentes públicos uma preocupação muito maior com a qualidade da Administração Pública. E estas adequações, têm que ser estabelecidas no ordenamento jurídico, em face da própria submissão da Administração e do Estado à legalidade.

Hely Lopes Meirelles cita a eficiência como:

“o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos, para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELLES, 1996, p.90-91)

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) afirma que uma administração eficiente pressupõe qualidade, presteza e resultados positivos, constituindo, em termos de administração pública, um dever de mostrar rendimento funcional, perfeição e rapidez dos interesses coletivos.

2.1.3 Princípio do Ingresso no Serviço Público mediante Concurso

O princípio da obrigatoriedade de realização de procedimento seletivo de candidatos, o concurso público, é disposto na Constituição Federal, Artigo 37, inciso II, conforme segue abaixo:

“Artigo 37 (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

2.1.4 Princípio da Isonomia ou da Igualdade

O princípio da isonomia, é um dos direitos fundamentais mais essenciais ao entendimento do ordenamento jurídico atual.

De acordo com a Constituição Federal, este princípio está previsto no caput do artigo 5º, que diz que ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’. O princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, representa a democracia, já que indica um tratamento justo para todos os cidadãos.

A igualdade da qual se trata nesse princípio, é chamada de formal. De acordo com ela, é vetado que os legisladores criem ou editem leis que a violem. O princípio da igualdade garante o tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

2.2 Princípios Administrativos

Os princípios administrativos aqui mencionados, de forma diversa dos constitucionais, não estão expressamente descritos. Entretanto, mesmo sendo caracterizadas como princípios implícitos, são equivalentes em importância aos princípios constitucionais já descritos anteriormente.

2.2.1 Princípio da Discricionariedade

A discricionariedade pressupõe a interpretação normativa, que deriva da utilização de expressões linguísticas permissivas. Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, dessa forma, a lei deixa certa margem de liberdade de uma decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito.

Na definição ofertada pelo douto autor Carvalho Filho:

“Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49)

É, portanto, um poder que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei.

2.2.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O Princípio da Supremacia do Interesse Público existe a partir do pressuposto de que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis. Dessa forma, os interesses privados encontram-se dependentes da atuação estatal.

Este princípio fundamenta todas as prerrogativas de que dispõe a Administração como instrumentos para desempenhar as finalidades a que é destinada. Assim, decorre do Princípio da Supremacia do Interesse Público que existindo conflito entre o interesse público e o interesse privado, prevalecerá o interesse público, tutelado pelo Estado, respeitando-se, porém, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição Federal, ou dela decorrentes.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público não está presente de modo direto em toda e qualquer atuação da Administração Pública, restringindo-se, aos atos em que ela manifesta poder de império, denominados atos de império. São estes todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica.

2.2.3 Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos

O Princípio da Continuidade do Serviço Público visa não prejudicar o atendimento à população, uma vez que os serviços essenciais não podem ser interrompidos, ou seja, pode ser entendido como a busca da ininterrupção, na medida do possível, das atividades realizadas pela Administração Pública.

Na elucidação de Carvalho Filho:

“Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 34)

3. EDITAL: A “LEI” DO CONCURSO

Reza o consagrado aforismo que "o edital é a lei do concurso público". Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital (que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão).

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da legalidade e moralidade, mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância. Com efeito, o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento do concurso público. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e candidatos, que dele não podem se afastar a não ser nas previsões que conflitem com regras e princípios superiores e que por isso são ilegais ou inconstitucionais.

A publicação do edital torna explícitas quais são as regras que nortearão o relacionamento entre a Administração e aqueles que concorrerão aos seus cargos e empregos públicos. Daí a necessária observância bilateral, a exemplo do que ocorre com as licitações: o poder

público exhibe suas condições e o candidato, inscrevendo-se, concorda com elas, estando estabelecido o vínculo jurídico do qual decorrem direitos e obrigações.

No Brasil, os concursos são de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas. Note-se que mesmo para cargos ou funções temporárias (com prazo determinado), o preceito constitucional exige concurso, que nesse caso é chamado de processo seletivo.

O edital pode ser chamado de a "lei do concurso". A inscrição do candidato fica condicionada ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção expressamente previstas, também no edital.

O concurso público terá validade de até dois anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período, conforme disposto no inciso III, do artigo 37 da Constituição Federal. O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização deverão ser fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação. Não é possível a abertura de novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade que ainda não tenha sido expirado.

4. FISCALIZAÇÃO DO CONCURSO

Há vários anos o método mais utilizado por fraudadores era o de uma pessoa fazer a prova no lugar de outra, denominada piloto de prova. Com o tempo, apareceu a chamada cola eletrônica. É uma forma mais difícil de identificar e nenhuma entidade, de fato, executava uma varredura eletrônica minuciosa.

Em decorrência dessa evolução de fraudes e dificuldade das organizadoras em identificá-las, surgiu um novo método de rastreamento dos aparelhos eletrônicos. Com ajuda de uma empresa estadunidense, foi desenvolver um equipamento que consegue rastrear pontos eletrônicos, celulares ou aparelhos que possam estar sendo utilizados escondidos durante a prova. Os responsáveis pelos concursos, conseguem rastrear e localizar de forma simples e rápida nas salas durante a aplicação das avaliações. Através desse equipamento é possível identificar se o celular está transmitindo ou recebendo algum tipo de informação.

Os fiscais volantes são treinados para que entendam o funcionamento do aparelho e percebam qual candidato está utilizando celulares, rádios, tablets, ou qualquer outro aparelho receptor/transmissor de informações. Quando detectado o candidato que está fazendo essa transmissão ou recepção de informações, é solicitado que ele acompanhe o fiscal à sala da coordenação, e com o uso de um detector de metal, descobrem onde o candidato está escondendo o aparelho eletrônico.

São inúmeras as situações em que ocorrem fraudes em concursos públicos, razão pela qual, com a finalidade de inibir esses comportamentos, bem como a de proteger a fé pública, foi criado o delito tipificado no art. 311-A do Código Penal Brasileiro, conforme segue abaixo:

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I - concurso público;

II - avaliação ou exame públicos;

III - processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV - exame ou processo seletivo previstos em lei.

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

CONCLUSÃO

O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art.37, II da Constituição Federal). A realização de certame competitivo prévio ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar princípios consagrados em nosso

sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

Em relação as fraudes que ocorrem, nunca existirá uma solução perfeita, mas podem ser adotadas práticas para dificultar as fraudes, como por exemplo, exigir que todos os envelopes contendo os gabaritos sejam lacrados com numeração específica e na presença de todos os concursandos e de alguma autoridade do poder judiciário, de preferência de outra localidade, para evitar favores que sabemos existir entre judiciário e executivo ou legislativo e que a abertura e apuração dos resultados seja feita em local público, onde toda a população possa assistir em tempo real a correção das provas. Assim todos que tiverem interesse real estarão presentes e irão acompanhar.

BIBLIOGRAFIA

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. **Breves conceitos sobre o instituto do concurso público no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4092>. Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 74/2010**. Lei Geral dos Concursos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=74640&tp=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 154/2011**. Estabelece a obrigatoriedade de nomeação pela Administração Pública Federal dos candidatos aprovados em concurso público, respeitado o número de vagas estabelecido no edital do certame. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=88717&tp=1>>. Acesso em: 10 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Ed. Atlas. 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8035/concursos-publicos-e-o-principio-da-vinculacao-ao-edital>>. Acesso em 20 mar. 2017.

PIETRO, M. S. Z. D. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NOTAS:

[1] Possui graduação em Matemática pela Centro Universitário de Votuporanga (1983), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (1997), especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (1999), mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca (2000) e doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Extremadura (2002). Atualmente é assessor jurídico da Prefeitura Municipal de Fernandópolis e professor da Universidade Brasil

O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM CONFRONTO COM A LIBERDADE DE IMPRENSA

JÉSSICA DE SOUZA SANTANA:
Bacharelada pela Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ BERTOLO
(Orientadora)[1].

RESUMO: O presente artigo tem por escopo abordar o direito ao esquecimento, em seu conceito, fundamentação legal, aplicabilidade em casos concretos nacionais e internacionais, e análise de colisão entre direitos fundamentais, notoriamente entre a liberdade midiática e o direito de ser esquecido. Para tanto, o estudo utilizou-se da análise de artigos acerca do tema, jurisprudências, entendimentos doutrinários, além da legislação pátria, visando, ao final, abordar a melhor forma de intervenção do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Fundamentação Legal; Direitos Fundamentais; Liberdade Midiática; Casos Concretos Nacionais e Internacionais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to address the right to forget, in its concept, legal basis, applicability in national and international concrete cases, and analysis of collision between fundamental rights, notably between media freedom and the right to be forgotten. In order to do so, the study was based on the analysis of articles on the subject, jurisprudence, doctrinal understandings, besides the national legislation, aiming, in the end, to approach the best form of intervention of the Judiciary Power.

Keywords: Legal substantiation; Fundamental rights; Media freedom; National and International Concrete Cases.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceito e Fundamento. 1.1 Casos Históricos. 2. Confronto de Direitos Fundamentais. 2.1 Direito à privacidade x Direito à informação. 3. Lei do Direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 proíbe penas de caráter perpétuo, de modo que, toda penalidade ou medida assecuratória imputada a pessoa humana, deve ter um prazo determinado para sua execução. Pode então, dentro de uma sociedade com esses ditames jurídicos, uma pessoa sofrer por tempo indeterminado em razão de atos cometidos no passado? É digna uma punição eterna por erros anteriores, dentro da seara de uma sociedade que não permite nem mesmo que os mais severos criminosos paguem eternamente pelo crime cometido?

Nesse ínterim, o direito ao esquecimento apresenta-se como a possibilidade de se manter em sigilo fatos ocorridos no passado de uma pessoa, os quais, se voltarem à tona, causariam graves danos a sua vida atual e constrangimentos desnecessários. Esse instituto permite não só a não divulgação de tais fatos como também a exclusão de informações publicados na mídia impressa, televisiva e internet.

Estando, portanto, entre o rol dos direitos da personalidade, o direito ao esquecimento está estritamente ligado à dignidade da pessoa humana, de forma que nenhuma pessoa deve ser condenada às lembranças eternas de um erro passado, tampouco a mercê de situações constrangedoras trazidas novamente à tona sempre que sobrevier o esquecimento da sociedade. Logo, o princípio da dignidade da pessoa é a base para a existência do direito ao esquecimento, sendo um direito de personalidade garantido pela constituição e com o mesmo valor e relevância de outros direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Vale lembrar, ainda, que o direito ao esquecimento pode ser extraído não apenas da Carta Magna do Brasil, mas também de legislações infraconstitucionais, como o Código Civil de 2002, o que torna patente o seu reconhecimento em nosso ordenamento, ainda que sem previsão expressa.

Por outro lado, o direito à informação também é assegurado pela Constituição Federal e tido como um direito fundamental, sendo comum que em alguns casos concretos haja choque entre tais preceitos, o que intensifica a importância de previsão de formas de resoluções de conflitos entre normas constitucionais, tendo em vista que as formas de resoluções para conflitos legais infraconstitucionais não podem ser aplicadas em artigos previstos na constituição, dada a ausência de hierarquia entre eles.

Desta forma, a presente pesquisa discorrerá sobre o campo de conceitos e fundamentos do direito em comento, casos históricos e as formas de resoluções entre o choque de valores e direitos, todos acolhidos pelo mais alto diploma do ordenamento jurídico. Não obstante, discorreremos ainda sobre como os tribunais têm decidido e as dificuldades de se garantir o direito a intimidade com o avanço tecnológico e a consequente facilidade de acesso à informação e compartilhamento em massa.

A metodologia utilizada foi a análise desenvolvida através de pesquisas bibliográficas, julgados e textos científicos.

1. CONCEITO E FUNDAMENTO

Originariamente concebido na doutrina americana através da alcunha “right to be let alone”, o direito ao esquecimento acabou sendo vastamente tratado pela doutrina nacional, a ponto de se lastrear por diversas situações. O termo foi proposto pelos norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, e pode ser livremente traduzido para “direito de ser deixado em paz” e “direito de estar só”, ou, como preferiu o Brasil, direito ao esquecimento.

Proveniente da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), tem em sua última instância a proteção da personalidade, impedindo que determinados fatos, ainda que verídicos, sejam eternizados, causando sofrimento e ofensa à honra do (s) ofendido (s). Importante frisar, no entanto, que esse direito não permite que o indivíduo reescreva sua história (“apagando os erros”), mas que delibere sobre o que será feito com os dados pessoais, de modo a não ser fadado a pagar eternamente por um fato passado. Na lição de Greco:

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento. (2013, p. 761).

No Brasil, o direito ao esquecimento ganhou proteção jurídica em várias disposições normativas, tais como no Código de Defesa do Consumidor, na [Constituição Federal](#), no [Código Civil](#) e no [Código de Processo Penal](#).

Os artigos [43](#) e [44](#), do [Código de Defesa do Consumidor](#), tratam da previsão legal na qual dispõe sobre o direito ao esquecimento, ao estabelecer sobre os bancos de dados e cadastros. Nesse aspecto, é determinado o prazo de cinco anos para utilização dessas informações negativas, sendo proibida à utilização das mesmas com a finalidade de impedir o consequente acesso ao crédito.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, garante a privacidade, a intimidade e a honra: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988), além da dignidade humana.

A principal regulamentação do objeto em estudo, porém, veio com a VI Jornada de Direito Civil ocorrida em março de 2013, através do enunciado 531, que reconheceu o direito ao esquecimento como uma das formas de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana: “ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Tal enunciado faz referência ao artigo 11 do Código Civil, que trata sobre os direitos da personalidade: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. A justificativa dada ao enunciado baseou-se na discussão de como são utilizados os fatos pretéritos de determinado indivíduo, mais precisamente quanto ao modo e finalidade com que são lembrados. Sobre o tema, o desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Rogério Fialho Moreira, coordenador da Comissão de Trabalho da Parte Geral na VI Jornada, afirma:

Não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de ‘superinformacionismo’. O enunciado contribui, e muito, para a discussão do tema, mas ainda há muito espaço para o amadurecimento do

assunto, de modo a serem fixados os parâmetros para que seja acolhido o 'esquecimento' de determinado fato, com a decretação judicial da sua eliminação das mídias eletrônicas. Tudo orientado pela ponderação de valores, de modo razoável e proporcional, entre os direitos fundamentais e as regras do [Código Civil](#) de proteção à intimidade e à imagem, de um lado, e do outro, as regras constitucionais de vedação à censura e da garantia à livre manifestação do pensamento.

Em seguida, na VII Jornada de Direito Civil, houve a aprovação do Enunciado 576, dispondo que "o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória", concernente ao artigo 21 do Código Civil, que assegura que a vida privada da pessoa natural é inviolável, cabendo ao juiz, a requerimento do interessado, adotar as medidas necessárias para impedir ou fazer cessar atos contrários a tal garantia.

Deste modo, embora ainda não haja uma regulamentação legal acerca do tema, esse direito vem ganhando espaço no cenário nacional através da interpretação constitucional, da criação de enunciados e de julgamentos.

1.1 CASOS HISTÓRICOS

A discussão acerca do direito ao esquecimento tomou maior proporção a partir do caso "Lebach", julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão. O fato se deu em 1969, quando quatro soldados alemães foram cruelmente assassinados em uma pequena cidade da Alemanha, de nome Lebach. Após o processo, três réus foram condenados, sendo dois à prisão perpétua e o terceiro a seis anos de reclusão. Esse último condenado cumpriu integralmente sua pena e, dias antes de deixar a prisão, soube que uma emissora de televisão iria exibir um documentário especial lembrando o fato criminoso, inclusive, com a exibição de fotos dos então condenados.

Ao tomar conhecimento da transmissão, o detento pleiteou uma tutela liminar para que o canal fosse proibido de exibir o programa, alegando que somente desta forma seria possível impedir os prejuízos que a exibição lhe causaria, fundamentando seu pedido na inconveniência de serem lembrados fatos

pretéritos sobre os quais já não há repercussão, apenas comprometendo sua vivência e reintrodução na sociedade. O programa de televisão foi então proibido de vincular o documentário, uma vez que o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o direito ao esquecimento estava de fato sendo ferido e que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e a sua vida privada.

No Brasil, a 4ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça enfrentou o tema em dois recursos ajuizados em razão de reportagens exibidas pela TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A): O episódio da “Chacina da Candelária” (REsp 1.334.097-RJ) e o caso “Aída Curi” (REsp 1.335.153-RJ).

A Chacina da Candelária, como ficou conhecido este episódio histórico e sangrento, foi uma chacina ocorrida no dia 23 de julho de 1993, próximo à Igreja Nossa Senhora da Candelária, localizada no centro da cidade do Rio de Janeiro. Na ocasião, oito menores que dormiam nas escadarias da igreja foram assassinados e outros tantos ficaram feridos. Realizadas investigações, vários policiais militares e um serralheiro, de nome Jurandir, foram acusados pela prática do crime, no entanto, este último, foi posteriormente inocentado por unanimidade pelo Tribunal de Justiça Carioca.

A Rede Globo de televisão, por sua vez, no ano de 2006, entrou em contato com Jurandir objetivando entrevistá-lo no programa televisivo Linha Direta Justiça, cujo pedido foi recusado. Não obstante sua expressa negativa, foi ao ar, em junho daquele mesmo ano, um especial sobre a chacina, tendo sido Jurandir apontado como um dos envolvidos no caso, trazendo à tona, desnecessariamente, todo o sofrimento outrora vivenciado pelo serralheiro.

Desta forma, entendendo ter tido seu direito ao esquecimento violado, o homem ingressou na Justiça com um pedido de reparação de danos morais em face da emissora de televisão e sustentou, em síntese, que a exploração à sua imagem na condição de co-autor/partícipe da barbárie, prejudicou sobremaneira sua vida profissional, familiar e social, vez que reacendeu na comunidade onde residia a imagem de chacinador e a revolta dos moradores, obrigando-o, inclusive, a deixar a comunidade para preservar sua segurança e de seus familiares.

O Tribunal, portanto, entendeu que, muito embora a Chacina da Candelária tenha se tornado um episódio histórico em nosso país, o direito à liberdade de imprensa não seria tolhido, tampouco a honra do autor maculada, caso o nome e a fisionomia deste tivessem sido ocultados, o que, ainda assim, possibilitaria que a história fosse contada de forma fidedigna. Ao final, a emissora foi condenada ao pagamento no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização pelos danos morais causados ao autor.

Diferentemente do posicionamento acima, no julgamento relativo ao caso “Aída Curi”, onde os familiares da vítima, morta no ano de 1958, após ter sido violentada e atirada do topo de um edifício localizado no bairro de Copacabana, ingressaram contra a TV Globo Ltda. (Globo Comunicações e Participações S/A) pleiteando reparação de danos morais, materiais e à imagem após a transmissão do caso, décadas depois, no programa Linha Direta Justiça, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o direito ao esquecimento não alcançava o caso, vez que o acontecimento havia entrado para o domínio público e seria impossível que a imprensa retratasse o caso Aída Curi, sem Aída Curi.

Não obstante isso, frisou-se em tal decisão que o direito ao esquecimento não se aplica apenas aos condenados que cumpriram pena e aos absolvidos que se envolveram em processo crime, mas também as vítimas de crimes e seus familiares – se assim desejarem –, impossibilitando, deste modo, que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

Esses foram, portanto, três momentos na história em que o direito ao esquecimento foi amplamente discutido, cada qual com seu entendimento: caso Lebach e Chacina da Candelária prevaleceu o entendimento de que os indivíduos devem ter assegurado o direito ao esquecimento, como corolário da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à honra, enquanto que no caso Aída Curi entendeu-se indispensável a ponderação de valores, vez que o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização aos familiares da vítima, consubstanciaria desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança com a exibição da reportagem cinquenta anos após a morte da vítima.

2. CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, não é raro que as normas constitucionais entrem em rota de colisão, já que refletem uma diversidade ideológica potencialmente diferente. Ocorre, no entanto, que, na prática, esse conflito entre direitos fundamentais não se resolve tão facilmente, uma vez que quando o exercício de um direito garantido constitucionalmente implica na quebra de outro direito fundamental, abre-se um leque complexo de correntes e posicionamentos que devem ser cuidadosamente analisados, caso a caso.

Os casos de colisão de direitos fundamentais são muitos e exemplo disso é o que comumente ocorre com o direito à liberdade de imprensa versus o direito à privacidade e o direito à informação versus o direito à intimidade. Tais conflitos surgem em razão dos direcionamentos opostos de cada um desses princípios; enquanto os direitos da personalidade seguem o caminho da tranquilidade, do sigilo e da não exposição, o direito à informação e à liberdade de expressão orientam-se pelo caminho da transparência e da livre circulação de informação.

A solução para tais choques se mostra possível através das técnicas de ponderação, que, por sua vez, se operacionaliza por meio do princípio da proporcionalidade. “A essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”, afirma Guerra Filho (2006, p. 103).

Dentro do direito Constitucional, portanto, o princípio da proporcionalidade ganhou posição de destaque, vez que tem considerável aplicação no judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos no Texto Maior. Para verificação da presença da proporcionalidade no caso concreto, deve ser analisado se o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar, isso porque a proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará.

Assim, para se alcançar uma solução constitucionalmente justa, embasada em uma argumentação firme, coerente e convincente, deverá ser analisado o peso de cada elemento do caso, bem como, quais normas deverão ser ponderadas. Ademais, deverá ser analisada também a intensidade com a qual uma determinada

norma deve prevalecer sobre a outra, de forma que a solução encontrada seja a mais adequada possível àquele determinado caso.

2.1 DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO

Até que ponto seria uma violação ao direito à privacidade o pleno exercício do direito à informação? Pode, nesse passo, haver limitação de um direito fundamental garantido constitucionalmente em virtude da violação de outro? Temos em discussão dois direitos fundamentais de igual valor e relevância. De um lado, o direito à informação, que garante a lisura dentro da administração pública e cumpre com o seu fim social de interesse público, enquanto de outro, a privacidade e o direito ao esquecimento, que garantem ao cidadão que fatos sobre sua vida, pregressa e atual, não sejam expostas ao público de forma a prejudicar sua vivência atual e futura.

Por se tratar do mesmo bem juridicamente protegido, os direitos fundamentais em comento estão posicionados em uma linha muito tênue, de forma que o amplo exercício de um deles muito provavelmente acabará por prejudicar o exercício do outro. Assim, têm-se que a ampla divulgação de informações acerca de determinado fato afetará diretamente o direito à intimidade dos envolvidos no caso, no entanto, de outra banda, o sigilo total dos fatos prejudica o direito coletivo da sociedade à informação.

Como forma de resolução desse embate, tem-se observado que quando a informação não possui uma natureza informativa à fim de proporcionar algum bem a sociedade, como um alerta de segurança ou ações de cunho governamentais, e, ainda, que tal informação prejudique a honra e a intimidade de um particular, prevalece o direito ao esquecimento e tal informação é censurada. Nesse sentido, a doutrina de Gilmar Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (2007, p. 374).

Vale ressaltar, também, que no caso de pessoas consideradas públicas em virtude de seu trabalho, seja artístico ou político, não se deve esquecer que mesmo sendo tidas como pessoas públicas, a proteção aos seus direitos da personalidade permanece garantido pela constituição, ao passo que devem ser estabelecidos limites no momento da divulgação de notícias, sobretudo, pela imprensa em geral. No que tange aos agentes públicos, a questão deve sempre ser analisada à luz do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim preconiza Robert Alexy:

Na análise da questão, convém ressaltar ainda que os agentes públicos podem ter um âmbito de privacidade menor que aquele conferido aos demais cidadãos, precisamente em decorrência da atividade que desempenham. Isso resulta da primazia do interesse público sobre o privado: o direito de informação pertence à sociedade como um todo ao passo que os direitos da personalidade interessam ao seu titular, normalmente uma pessoa, e o benefício coletivo tem particular força quando revela atos da ação governamental em geral. Desse modo, uma notícia que invada a privacidade de um agente público pode desagradar a este, mas, dada sua condição de figura pública, ser proveitosa à sociedade. (1999, p. 76).

Portanto, há sim formas de resolver o conflito entre o direito à informação e o direito ao esquecimento e a vida privada, cabendo ao judiciário estabelecer, conforme visto anteriormente, formas de equilibrar o exercício destes dois direitos.

3. LEI DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em outubro de 2015, o projeto de lei apelidado como lei do esquecimento, de autoria do ex-presidente da câmara e ex-deputado Eduardo Cunha. A proposta pretende dar o direito a qualquer pessoa de requerer a retirada de informações pessoais dispostas em todos os meios de comunicação (mídia impressa, televisiva e internet), que o ligue a um fato difamatório, injurioso, calunioso ou a um crime de que tenha sido processado e inocentado ou de que já tenha cumprido a pena imposta pelo Estado.

A lei do esquecimento já existe na Europa, no entanto, a proposta brasileira se difere daquela, já que permite que pessoas públicas também invoquem o direito ao esquecimento, além de garantir a desindexação, ou seja, pesquisas realizadas em sites de buscas não mais associará o nome da pessoa ao fato praticado.

Os deputados contrários à proposta criticam a mesma em virtude da dificuldade de se excluir informações de jornais já impressos e distribuídos, além de afirmarem que tal medida vai de encontro aos princípios fundamentais da memória e a informação. O projeto de lei ainda aguarda aprovação no Senado e posteriormente segue para sanção ou veto do Presidente da República, de forma que, por enquanto, se trata apenas de um projeto de lei.

CONCLUSÃO

O homem é fruto de sua vivência e o direito tem o dever de acompanhar as evoluções históricas e sociais que decorrem do processo contínuo de desenvolvimento da humanidade, visando atender, de forma justa, as demandas próprias de cada época. Assim é o que ocorre com as novas tecnologias e o alcance potencializado próprio desse cyberspaço, responsável por fazer com que o passado que antes quedava-se recolhido na memória daqueles que o viveram, passe a ser perenizado e vasculhado, por quem quer que seja, com apenas um click.

E é nesse cenário que surge o direito ao esquecimento como instrumento essencial para se garantir a dignidade da pessoa humana, de modo a impedir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento da vida de um indivíduo, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos desnecessários, sobretudo quando tal acontecimento não apresente qualquer relevância social.

O presente trabalho, portanto, se ateve à análise do conceito e fundamento de tal direito, com enfoque em sua aplicabilidade em casos históricos e a dificuldade de ponderação entre os direitos garantidos constitucionalmente, notadamente no que se refere ao choque entre o direito à informação e o direito à intimidade.

Nesse passo, viu-se que o direito à intimidade e a vida privada, dispostos no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, são tidos como um direito de

personalidade, sendo estes rodeados de todas as formas de proteção possíveis contra sua violação, em razão de sua natureza e relevância. Em contrapartida, o direito à informação, revestido de igual importância e garantido constitucionalmente em seu artigo 5º, XIV, prevê o direito de acesso a informações de caráter pessoal, público ou geral, de modo a permitir um Estado justo, democrático e livre de abusos dos que operam a máquina pública.

O impasse, portanto, gira em torno da dificuldade de se estabelecer até que ponto o pleno exercício do direito à informação viola o direito à privacidade, bem como se pode haver limitação de um direito fundamental garantido constitucionalmente em virtude da violação de outro. A solução, conforme visto, se mostra possível através das técnicas de ponderação, que, por sua vez, se operacionalizam por meio do princípio da proporcionalidade, o qual exige uma análise das vantagens e desvantagens das medidas adotadas ao caso.

Assim, sempre que ocorrer um choque entre direitos fundamentais, fica a cargo do judiciário analisar, a fim de se alcançar uma solução constitucionalmente justa, embasada em uma argumentação firme, coerente e convincente, o peso de cada elemento do caso, bem como quais normas deverão ser ponderadas. Ademais, deverá ser analisada também a intensidade com a qual uma determinada norma deve prevalecer sobre a outra, de forma que a solução encontrada seja a mais adequada possível àquele determinado caso.

Não obstante, observou-se que quando a informação não possui uma natureza informativa apta a proporcionar algum bem a sociedade, como um alerta de segurança ou ações de cunho governamentais, o direito ao esquecimento prevalece e tal informação é censurada, evitando-se, assim, que os meios de comunicação associado a curiosidade desmedida e injustificada se sobreponha à vontade do indivíduo.

Deste modo, tem-se que o reconhecimento do direito ao esquecimento àqueles que cumpriram integralmente sua pena, aos que foram absolvidos em processo criminal, às vítimas e também aos seus familiares, sinaliza inquestionável evolução humanitária e cultural da sociedade, afirmando-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, nº 217, p. 76, 1999.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil** (promulgada em 5 de outubro de 1988). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BROCHADO, M. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, p. 125-141, jul./set. 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, L. G. G. C. de. Lei da Mordaza e Direito de Informação - Mídia e Justiça. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 3, nº 11, p.131-146, 2000.

CONJUR. Recurso Especial n. 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Disponível em:
<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em 10 mai. 2017.

CONJUR. Recurso Especial n. 1.335.153 RJ (2011/0057428-0). Disponível em:
<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>. Acesso em 10 mai. 2017.

CONTEÚDO JURÍDICO. **O direito ao esquecimento**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-ao-esquecimento,49141.html>>. Acesso em 22 mar. 2017.

ENUNCIADOS APROVADOS NA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em 05 mai. 2017.

FARIAS, E. P. de. **Colisão de direitos:** a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FILHO, W. S. G. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. p. 103. **IN Revista de Direito do estado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, R. **Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade.** In Temas Atuais do Ministério Público. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, p. 761, 2013.

JUSBRASIL. **O direito ao esquecimento.** Disponível em:

<<https://maysapaiva.jusbrasil.com.br/artigos/392554304/direito-ao-esquecimento>>. Acesso em 10 mai. 2017.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1997.

MELLO, C. de M. **Código Civil comentado e interpretado.** 2. ed. Rio de Janeiro: M.A. Delgado, 2009.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: B. Jurídica, 2002.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589238>

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 374, 2007.

MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

TRF4. Disponível em:

http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9059>. Acesso em 08 mai. 2017.

NOTA:

[1] Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Unioledo/Araçatuba (2013). Especialização em Direito Civil, na Anhanguera/Uniderp (2013). Especialização em Direito Constitucional, na Anhanguera/Uniderp (2014). Mestrado Profissional em Ciências Ambientais, na Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP (2016). Aluna Regular do Programa de Cursos para Doutorado, na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório de advocacia Páez & Bertolo. Professora Universitária na Universidade Brasil, campus Fernandópolis-SP.

MARCO CIVIL DA INTERNET: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO A TERCEIRO

ALEXANDRE DUARTE ZAGATO:
Bacharelado em Direito pela Universidade
Brasil, Campus Fernandópolis - SP

Profa. Ma. **Thalita Toffoli Paez**

(Orientadora)[1]

RESUMO: Os seres humanos são livres de muitas maneiras, inclusive em suas opiniões. O direito de um indivíduo vai até onde não atinja o de terceiro e, é desse ponto que a opinião também não pode passar. Atualmente a internet tem vários meios de veicular informação, como vídeos, fotos, textos, etc., e vem sendo utilizada para divulgar, ou expor opiniões que invadem o direito de privacidade do outro, podendo causar danos irreparáveis a moral, honra da pessoa exposta. A responsabilidade nasce quando ocorre um dano, assim surge o direito de indenizar. Ao atingir outra pessoa, existe um dano cujo há necessidade de ser reparado. Ou seja, há a necessidade de se verificar e delimitar os pontos que não interferem na existência de terceiros, ainda assim, mantendo a liberdade de expressão.

Palavras-Chave: marco civil, liberdade, responsabilidade, reparação, dano.

ABSTRACT: Human beings are free in many ways, as well as in their opinion. An individual's right goes as far as it doesn't reach the third, and this is where an opinion cannot pass either. Currently the internet has its own pathways of information, as videos, pictures, scripts, etc., and it is being used to spread, or expose opinions that invade other people's privacy, which can cause irreparable damages to other's people moral or honor. Responsibility arises when damages occurs, thus the right to indemnify arises. When another person is reached, there will be damages that need to be repaired. In another words, there is the need to verify and delimit the points where we do not interfere in the existence of third parties, while maintaining freedom of expression, however it shall not reach others.

Key words: civilian framework, liberty, responsibility, repair, damage.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. INTERNET. 2. MARCO CIVIL DA INTERNET. 3. RESPONSABILIDADE CIVIL. 4. RESPONSABILIDADE POR DANO NO AMBIENTE VIRTUAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Como é de visível observação, nos dias atuais a internet se tornou uma parte vital da comunicação da sociedade em geral, sobre seu aspecto social, é possível ver que ao expandir as fronteiras ocorre uma conexão entre culturas, pessoas, opiniões, expressões sobre os mais variados temas. É digno de nota o quão revolucionária ela, a internet, é, informações são passadas de uma parte do mundo para o outro de forma instantânea. Porém junto o fluxo constante de informação surge também um problema, a divulgação de informações sem permissões, informações que em poucos segundos é visualizada por varias pessoas ao redor do mundo, sendo quase impossível o encerramento definitivo do conteúdo divulgado. Com o surgimento da Lei de nº 12.965/14, houve o começo da regulamentação do serviço chamado de “internet”, na qual as empresas que atuam no serviço web deverão ser mais transparentes, como também devem garantir a proteção da privacidade e dados dos usuários, não podendo divulgar as informações de seus clientes sem consentimento livre e expresso do mesmo. Uma mudança que esta lei trouxe foi a garantia da liberdade de expressão na “internet”, entrando em acordo com a Constituição Federal nos direitos e garantias fundamentais. Quando um dano ocorre, o individuo que, por meio de uma ação ou omissão, deu causa a isso se torna responsável em repará-lo, os serviços disponíveis na internet são utilizados para produzir conteúdo, gerar entretenimento e estudar, contudo pode ser utilizado como forma de divulgação de informações legítima ou ilegítimas e que podem ofender a honra, dignidade ou decoro, gerando um dano de proporções incalculáveis, lesando a parte que não teve escolha, ou interesse em divulgar a informação exposta, tendo seu direito de privacidade e vontade invadidos.

1. INTERNET

É evidente a necessidade de conhecer a origem da ferramenta essencial aos dias de hoje, chamada “internet”. Os conceitos e a tecnologia fundamentalmente utilizados pela internet surgiram de um projeto ao longo dos anos 60 (sessenta)

pelo Departamento de Defesa Americano. O projeto em questão tinha como principal objetivo, o desenvolvimento de uma rede de computadores para a comunicação entre os principais centros militares de comando e controle que sobreviveria a um ataque nuclear. Após um tempo, nos anos 70 (setenta) e meados dos anos 80 (oitenta), muitas universidades se conectaram a rede, promovendo assim a utilização da mesma para um uso acadêmico e cultural. Ainda nos anos 80 (oitenta), a Fundação Nacional de Ciência dos EUA, utilizou-se de uma rede de fibra ótica, que possui uma alta velocidade de transmissão de informações, para interligar os centros de supercomputadores que estavam localizados em pontos-chaves do país.

A rede criada pela NSF (*National Science Foundation*), que posteriormente foi chamada de “backbone NSF”, possuiu um papel fundamental para a o desenvolvimento da internet nos últimos 10 (dez) anos, pois reduziu substancialmente o custo da comunicação de dados para as redes de computadores existentes, as quais foram estimuladas, de forma ampla, a se conectarem na “backbone NSF”. O controle da “backbone” pela NSF foi encerrado no ano de 1995, passando seu gerenciamento para o setor privado.

Um dos elementos mais importante que provavelmente permitiu que a Internet se transformasse num instrumento de comunicação em massa foi à adição do World Wide Web (ou WWW, ou ainda W3, ou simplesmente Web), a rede mundial. O WWW nasceu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Bemers-Lee e R. Cailliau. A ferramenta em questão é composta por hipertextos, ou seja, documentos onde diferentes tipos de dispositivos de informações são evidenciados de forma particular, como sons, imagens e textos, e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso, podendo assim ser acessado pela grande massa.

Assim, hoje, a internet é vista como uma grande rede mundial que possibilita a comunicação entre diversos aparelhos, incluindo desde grandes computadores, até micro computadores como notebooks, smartphones, etc. Estes dispositivos são interligados por diversos meios de comunicação como por exemplo: linhas comuns de telefone (modem), canais de satélite, cabos submarinos, cabos ópticos, entre

outros. Os computadores que compõe a grande rede podem estar localizados em qualquer lugar, sejam universidades, bibliotecas, imóveis residenciais, etc.

A sua difusão de certa forma é semelhante a da rede telefônica, o que as diferencia é que ao conectar-se com um dispositivo com acesso a internet o usuário tem a possibilidade de encontrar uma gigantesca fonte de informações transmitidas por outros usuários, contendo experiências pessoais e conhecimentos adquiridos, e fornecer sua opinião sobre os mais diversos assuntos, algo que dificilmente seria possível através da rede telefônica.

Segundo a informação presente no Website da ONUBR, “quase 60% da população brasileira tem acesso à internet, aponta relatório da CEPAL”:

De acordo com um novo relatório da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), cerca de 58% da população brasileira tem acesso à internet, segundo dados de 2014. Em 2006 esse número não chegava a 30%. Entretanto, a porcentagem é menor que outros vizinhos sul-americanos como Chile, Argentina e Uruguai. O relatório “La nueva revolución digital: de la Internet del consumo a la Internet de la producción” (*A nova revolução digital: da Internet do consumo à Internet da produção*) mostra que o Chile é o país com a maior parcela da população com acesso à internet na região da América Latina e Caribe, com mais de 70% de sua população conectada. O Brasil (cerca de 58%) ocupa a quarta posição apenas um pouco à frente da Venezuela (cerca de 57%). O estudo também mostra o impacto econômico das tecnologias digitais no crescimento do PIB dos países. Entre 2005 e 2010, a internet representou entre 0,5% e 5,4% do PIB nos países em desenvolvimento, e entre 1,7% e 6,3% na maioria das economias avançadas, com o consumo privado representando a parcela mais importante dessa contribuição – que é proporcionalmente maior nas economias emergentes. No Brasil, a contribuição é inferior a 2%, enquanto na Suécia – que lidera o ranking – chega a quase 7%. (Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/no->

[brasil-quase-60-das-pessoas-estao-conectadas-a-internet-afirma-novo-relatorio-da-onu/>](#)

Fica claro, perante a notícia citada acima, que ainda na atualidade, o acesso à internet não atinge a todos, assim como em outras áreas, como educação, saúde, etc. Entretanto como demonstrado, a utilização e o acesso da ferramenta em questão, representa um aumento significativo no PIB dos países em desenvolvimento, mostrando assim como é importante, hoje, o acesso à informação, e a elevação cultural trazida por meio da globalização, que possibilita a conexão de culturas, experiências, vidas.

As redes sociais são o veículo informativo mais utilizados pela grande massa atualmente, independente da idade. Estas se dividem em diversos níveis, como por exemplo: redes de relacionamentos (youtube, facebook, snapchat, etc), redes de profissionais (linkedin), entre outras; a intensificação do uso das redes sociais na sociedade moderna se dá pelo compartilhamento de informações, conhecimentos, interesses e esforços em buscas de objetivos comuns e ascensão social, além de demonstrar um processo de fortalecimento da sociedade, em forma ampla, a participação democrática e a mobilidade social.

É necessário vários intermediários para o acesso a internet, um deles, destacado pela sua relevância, são os provedores de acesso a internet, *backbone* (ou infraestrutura). Provedores de acesso ao serviço de internet são por sua natureza pessoa física/natural ou jurídica, que através de seus serviços fornece prestações de serviços relacionados a esta ou por meio desta.

O provedor de *backbone* oferece serviços de conectividade, vendendo assim, o acesso à infraestrutura de outras empresas, que por sua vez, fazem revenda de acesso ou hospedagem para os usuários finais (consumidores). Assim, o usuário final que acessa a internet através de um provedor de acesso ou hospedagem dificilmente terá alguma relação jurídica direta com o provedor de *backbone*. Aqui no Brasil um exemplo deste tipo de servidor é a Embratel. Os provedores de acesso é a pessoa jurídica fornecedora dos serviços que possibilitam o acesso de seus consumidores a internet. Só basta que ela possibilite à conexão dos computadores a internet. Atualmente são destacados como provedores de acesso no Brasil: Telefônica, NET, TIM, e também as operadoras de telefonia móvel (3g e 4g) que operam no país.

2. MARCO CIVIL DA INTERNET

A problemática derivada do ambiente virtual, já vem sendo analisada pelos juristas há algum tempo, segundo Bastos e Tavares:

A utilização da Internet tem implicações diretas com o tão sacramentado direito de liberdade, mais precisamente a de manifestação. A questão está conectada igualmente ao problema da informação, e de o correspondente direito a ela poder-se ascender. Daí surge outro aspecto, que é o referente à divulgação maciça de informação falsa, como que a tornando, de certa maneira uma verdade, pela sua reiterada repetição sem manifestação de impugnações na mesma escala. (...) Por outro lado, a invasão de sistemas informáticos particulares tem sido uma constante preocupação, principalmente por parte dos governos, com relação aos seus dados. Também dentro do contexto de proteger a privacidade de informações, é preciso estabelecer regras o tanto quanto possível precisas de veiculação de dados pessoais por meio da Internet, haja vista que seu acesso é franqueado a todo mundo, e, invariavelmente, seu autor não é descoberto.” (BASTOS E TAVARES, 2000, p. 698).

Como representa um conjunto global de redes de computador interconectados, não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet, a respeito Leonardi sintetiza que:

A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado. Como forma de impedir, investigar e reprimir condutas lesivas na rede, são por vezes necessários esforços conjuntos de mais de um sistema jurídico, dependendo da

localização dos infratores e dos serviços por eles utilizados (LEONARDI, 2005, p.11)

Assim, no âmbito civil, em 23 (vinte e três) de abril de 2014 (dois mil e quatorze), foi aprovado o Marco Civil da Internet Brasileira, sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff, em um Seminário chamado Conferência NETMundial, o qual ocorreu na cidade de São Paulo. O projeto foi iniciado no ano de 2009 (dois mil e nove) por meio de consulta pública dividido em duas fases, e no ano de 2011 (dois mil e onze) por meio do projeto lei n. 2.126/2011, ingressou no Congresso Nacional pela iniciativa do Poder Executivo.

O marco civil da internet tornou-se a Lei n.12.965/2014, o mesmo consiste em um texto de impacto sobre as relações por meio do mundo virtual e no campo do Direito Digital. Em resumo, a lei determina os direitos, princípios e deveres para o uso da internet no Brasil, dirigidos aos provedores de internet, garantias, provedores de aplicativos e usuários, e assim definindo responsabilidades e papéis de cada um desses autores.

Segundo George Leite, ao abordar o referido tema:

Outro aspecto importante do processo do Marco Civil foi a transparência. No processo de consulta pública, os participantes poderiam ver em tempo real a contribuição de todos os outros participantes. Desse modo, criou-se um modelo propício ao embate racional de ideias. Considerando-se que os participantes do processo de consulta do Marco Civil envolviam indivíduos, usuários, bibliotecários, tradutores, empresas de tecnologia, provedores de serviços de internet, empresas de telecomunicações, radio difusores, associações de classe e assim por diante, construiu-se um verdadeiro fórum híbrido, onde todos tinham igualdade de vozes. Empresas de tele- comunicações contribuíam de forma aberta e lado a lado com usuários individuais da rede. Os argumentos de um e de outro competiam por sua fundamentação, não por sua origem ou autoridade. Além disso, a possibilidade de se

enxergarem as posições públicas de cada participante serviu para ampliar e qualificar o debate. (LEITE, 2014, p.6)

A lei referida aqui possui uma grande importância, não só por ter tido a sua construção de forma aberta e colaborativa, mas também por fornecer meios de lidar com questões cruciais para os próximos anos/décadas. Segundo Damásio (DAMÁSIO, 2014, p.18), uma das funções do Marco Civil Brasileiro é? gerar segurança jurídica, oferecendo base legal ao Poder Judiciário quando se deparar com questões envolvendo internet e tecnologia da informação, evitando-se decisões contraditórias sobre temas idênticos, o que era muito comum.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade Civil é a obrigação de reparar um dano causado à outra pessoa com a ocorrência do fato e verificação de seus requisitos (dano, conduta e nexos causal), procurara-se determinar e analisar as consequências e a forma em que podem ser reparados. Vale lembrar que o dano pode ser à honra, integridade física ou bens de uma pessoa. A respeito da responsabilidade civil, Cavaliere Filho diz:

A responsabilidade civil parte do posicionamento que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, pois todos temos um dever jurídico originário o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, passamos a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado. O ato jurídico é espécie de fato jurídico. (CAVALIERE FILHO, 2008, p.2)

Com origem vinda do latim, a palavra responsabilidade (*respondere*), sugere a ideia de garantia da restituição ou compensação de algum bem que foi sacrificado. O interesse aqui é diretamente privado, podendo ou não requerer a reparação; patrimonial, pois o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações, e pode ser acarretado por ação ou omissão que viole direito e que causem prejuízo.

Conforme cita De Plácido, a definição de responsabilidade civil é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção (SILVA, 2010, p. 642).

Atualmente, quando ocorre um dano (podendo ser este físico, de honra, ou ainda aos bens de uma pessoa), busca-se auxiliar as partes envolvidas por meio dos procedimentos e meios legais, visando a compensação do prejuízo que foi trazido a vítima. Neste sentido podemos ver os comentários de Carlos Alberto Bittar:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. (BITTAR, 1994, p. 561).

Ainda ao aprofundar um pouco sobre o assunto, é notável destacar que a responsabilidade civil é dividida em responsabilidade subjetiva e objetiva. Abaixo, Carlos Gonçalves, fala a respeito da responsabilidade subjetiva:

A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a

culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. (GONÇALVES, 2016, p. 679).

Acerca da teoria objetiva, o mesmo diz:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que este seja obrigado a reparar o dano. (GONÇALVES, 2016, p. 680).

A responsabilidade civil nasce quando ocorre um dano à terceiro, o ato ilícito é aquele que ao ir contra o ordenamento jurídico ocasiona dano a alguém, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 186, estabelece definição sobre ato ilícito: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É necessário que, para ocorrer à reparação do dano sofrido, contenha os pressupostos/requisitos gerais da responsabilidade civil. Esses são: conduta humana, dano, culpa e nexo de causalidade.

4. RESPONSABILIDADE POR DANO NO AMBIENTE VIRTUAL

Um exemplo dos princípios defendidos pelo Marco Civil é a questão de liberdade de expressão no âmbito virtual, conforme George Leite diz:

(...) Nesse sentido, quem deve ser responsabilizado por calúnias, difamações e outros ilícitos praticados na internet? O agente da ofensa ou o intermediário que transmite a informação? Dependendo da resposta a essa pergunta, a liberdade de expressão pode ser seriamente

abalada. Nesse sentido, de um lado, há os que defendem uma isenção total por parte dos intermediários. Dizem que seria como se os Correios ou a companhia telefônica pudessem ser responsabilizados pelo conteúdo das cartas ou das ligações telefônicas. (...) (LEITE, 2014, p.9)

Faz-se necessário estabelecer algumas diferenças entre a responsabilidade civil presente no direito civil e a que está presente no direito digital, para isto, PINHEIRO, diz:

No Direito tradicional, o conceito de Responsabilidade Civil³⁸¹ adota duas teorias: a teoria da culpa e a teoria do risco. A principal diferença entre elas está na obrigatoriedade ou não da presença da culpa, mesmo que levíssima, para caracterizar a responsabilidade e o dever de indenizar. Para o Direito Digital, a teoria do risco tem maior aplicabilidade, uma vez que, nascida na era da industrialização, vem resolver os problemas de reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável, ou seja, onde há responsabilidade mesmo que sem culpa em determinadas situações, em virtude do princípio de equilíbrio de interesses e genérica equidade. (PINHEIRO, 2009, p.401)

Ao considerar que a internet atualmente é o maior veículo de comunicação/mídia o potencial danoso, mesmo que indiretamente, pode ter um impacto bem maior do que aqueles que ocorrem pessoalmente, isso é atribuído à velocidade que a informação corre, os danos podem ser de grande proporção e, mesmo sem que tenha ocorrência de culpa, a possibilidade de causar dano ainda se faz presente. É por este motivo que Pinheiro (2009), diz que a teoria do risco atende as questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado devendo estar muito bem associadas a? determinação legal de quem é? o ônus da prova em cada caso.

Um dos maiores pontos aqui é a responsabilidade de cada usuário pelo conteúdo produzido que é o atrativo para outras pessoas ao mundo cibernético. A busca crescente por matérias, vídeos, fotos, etc., é o que alimenta e move o mundo

social virtual. Vale lembrar que a veracidade do conteúdo é falha, muitas vezes devido à velocidade em que conteúdos são postados e, assim, a quantidade de abusos que a situação pode criar é de proporção incalculável visto que é impossível para o servidor controlar quem copia e quem publica os mais diversos tipos de textos e arquivos.

Uma decisão interessante a ser comentada, é a do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do Processo nº 70009993692. Nela, o Tribunal reconheceu que não possui o provedor de internet responsabilidade pelo conteúdo ilícito colocado no “ar” por terceiros. Conforme a Ementa abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE INTERNET PARA RESPONDER AO PROCESSO QUANDO FOR IMPOSSÍVEL DETERMINAR O AUTOR DE MATÉRIA OFENSIVA. NO CASO EM TELA 27 DEIXOU O APELANTE DE OFERECER DENUNCIAÇÃO À LIDE, FATO QUE LHE COMPETIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TENDO A DEMANDADA DADO CAUSA À PROPOSITURA DA DEMANDA, ESTABELECIDO-SE ASSIM, O LITÍGIO, IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO DA PARTE QUE PROVOCOU O AJUIZAMENTO DA AÇÃO AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E VERBA HONORÁRIA. OS HONORÁRIOS, EM FACE DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, SOBRE O QUAL REPOUSA O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA, SÃO DEVIDOS PORQUE HOUVE PRETENSÃO RESISTIDA (RESP Nº 146.390/SP, STJ, 2ª TURMA, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, J. 06/10/97, DJ 27/10/97, PG: 54.780; RESP 282674/SP, STJ, 3ª TURMA, REL. MIN. NANCY ANDRIGHI, J. 03/04/2001, DJ DATA:07/05/2001 PG:00140). DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70009993692, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 27/04/2005).

Entretanto, em razão da impossibilidade de se determinar o autor da matéria ofensiva, deveria o provedor, no caso, responder por ela. Uma das grandes adições trazidas por essa lei nº 12.965/2014, foi a possibilidade de responsabilidade civil do provedor de conexão de internet em relação a danos decorrentes de conteúdo gerado por outro. Todavia a responsabilidade é limitada para casos onde o provedor de conexão recebe ordem judicial para tornar conteúdo apontado como infringente indisponível e este não o faz.

Um exemplo de dano são os causados a imagem, esses são violados quando imagens são usadas sem a vontade daquele de quem ela se refere, sobre a temática, Maria Helena Diniz diz:

O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, dando, para tanto, seu consentimento, e também tem o direito de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem e, ainda, o de receber indenização por tal ato desautorizado (grifo do autor). (DINIZ, 2007, p.174)

Mesmo que por analogia a imagem pode ser exposta de diversas formas, como por exemplo: alteração da mesma, colocação textos ou outras imagens, entre outros. Este é somente um meio de causar dano à honra de alguém, e assim como presente no direito civil, a responsabilidade civil nasce quando decorrente de um ato ilícito, que é um ato que por não estar em acordo com a lei causa dano a outrem, e assim deve ser ressarcido, reparado.

Vale lembrar que a internet é um ambiente no qual é possível se expressar de acordo com a liberdade que ela possibilita, no entanto isto não quer dizer que aquele que produz o conteúdo não é responsável por ele e pelos abusos possam vir há ocorrer. O pode gerar um desafio aos operadores do direito, de utilizarem as normas atualmente vigentes, para trazer a reparação de dano a aqueles que o sofreram.

CONCLUSÃO

Ao longo dos fatos apresentados no decorrer do texto houve uma exposição lógica para que suas definições chegassem ao ponto central do mesmo. Assim,

foram feitas pequenas conclusões que serviram de encadeamento para o esclarecimento de que mesmo no ambiente virtual é necessário ser responsável pelo conteúdo independentemente de ser aquele que o criou, publicou, republicou etc.

Com a velocidade e crescimento dos meios de divulgação de informação fica claro a proporção que um simples usuário, que ao ingressar na rede, pode estar propício a realização de ilícitos. E, aqueles que são atingidos estão sujeitos a danos extrapatrimoniais em virtude da violação ao direito de personalidade e também patrimonial (que podem ser por meio de roubo de senhas, da utilização de dados pessoais, contas, etc), fica evidente, assim, que o papel do poder judiciário é de garantir a segurança jurídica até mesmo no ambiente virtual.

É necessária a aplicação da responsabilidade civil no mundo virtual, entretanto, sua aplicação não deve reprimir a veiculação de informações, conteúdos, e muito menos a liberdade de expressão daqueles que a utilizam, mesmo porque seria uma censura à divulgação de informações e relações dos sociais entre indivíduos, vale lembrar então, que se trata de reparação de dano, e não aplicação de uma pena. É uma análise de âmbito civil e não penal o das consequências dos atos no ambiente virtual.

Sendo, portanto, fundamental a positivação com clareza a responsabilidade dos agentes das cadeias de informações, contudo, sem violar os direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição Federal à privacidade e a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. **CÓDIGO CIVIL DE 1916**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de set. 2016.

BRASIL. **No Brasil quase 60% das pessoas estão conectadas à Internet, afirma novo relatório da ONU** – Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/no-brasil->

[quase-60-das-pessoas-estao-conectadas-a-internet-afirma-novo-relatorio-da-onu/](#)>. Acesso em: 15 set. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, M. H.; **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1, 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado 2 - Parte Geral. Contratos em Espécie. Direito das Coisas**. 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014. – Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203200/>> - Acesso em: 15 de set. 2016.

LEITE, G. S., LEMOS, R. (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493401/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**, 4. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009 – disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135734/>> - acesso em 28 de set. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, R. B. T. da, SANTOS, M. J. P. dos (Coord.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. Ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAVARES, A. R.; BASTOS, C.R..**As Tendências do Direito Público no Limiar de um novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

Nota:

[1] <http://lattes.cnpq.br/6818329387936409>

O MENOR INFRATOR E SUAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

RODRIGO DE CARVALHO: Bacharelado do curso de Direito da Universidade Brasil - Fernandópolis - SP.

PROF. Me. **ANDRE DE PAULA VIANA**
(Orientador)

RESUMO: É de se ressaltar que a violência entre os adolescentes tem crescido vertiginosamente, notadamente no que tange à punição dos infratores. Entende-se que a preocupação exagerada dos legisladores em relação à elaboração de medidas socioeducativas, é explicada pelo fato de o menor ser ainda um indivíduo em processo de construção da personalidade, que por um ou outro motivo, comete delito, mas que ainda pode ser resgatado para uma sociedade justa no futuro, afastando-o da grande possibilidade que o ronda, no sentido de continuar a delinquir. Na verdade, os legisladores entendem a repressão tal qual no sistema aplicado aos imputáveis como sendo muito rigoroso e que na maioria das vezes não recupera. Essa posição evidencia que o tratamento dos menores é muito mais amplo, que a simples repressão aos atos infracionais, mas trata-se de uma política de caráter assistencial, que visa educá-lo e regenerá-lo, de modo a torná-lo útil ao país e a si próprio.

Palavras-chave: Menor infrator; medidas socioeducativas; eficácia.

INTRODUÇÃO

Em pormenores tendo por primazia as medidas socioeducativas impostas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante denominado ECA, aos menores em conflito com a lei e suas eficácias. A seguir serão abordados quais são as medidas sócio educativas impostas pelo ECA, e após, serão analisadas as eficácias apresentadas por tais medidas.

Antes de discorrer especificamente sobre as medidas socioeducativas, se faz necessário analisar qual a previsão legal para tais atos, pois é de extrema relevância ao tema. O atual Código Penal brasileiro prevê em seu artigo 27 estabelece que “Os menores de dezoito anos” são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. ” Dessa forma, já

que o Código Penal não trataria de “crimes” cometidos por menores, em síntese seria necessário uma legislação específica para versar sobre o assunto.

Segundo código penal brasileiro, o menor de 18 anos é inimputável e está sujeito a uma legislação específica, mais branda, dado o seu peculiar estado de desenvolvimento psicossocial que, entendem os legisladores, não os torna aptos a serem punidos por suas ações delituosas como se fosse adulto. A verdade é que as grandes majorias das legislações do século recém findo utilizam o critério cronológico para responsabilizar penalmente os indivíduos, e como o mundo evoluiu, tal consequência reflete também junto das crianças e jovens, que cada vez mais prematuros, vem obter acesso a mais conhecimento que antes eram reservadas exclusivamente aos adultos, vieram atingir um grau de desenvolvimento mental que os comandos legais não acompanharam. Assim, gozam de uma situação relativamente privilegiada quando praticam um ato criminoso, visto que o legislador o vê como vítima e não como o agressor.

1. DA EFICACIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente fora concebido como um instrumento de proteção integral as crianças e aos adolescentes, desta forma de acordo com seu artigo 6º na interpretação desta:

Art. 6. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

O ilustre doutrinador DALPOS (2015, p.23), ministra:

Apesar de o ECA ter um caráter pedagógico, conforme já mencionado anteriormente, possuiu também um caráter repressivo: Em razão de sua similaridade com o Direito Penal do adulto, sendo assim, a medida socioeducativa não pode ser entendida apenas em quanto conteúdo pedagógico, senão por seu caráter repressivo(...).

Dessa forma, se faz necessário definir a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que são atos infracionais, na qual, o disposto artigo 103 do mesmo, arremata a esta taxaço:

Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenço penal.

Entende-se ento, que qualquer ato ou conduta classificado como crime ou contravenço penal no Código Penal, bem como em qualquer lei esparsa, será taxado como ato infracional.

2 ADVERTENCIAS

Prevista como medida socioeducativa no inciso I do 112 do ECA é mais branda das medidas, seu procedimento está prevista no artigo 115, nas palavras de Tavares (2002, p.118): “A advertência (inciso I) será feita oralmente pelo juiz, em pessoa, ao adolescente será lançada em um termo assinado pelos presentes à solenidade, inclusive aos pais ou tutores e guardiões (art. 115).A advertência tem um papel que busca alertar o adolescente e seus responsáveis quanto ao perigo de envolvimento com tais atos, que a reincidência poderá resultar em medida socioeducativa de maior gravidade.

2.1 DA REPARAÇÃO O DANO

Os atos infracionais praticados contra o patrimônio, tem com seu procedimento previsto no artigo 116 e parágrafo único, serão arcados obrigatoriamente pelos responsáveis ou pelo próprio adolescente, quando este tiver patrimônio próprio, TAVARES (2002, p.118,119), leciona sobre:

O inciso II conduz à responsabilidade civil dos pais, ou dos tutores ou guardiões, na forma do Código Civil de 1916, art. 1.521 e CC/2002, art. 932, I, II. Obviamente que se o menor tiver patrimônio a obrigação de indenizar onera os seus bens, quanto bastem. Na inexistência de patrimônio próprio ou dos pais os tutores ou guardiões, o juiz decretará a substituição dessa medida por outra que se presta à satisfação do ofendido (art. 116).

Todavia, havendo impossibilidade de reparar o dano, o juiz poderá substituir a medida por outra adequada (parágrafo único). Verifica-se esta medida dá certo ar de justiça, e eficácia, e censo de punição, pelo menos para a vítima, uma vez que teve o dano no seu patrimônio reparado, nesse sentido ensina SPOSATO (2004, p.173):

Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos.

Porém, deve ser levado em consideração a possibilidade de a reparação do dado ser convertida em outra medida mais adequada na impossibilidade da reparação, ou seja, caso o adolescente seja de uma classe desfavorecida, talvez essa medida não seja tão eficaz para o adolescente se levarmos em consideração a motivação que o levou a cometer tal ato ilícito.

3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A COMUNIDADE

Essa medida socioeducativa tem seu procedimento previsto no artigo 117 e parágrafo único, não poderá exceder a seis meses, serão tarefas de interesse geral junto a entidades assistenciais, escolas, hospitais, e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Cumpram ressaltar que para aplicação dessas atividades deveram ser levadas em considerações as aptidões do adolescente, não podendo exceder a oito horas semanais e deverão ser em dias e horários que não prejudiquem a frequência à escola e ou jornada normal de trabalho.

Ainda nos termos do parágrafo 2º do artigo 112 não será em hipótese alguma e em pretexto algum admitido prestação de trabalho forçado. Quanto à eficácia dessa medida, pode ser utilizada como forma alternativa à reparação dos

danos. Para a sociedade verifica-se um efeito positivo, pelo menos em primeiro momento, já que como forma de reprimenda estará prestando um serviço de utilidade pública.

3.1 LIBERDADE ASSISTIDA

Prevista no inciso IV do artigo 112, com previsão de procedimento nos artigos 118 e 119 do ECA, tem caráter de vigilância e prevenção, nas palavras de Tavares (2002, p. 119) ilustra:

No inciso IV está previsto o estado de vigilância sobre o adolescente visando a prevenir atitudes deletérias que comprometam sua formação moral ou prejudiquem o bem-estarpúblico (arts. 118 e 119).

Essa medida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser a qualquer tempo prorrogada, substituída por outra medida ou revogada, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. Será ainda designada pessoa capacitada para acompanhar o caso, devendo assistir o adolescente e sua família, tanto no âmbito escolar como profissionalizante, devendo ainda, por ser medida de vigilância e prevenção apresentar relatório do caso à autoridade competente.

Assim como a advertência, em muitos casos, é possível afirmar, que não se alcança uma eficácia plena, já que em muitas situações, passa a impressão de impunidade e desresponsabilização do adolescente, uma vez que mesmo cometendo um ato ilícito, não terá qualquer tipo de responsabilização, senão o fato de ter alguém “o vigiando” e o acompanhando durante o prazo determinado.

3.2 INSERÇÃO FRENTE AO REGIME DE SEMI LIBERDADE

Como dispõe o inciso V do artigo 112 e com procedimentos previstos no artigo 120 do ECA, é considerado como um meio termo entre a liberdade assistida e a internação, já que estará sempre ao alcance do juízo em quanto durar a medida, porém sempre em contato com o seio familiar.

Essa medida socioeducativa poderá ser fixada já inicialmente ou poderá ser utilizada de forma transitória para o meio aberto. Ainda nessa medida é

obrigatória a escolarização e profissionalização do adolescente, sempre que possível por recursos da própria comunidade.

Quanto ao prazo para fixação de tal medida, ministra TAVARES (2002, p. 124), o seguinte entendimento:

Observa-se que o tempo de execução é indeterminado, devendo durar enquanto conveniente às finalidades de medida, cuidando-se sempre da educação regular e profissional do paciente.

De acordo com o artigo 121, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, aduz:

Art. 121, § 2º. A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.”

Deste modo a decisão deverá ser reavaliada no Máximo a cada seis meses mediante decisão fundamentada.

4 A INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO EDUCACIONAL

Previsto com medida socioeducativa no inciso VI do artigo 112 e procedimento no artigo 121 a 125, sendo a medida mais grave prevista no ECA, deve ser aplicado em casos previsto pelo dispositivo legal:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - Tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - Por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Cabe ressaltar que o prazo de internação por incidência do inciso III não poderá ser superior a três meses, nos termos do parágrafo 1º deste artigo.

Ainda, é defeso aplicar medida de internação, havendo outra medida adequada. Esta medida não poderá ser superior a três anos, devendo a ser reavaliado mediante decisão fundamentada no máximo a cada seis meses. Caso a medida alcance esse prazo o adolescente deverá ser posto em semiliberdade ou liberdade assistida. No caso da excepcionalidade de o adolescente completar vinte e um ano de idade no regime de internação deverá ser posto obrigatoriamente em liberdade, uma vez não mais alcançado pelo ECA.

Sobre o prazo de internação, ministra TAVARES (2002, p. 125), a seguinte assertiva:

Esclarece o §4º que, se antes não houve alteração do regime de internato, cumpridos os (3) três anos, o adolescente deverá ser desinternado, obrigatoriamente, cabendo ao juiz apenas determinar se esta será plena ou limitada (arts 112, IV e V, 118, 119 e 120), segundo a conveniência social. Cessará, na forma do §5º, a internação ao completar o paciente (21) vinte e um anos de idade, qualquer que tenha sido o tempo de cumprimento da medida coerciva.

Tal medida, de acordo com o artigo 121, deverá respeitar o princípio da brevidade, ou seja, o adolescente só ficará o tempo necessário para se ressocializar esta medida não poderá causar mais dano ao adolescente, nas palavras de Tavares (2002, p.125):

Da curta duração para não resultar em instrumento deformador da personalidade colhida em estágio de estruturação bio-física-psicológico e em caminho da maturidade.

A medida de internação deverá ser em entidade exclusiva para adolescentes, devendo estes ainda serem separados por idade aproximada, desenvolvimento corporal e gravidade do ato ilícito. E ainda conforme a premissa do ECA, deverá ser desenvolvida atividades pedagógicas.

No artigo 124 são previstos direitos aos menores internados, basicamente garantias basilares da sistemática estatutária, com exceção de algumas, sendo elas:

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;

III - avistar-se reservadamente com seu defensor;

IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;

V - ser tratado com respeito e dignidade;

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;

VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

XI - receber escolarização e profissionalização;

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;

XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;

XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;

XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais indispensáveis à vida em sociedade.

No parágrafo 2º do referido artigo, ainda é previsto que em nenhum caso haverá incomunicabilidade, segundo Tavares (2002, p.129):

É a única forma de saber de fora se todos os demais direitos estão sendo respeitados. E finalizando o procedimento da internação o artigo 125 prevê ser dever do estado zelar para integridade física do interno.

Tanto na medida socioeducativa de semiliberdade, quando na de internação, verifica-se que desde 2011 é possível verificar uma queda no índice de reincidência no Paraná: Há três anos consecutivos o Estado do Paraná registra queda no índice de reincidência dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em estabelecimentos com restrição de liberdade. Desde 2011, o número de reincidentes no ato infracional caiu de 29% para 22% em 2013, quase metade da média nacional apontada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012, que era de 43%.

Dessa forma, é possível afirmar que as medidas socioeducativas privativas de liberdade, têm apresentado um resultado positivo, porem muito aquém do proposto inicialmente, uma vez que tais medidas assim como ECA são de 1990. Por outro lado, dando continuidade no trabalho com fins pedagógicos e maior comprometimento do estado em ressocializar esses adolescentes em conflito com a lei, será possível afirmar que tais medidas estão cumprindo seu papel.

CONCLUSÃO

Notadamente, chega-se à conclusão de que sem dúvidas as medidas socioeducativas não surtem o efeito que a norma exige. O grande problema está na sociedade e no sistema político que governa o nosso país que deixa a desejar na sua atuação. O ECA como norma jurídica se verificou que sua eficácia deixa a desejar, pois não é vislumbrada, demonstrando que todos os princípios elencados, com a devida propriedade não é o suficiente para que o mesmo seja interiorizado pelas pessoas. A sociedade tem gana de justiça e que a mesma seja feita sobre os nossos menores para que os mesmos tenham condições de sobreviver num país de poucos recursos para os menos favorecidos.

Saliento também a responsabilidade da família, núcleo de todo o desenvolvimento infantil e juvenil, que até mesmo o nosso Código Civil, trata como

sendo a base da sociedade, que a cada dia está mais desestruturada não cumprindo com o seu papel de educar e de ser modelo a ser seguida. Enfim, as medidas socioeducativas, só terão o devido efeito na sociedade, quando programas de acompanhamento forem estabelecidos com seriedade, para acompanhar não só o adolescente infrator, mas a família.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jose César. **Estatuto da Criança e Adolescente em perguntas e respostas**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BRASIL. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro – RJ, 1940. Disponível em: . Acesso em 15/11/2014.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MELFI, Renata Ceschin. **O Adolescente infrator e a imputabilidade penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PARANÁ reduz reincidência de adolescentes em medida socioeducativa. Agência de notícias do Paraná – Curitiba, 22/03/2014. Disponível em: . Acesso em 15/11/2014.

SPOSATO, Karyna Batista et AL. **Guia Teórico E Prático De Medidas Socioeducativas**. Unicef, 2004. Disponível em: . Acesso em: 15/11/2014

TAVARES, Jose de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, Jorge et al. **Direito da Criança e do Adolescente – uma abordagem multidisciplinar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. DECRETO-LEI Nº2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940, Institui o Código de Penal Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília - DF, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 15/11/2014.

_____. Lei 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979, Institui o Código de Menores. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília - DF, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 15/11/2014.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília - DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15/11/2014.

ANÁLISE DO IPTU ECOLÓGICO NO MUNICÍPIO DE JALES-SP

JÔNATAS LUIS DA SILVA:

RESUMO: O presente estudo tem o afim de expor a análise do conteúdo plasmático do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, ora qual, confere que a preservação e a defesa do meio ambiente consubstanciam um dever do Poder Público e da Sociedade, para a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado ante as presentes e futuras gerações. Neste compasso, espera-se, contribuir para que os entes tributantes veiculem, com maior segurança e propriedade, estímulos fiscais de viés ambiental, para que efetivamente concretize a defesa do meio ambiente, diante do robusto instituto do IPTU Verde, tendo como modelo o município de Jales-SP.

Palavras-chave: Extrafiscalidade, Incentivo Fiscal, IPTU, Meio Ambiente.

INTRODUÇÃO

A sociedade veio apresentar um crescimento estrondoso perante o meio físico e com o transcorrer do tempo notou-se que havia uma necessidade real para proteger o meio ambiente.

Este tema tem tido uma grade repercussão pelo mundo, pois a consequência de tais agressões à natureza vem se agravando cada vez mais. A partir deste ponto na história, criou-se marcos voltados ao bem comum, para se alcançar um desenvolvimento sustentável, frisando à criação de mecanismos para conscientização da sociedade, para se crescer no nível de qualidade de vida e bonança, diminuindo os desperdícios, bem como a poluição.

Um instrumento para garantir o direito de um crescimento sustentável, bem como garantir que as gerações futuras possam satisfazer suas próprias necessidades, seria através da tributação, sendo o instituto em tela, objeto de desenvolvimento do presente estudo, que tem como objetivo evidenciar a eficiência do caráter do Imposto Predial e Territorial Urbano perante todas as dificuldades antagônicas vivadas hoje, para se resguardar o meio ambiente.

A justificativa para o desenvolvimento deste trabalho se desperta, perante a ciência da sociedade em geral sobre a importância do desenvolvimento sustentável e da preservação do meio ambiente, mas não tomarem posturas frente os fatos, para haver a efetiva preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, mesmo já sentido os impactos ambientais em suas vidas cotidianas.

A metodologia utilizada na presente pesquisa, a bibliográfica, com método indutivo e qualitativo, com o auxílio da doutrina, legislação e dados governamentais.

1. CONCEPÇÃO DA QUESTÃO AMBIENTAL

Tradicionalmente, o homem tinha uma visão superficial sob o prisma do meio ambiente, pois não se falava em sustentabilidade e se acreditava que os recursos naturais eram vastos e que os rejeitos da sua extração, seriam absorvidos gradativamente de forma natural. Existia ainda a máxima, que com o avanço da industrialização e da tecnologia, seria possível a criação de novos setores de produção, para ajudar na transformação destes resíduos, evitando qualquer impasse negativo, mas assim, não fizeram de forma condizente com a quantidade de recursos que se extraia.

Com o passar do tempo, emergiram resultados adversos à premissa esperada, como o aquecimento global, a destruição da camada de ozônio, o desmatamento de florestas, extinção de espécies, inundações, dentre outros inúmeros impactos ambientais que comprometeram o equilíbrio da vida.

Diante das circunstâncias, surgiu uma reflexão acerca de, até quando a natureza seria capaz de suportar as demandas do sistema econômico e se seria possível à reversão destes quadros, cada vez mais decadentes.

Neste contexto, analisando os parâmetros do incentivo fiscal, nota-se que é possível se mover em direção da sustentabilidade, a partir de pequenos estímulos domésticos junto à sociedade, ou seja, junto aos contribuintes para mudar as condições ambientais atualmente instauradas.

2. EXTRAFISCALIDADE E O MEIO AMBIENTE

Desde a criação do Estado de Direito, o direito tributário é o principal colaborador na obtenção de riquezas para a conservação do Estado, que tem o propósito de auferir à prestação de serviços públicos, à polícia administrativa e ao estímulo à iniciativa privada de interesse público.

Em um primeiro momento, os tributos têm a finalidade de arrecadação de recursos financeiros, baseando neste fato, a delimitação tributária tradicional seguiu o mesmo liame da concepção de desenvolvimento econômico, gerindo técnicas fiscais para aumentar a arrecadação e o acúmulo de riquezas pelo Estado, sem se preocupar com as consequências sociais.

Atualmente, os interesses estatais veem a serem compreendidos como secundários ou mediatos, enquanto aos interesses públicos se tornaram primários, obtendo um caráter mais pungente e com maior alcance coletivo imediato.

O ilustre professor Barroso (2010, p. 70) esclarece a diferença entre interesse público primário e secundário:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Esta concepção revela à luz da real motivação da composição do Estado, que foi criado para trazer ordem, fomentando os interesses do povo.

Diante das reflexões, dispõe Nunes (2005, p. 91):

Vive-se atualmente a era de uma sociedade de riscos em que tanto o Estado como o indivíduo dividem responsabilidades pelas ações praticadas no presente e por seus reflexos no futuro. Portanto, não há mais lugar para se afirmar que o papel do Estado é arrecadar tributos com base simplesmente em fatos de origem econômica para manter funcionando a burocracia ou suas demais atividades típicas[...].

E arremata o aludido jurista:

Tem-se percebido que o papel do Estado, no que se refere à atividade tributária é o de inibir comportamentos sociais, além, evidentemente, das finalidades tradicionais dos tributos, quais sejam, custear a burocracia estatal e prestar serviços. O tributo, assim, passa a ser utilizado como instrumento de cobrança de responsabilidades sociais e veículo condutor do interesse público à justiça social.

É conveniente entender, que o papel do Estado no que se refere ao exercício tributário, vai além da captação de riquezas para manter a burocracia e suas demais atividades, mas de atender o interesse público, inibindo externalidades negativas e apoiando as positivas, para se atingir o bem comum e com a faculdade da extrafiscalidade se torna possível tal, principalmente no quesito sustentabilidade.

A lição de Carrazza (2006, p. 108), ministra sobre este conceito:

Há extrafiscalidade quando o legislador, em nome do interesse coletivo, aumenta ou diminui as alíquotas e/ou bases de cálculo dos tributos, com o objetivo principal de induzir os contribuintes a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Por aí se vê que a extrafiscalidade nem sempre causa perda de numerário, antes, porém, pode aumentá-lo, como, por exemplo, quando se exacerba a tributação sobre o consumo de cigarros.

Como levantado, a aplicação do caráter extrafiscal de um tributo pode inibir ou estimular um determinado comportamento junto ao sujeito passivo da obrigação tributária, que é usado como fundamento nos incentivos fiscais, ora qual, no campo ambiental, se torna um grande atrativo ao contribuinte a aderir às diretrizes compostas para colaborar com o propósito abordado.

Dispõe o artigo 225 da Constituição Federal, in verbs:

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.

Como está previsto na Constituição Federal é um direito de todos terem um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para uma subsistência em condições saudáveis, sendo encargo do Estado, criar linhas capazes de estabelecer o mando constitucional, bem como da própria sociedade em preservá-lo e protegê-lo.

3. IPTU

O Imposto Predial e Territorial Urbano, mais conhecido pela sigla IPTU é um tributo cobrado aos que possuem alguma propriedade imobiliária urbana, tendo como designo recolher recursos para os cofres públicos e ser um mecanismo para regular e controlar preços dos imóveis situados nas áreas urbanas dos municípios, tendo em seu cerne um caráter extrafiscal.

A Constituição Federal vigente no país dispõe com seu artigo 156, inciso I, a seguinte competência:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

O Código Tributário Nacional através do seu artigo 32, também disciplina:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o

domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Entende-se então, que o ente responsável pela captação do Imposto Predial e Territorial Urbano, como regra é o ente municipal, onde mediante a edição de lei ordinária municipal, determinará o sujeito passivo, o fato gerador, a base de cálculo e alíquotas, para o estabelecimento do IPTU.

3.1 IPTU VERDE

Perante a realidade da seara ambiental e a dificuldade de se encontrar uma solução para a sua preservação de forma eficiente, como também na reversão do cenário atual, a Constituição Federal e o Estatuto das Cidades devem andar segundo seus princípios fundamentais, assim, cabendo aos entes da Administração Pública, conceberem uma estrutura de crescimento sustentável junto à população.

O IPTU Verde pode ser figurado como uma luz ao fim do túnel, pois há uma finalidade extrafiscal à sua essência ligada ao contribuinte, promovendo um incentivo aos proprietários de imóveis, a darem uma função social as suas propriedades, beneficiando o âmbito social e público, partindo de pequenas adaptações domésticas.

O objetivo do IPTU verde é proporcionar uma isenção ou uma redução nas alíquotas ou na base de cálculo do imposto em questão, para os que adotarem medidas que colaborem para o crescimento sustentável de sua cidade, como captação da água da chuva, reuso da água, arborização nas calçadas, utilização de energia passiva, entre outros, possam ter o gozo de além contribuir para o aumento da qualidade de vida da área local, terem um abatimento do valor do seu encargo tributário.

Ressalta-se que com estas atitudes, é possível haver uma redução da temperatura da área, bem como a redução dos poluentes na atmosfera e até mesmo contribuir para o enriquecimento do patrimônio cultural do município, com o embelezamento do plantio de árvores nas calçadas juntamente com as áreas de preservação que podem surgir com a agregação dos sujeitos passivos com a ideia, sem contar que, com o contribuinte tendo mais capital a injetar no mercado pela economia, terá

mais conforto e qualidade de vida e proporcionará um giro a mais no sistema financeiro.

Segundo RAMOS (2006, p.11), descreve:

Os tributos extrafiscais não têm como objetivo principal na sua instituição a obtenção de receita, mas a intervenção na atividade dos particulares, como forma de incentivar ou desestimular certas condutas.

O encargo em questão é mais um instrumento eficaz para tornar o país mais ecologicamente correto e consciente, pois ao analisar o reflexo de um único imóvel adotando medidas domésticas em prol do meio ambiente, aos olhos de qualquer homem médio não tem impacto, mas se, por exemplo, for instalado em um município que tenha aproximadamente seiscentas residências e todas adotarem as mesmas medidas, se torna algo significativo.

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, por intermédio do documento *Our Common Future*, de 1987, também conhecido como relatório Brundtland, definiu que o desenvolvimento sustentável seria aquele, que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.

A repercussão da matéria no seio internacional demonstra o estado do ecossistema do Planeta e a preocupação com as gerações futuras, sendo mais um argumento para reforçar o dever de ir além da conscientização, para que os países venham pôr em prática a proteção, preservação e a recuperação do meio ambiente.

A capacidade tributária de legislar sobre o IPTU verde, é um encargo municipal, mas os Estados, como o Governo do Estado de São Paulo lançou um projeto, através da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, chamado Programa Município Verde Azul, com o propósito de apoiar a gestão ambiental dos municípios, estimulando e auxiliando ainda mais as prefeituras, para a criação e execução de planos para o crescimento sustentável do estado, concedendo vantagem aos municípios que

possuírem o selo verde azul, como a prioridade ao acesso às políticas do governo.

3.1.1 IPTU VERDE NO MUNICÍPIO DE JALES

O município de Jales estabelece na Lei Municipal nº 3.686, de 11 de janeiro de 2009, a aplicação do IPTU verde, objetivando a preservação, a proteção e a recuperação do meio ambiente, ofertando uma redução no IPTU e no ITU, tanto para os lotes edificados, como não edificados, chácaras e as áreas de terras, que não forem objeto de parcelamento de solo, localizados dentro do perímetro urbano.

As medidas que podem ser adotadas para este benefício, estão dispostas no artigo 2 da referida lei, in verbis:

Art. 2. Será concedido benefício tributário, consiste em reduzir o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e Imposto Territorial Urbano – ITU, aos proprietários de lotes edificados e não edificados que adorem medidas que estimulem a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente

§ 1º As medidas adotadas deverão ser:

I - Lotes edificados, inclusive condomínios horizontais e verticais:

- a) Sistema de captação da água da chuva;
- b) Sistema de reuso de água;
- c) Sistema de aquecimento hidráulico solar;
- d) Sistema de aquecimento elétrico solar;
- e) Construções com material sustentável;
- f) Utilização de energia passiva
- g) Que contenham arborização no calçamento

II- Lotes não edificados que forem mantidos sem a presença de espécies exóticas, com cultivo de espécies arbóreas nativas e com calçamento.

III- Lotes edificados, exclusivo para condomínios horizontais e verticais, que adotem medida de separação de resíduos sólidos

A medida proposta pelo artigo estacado, no inciso I, *aliena "a"*, propõe ao contribuinte interessado, a instalação de um sistema que capte água da chuva e armazene em um reservatório para utilização do próprio imóvel, com está água captada é vidente a economia de água potável, sendo um recurso que gradativamente vem se tornando mais escasso, a medida proposta abrange os princípios que estão dispostos no caput, que é a preservação e proteção do polo ambiental que inclui seus recursos naturais.

A *aliena "b"*, sugestiona a elaboração de um sistema de reuso de água, onde após o devido tratamento, das águas residuais proveniente do próprio imóvel, para utilizá-la em atividade que não exijam que a mesma seja potável, como por exemplo o reaproveitamento de águas que foram utilizadas para lavar peças de roupas, para serem utilizadas na lavagem do quintal do imóvel. Este critério proposto é bem simples, que proporciona um benefício viável.

A *aliena "c" e "d"*, traz o sistema de aquecimento hidráulico e ou elétrico solar, que consiste na captação de energia solar térmica para aquecimento de água, com a finalidade de reduzir parcialmente o consumo de energia elétrica no lote edificado. A lei proporciona o ensejo sobre o potencial do aproveitamento da energia solar, pois é uma energia limpa, gratuita, onde mesmo que o investimento feito na compra e instalação destes equipamentos seja de cunho mais oneroso, promove um retorno ao longo prazo expressivo diante da economia desfrutada.

Na *aliena "d"*, aborda sobre as construções que se valem de material sustentável, isto é, que atenuem os impactos ambientais, desde que esta característica sustentável seja comprovada mediante apresentação de selo ou certificado. Inevitavelmente, esta aliena possui uma sistemática um pouco mais complexa, pois há vários tipos de selos, com critérios diferente, mais com vantagens muito interessantes, um exemplo é o Selo Casa Azul da Caixa Econômica Federal, que criou uma classificação socioambiental para os projetos habitacionais que financia, para se obter é analisado cinquenta e três critérios diferentes de seis categorias diversas, mais a vantagem está na valorização do preço do imóvel no mercado imobiliário, por ser sustentável e ter qualidade devidamente avaliada, que

ainda dependendo do município será agraciado pelo IPTU verde, como por exemplo o município de Jales.

Junto a *aliena “e”*, tem se exposto a opção da utilização de energia passiva, que contém a exigência perante edificações, venham possuir um projeto arquitetônico onde seja especificado dentro do mesmo, as contribuições efetivas para a economia de energia elétrica, decorrentes do aproveitamento de recursos naturais como luz solar e vento, tendo como consequência a diminuição de aparelhos mecânicos de climatização.

Proposto pela *aliena “g”*, traz disposição sobre a arborização no calçamento, preferencialmente com espécies nativas, para conservar a biodiversidade local, contribuindo conseqüentemente para o patrimônio cultural do município.

O inciso segundo aduz sobre a manutenção dos lotes não edificados sem a presença de espécies exóticas invasoras, propondo aos proprietários de lotes não edificados, para que se cultive espécies arbóreas nativas, pois as espécies exóticas invasoras, causam um grande impacto ambiental que consiste na perda considerável da biodiversidade local.

Exposto no inciso terceiro, a renúncia fiscal ainda recai como benefício aos lotes edificados, exclusivo para condomínios horizontais e verticais, que adotem medida de separação de resíduos sólidos.

O dispositivo 5º da mesma lei, disciplina a proporção do incentivo de cada medida:

Art. 5º A título de incentivo, será concedido o desconto no Imposto Predial e Territorial Urbano e Imposto Territorial Urbano, para as medidas previstas no artigo 2, na seguinte proporção:

I – 3% para as medidas descritas nas alíneas “c” e “f”, inciso I e no Inciso III;

II – 7% para a medida descrita na alínea “e”, inciso I;

III – 5% para as medidas descritas nas alíneas “a” e “b”, inciso I;

- IV – 5% para a medida descrita no inciso II;
- V – 3% para as medidas descritas nas alíneas “g” e “d”, inciso I

Os que adotarem o sistema de aquecimento hidráulico ou elétrico solar, ou a utilização de energia passiva, ou contenham arborização no calçamento e os condomínios que adotarem medidas de separação de resíduos sólidos terão 3% de desconto, já os que se valerem de construções com material sustentável, terá 7% de abatimento, onde por sua vez, os contribuintes que adotarem o sistema de captação de água da chuva, ou o sistema de reuso da água, bem como os lotes que mantenham espécies arbóreas nativas e com calçamento, serão premiados com 5% do benefício.

O benefício tributário abarcado taxativamente pode chegar até 7% na redução do IPTU ou do ITU, como expõe o artigo 6º da lei municipal analisada:

Art. 6 O benefício tributário não poderá exceder a 7% do Imposto Predial e Territorial Urbano e Imposto Territorial Urbano do contribuinte.

Os critérios enfados pelo texto de lei, são simples e de baixo custo de onerosidade, diante do custo benefício de quem as agrega recebe, sem contar com o aumento do patrimônio cultural do município, devido o embelezamento da arborização, o aumento da qualidade de vida local e o recebimento do selo verde azul pelo governo do Estado de São Paulo, que proporciona ao município a prioridade ao acesso às políticas do governo.

Conforme dados da secretaria da tributação do município, atualmente há cerca de duzentas e oitenta e nove residências tendo o gozo do incentivo fiscal.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar algo que vai além do caráter de um mero imposto e o abatimento da alíquota deste, visou expor um mecanismo para a reparação desde panorama ambiental crítico que vivemos, através de simples medidas domésticas.

A relevância da pesquisa visa evidenciar como o Estado pode cumprir a finalidade de sua constituição, incentivando os municípios usufruir o caráter extrafiscal do Imposto Predial e Territorial Urbano, diante de uma renúncia fiscal, para proporcionar um incentivo ao contribuinte, à dar uma função social ao seu imóvel, tornando-o ecologicamente correto, assim consubstanciando a partir destas medidas, uma beneficência significativa tanto para o bem estar social, como para as gerações futuras, fazendo valer o mando Constitucional.

Ainda diante das assertivas estudadas, exalta-se a justificativa da realização deste trabalho, que não basta apenas ter a conscientização da preservação do meio ambiente, deve-se adotar medidas que efetivamente proporcionem resultados para a preservação, proteção e a recuperação do meio ambiente e a faculdade do IPTU verde, proporciona exatamente o desenvolvimento sustentável que o quadro ambiental hoje necessita.

É louvável o esforço do município de Jales, em realizar este trabalho junto ao contribuinte, para pôr em prática a tão almejada sustentabilidade socioeconômica ambiental que o município precisa, de forma eficiente e eficaz, modelo que deve ser respeitado e copiado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Constituição Federal. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 19 set. 2016.

Lei Municipal nº 3.686, de 11 de janeiro de 2009.

NUNES, Clécio Santos. **Direito tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

RAMOS, José Eduardo Silvério. **Tributação Ambiental: o IPTU e o meio ambiente urbano**. Minas Gerais: Fórum, 2006.

PROSTITUIÇÃO INFANTIL E EXPLORAÇÃO DE MENORES NO NORDESTE BRASILEIRO

FELIPE ZOCAL MEDES: Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil, Campus Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

RESUMO: Os casos de prostituição infantil e exploração de menores ocorre em todo o Brasil mas em ênfase na sua região “Norte” onde existe um submundo quase que esquecido pela população nacional e de pouca ênfase em outros estados sobre as condições de saúde e qualidade de vida existentes no local, mas também é uma região turística que atraem e também onde residem muitos empresário e fazendeiros muito bem sucedidos e com muito “poder aquisitivo” que por algum motivo, desejo sexual ou alienação mental, compram ou sequestram sobre até graves ameaças de morte e tortura, criando nestas crianças e adolescentes um trauma gigantesco em seu físico e em seu moral, levando também á algum distúrbio psicológico, vindo a torná-las futuros estupradores psicopatas ou até mesmo suicidas em potencial, graças aos abusos que sofreram na infância e na adolescência. Assim também foram criados os meios de tentar diminuir e solucionar este problema com o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente também o Estatuto da Criança e do Adolescente que decorre da Lei nº 8069 de 15 de junho de 1990 que vem trabalhando bravamente para combater esses crimes, por meio de visitas, palestras enfatizando o problema e procurando uma solução para o mesmo, denúncias e acompanhamento das famílias e ajudando de alguma forma para melhorar a situação de tais famílias.

Palavras-chave: Prostituição, menores, exploração, insanidade, traumas, solução

ABSTRACT: Cases of child prostitution and exploitation of minors occur throughout Brazil, but with emphasis on their "North" region where there is an underworld that is almost forgotten by the national population and little emphasis in other states on health conditions and quality of life in the Local, but it is also a tourist region that attract and also where many very successful

entrepreneurs and farmers live with a lot of "acquisitive power" that for some reason, sexual desire or mental alienation, buy or kidnap on even serious threats of death and torture , The daughters or children of the poor families to serve him sexually and most of the time also working in slave form without at least a gratuity, creating in these children and adolescents a gigantic trauma in their physical and in their moral, also disentangling some psychological disturbance, Coming to make them future psychopathic rapists or even potential suicides, thanks to the abuses they suffered in childhood and adolescence.

This has also created the means to try to reduce and solve this problem with the National Plan for Combating Child and Adolescent Sexual Violence, National Council for the Rights of Children and Adolescents, and also the Statute of the Child and Adolescent, which follows from Law No. 8,069 Of June 15, 1990, who has been working bravely to combat these crimes, through visits, lectures emphasizing the problem and seeking a solution to it, denunciations and monitoring of families and helping in some way to improve the situation of such families.

Keywords: Prostitution, minors, exploitation, insanity, solution;

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2. A PROSTITUIÇÃO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 3. USO DE DROGAS E A PROSTITUIÇÃO. 4. TURISMO E FAVORES SEXUAIS. 4.1. Dados sobre a Prostituição. 4.2. Assistência Governamental e Não-Governamentais. 5. O DIREITO E SUAS FERRAMENTAS. 6. ACOMPANHAMENTO. 6.1. Apoio da Mídia. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, a criança e o adolescente têm a virtude do direito subjetivo do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, zelando sua dignidade e liberdade.

Como se vê, a prostituição de menores é uma problemática difícil de analisar e um trauma árduo na questão de solução, ao se observar que

existem condições sociológicas no início, logo após aparece a dificuldade econômica da família para sobrevivência, e finalmente, tem o lado instintivo-espiritual que fala bem alto naquelas pessoas que não se dominam. Crescendo também o número de casos de prostituição principalmente nas grandes capitais do país devido ao turismo envolvendo estrangeiros e até mesmo os nativos do local, também para manter o vício nas drogas que geralmente as mulheres (crianças, adolescentes e adultas) que infelizmente são adeptas.

A finalidade deste pequeno ensaio é levantar estas questões para a meditação para aqueles que se preocupam com o bem-estar da humanidade, pois este é um tema que necessita de uma apreciação maior, quanto à origem e acontecimentos da prostituição.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ao buscar descobrir a origem da prostituição, surgiu um grande problema, uma vez que não há registros exatos de quando esta prática começou. O que se pode observar é que a sua existência está diretamente relacionada à existência humana, uma vez que o homem tem na sua própria natureza a função e obrigação de reprodução da sua espécie, bem como, a busca pela satisfação de suas necessidades e de seus desejos. O desejo carnal é um dos mais antigos da humanidade.

Desde a criação do mundo, homens e mulheres se envolvem na sensual busca do prazer, onde o sexo é muito mais que uma forma de procriação. Antes mesmo da descoberta da roda e do fogo, o ser humano já buscava um meio de satisfazer sua necessidade sexual. Presente em todas as culturas, em quase todos os cantos do planeta, a prostituição ainda é vista com preconceito por grande parte das pessoas. Mas a realidade existe e, muitas vezes, torna-se uma cruel e dolorosa forma de sustento de homens, mulheres e infelizmente, até mesmo de crianças e adolescentes, que se expõem a humilhações, doenças e até à criminalidade. Deste modo, buscando satisfazer seus desejos, o homem busca aqueles que podem lhe proporcionar tal prazer; e de outro lado, ficam aqueles que oferecem o seu corpo para obterem, desta forma, alguma vantagem.

Marques (1976, p. 154) diz que:

“a prostituição é um fenômeno de degenerescência social constante em quase todas as civilizações, cuja origem se perde nos tempos” e entende que “a história da prostituição existe desde os tempos mais recuados”, e diz ainda que, “a prostituição representa para a mulher, a maneira mais simples e primitiva da luta pela manutenção da vida”..

Neste mesmo sentido vejamos o entendimento de Roberts (1998,p.27):

“Como a profissão da prostituição, a divisão das mulheres em esposas e prostitutas é tão antiga quanto a história (patriarcal). Foi na Antiga Suméria, em torno de 2000 a.C., que surgiram as primeiras leis segregando as duas.”

Thornton (1985, p. 23) diz que:

“Nos templos bíblicos, era permitido o sexo entre homens e meninas. Na lei talmúdica, o uso sexual de meninas, a partir dos três anos, era possível, desde que seu pai consentisse e recebesse o dinheiro adequado”.

A relação sexual era, naquela época, um meio aceito de estabelecer um noivado e o uso tanto de mulheres como de meninas era regulamentado por um conjunto detalhado de leis que refletiam o status de propriedade das mulheres. As mulheres pertenciam a alguém e eram alugadas, compradas, vendidas como mercadorias sexuais.

2.1 A PROSTITUIÇÃO DE CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao buscar o histórico da prostituição de crianças e adolescentes, surge então um desafio, uma vez que este é um tema difícil de ser analisado, por estar ele, intimamente, relacionado com outras redes delituosas, tais como o tráfico de drogas de mulheres, a corrupção, a pedofilia, entre outros. Segundo o site averdade.org.br dados disponíveis sobre a prostituição de crianças e adolescente são alarmantes, segundo a ONU (Organização das Nações Unidas), calcula que a cada hora, 228 crianças, em especial meninas, são exploradas sexualmente em países da América Latina.

A pornografia infantil, turismo sexual de criança e adolescente e exploração sexual, fazem partes de uma rede mundial que movimenta bilhões não só no Brasil mas no mundo todo.

A violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, em suas mais diversas modalidades, não é uma prática da atualidade, ela existe há muitos anos e vem conquistando, cada vez mais, seu espaço em meio aos diversos problemas existentes na sociedade. No entanto, a gravidade era tanta que a violência sexual contra crianças e adolescentes passou a ser questão pública e passou a ser enfrentada como problema de cunho social na última década.

O fenômeno assumiu relevância política nos anos 90 e sua análise apresenta características complexas, a partir do momento em que o assunto vem focalizado como problema social, quando surgiu a Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990. Nesta época também, a violência sexual contra crianças e adolescentes foi incluída na agenda da sociedade civil como questão relacionada com a luta nacional e internacional pelos Direitos Humanos, preconizados na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. Diversos estudos informam que adultos vêm utilizando crianças e adolescentes em suas práticas sexuais, ao longo de todo o período histórico, que vai da Antiguidade até a Contemporaneidade.

A exploração infantil e a prostituição de menores vêm crescendo assustadoramente no Brasil todo, mas tem sua ênfase no nordeste. Em cada estado, os que trabalham com saúde, bem-estar e educação, assim também como os representantes governamentais vêm demonstrando sua preocupação com as crianças e adolescentes daquela região. Por várias razões, estas crianças são alvos de exploração sexual, principalmente pelo motivo da pobreza de sua família.

Se olharmos para nossa realidade, a situação é complexa demais para se dissolver de uma hora para outra, sendo que muitas camadas populacionais são excluídas por um sistema político, que resguardam o direito dessas famílias de tratar de doenças, fome e principalmente de educação, sendo que neste conceito quem mais sofre por estas pelicularidades são as crianças. Primeiro por não ter condições de se

defender, sendo uma vítima fácil de desnutrição e doenças, o que resulta também em uma alta taxa de mortalidade infantil.

Desde pequena a criança se vê com uma enxada na mão sendo explorada em força de trabalho árduo, sem a educação das escolas, crescendo inabilitado para um dos mais importantes requisitos de mão-de-obra especializada, tendo também de participarem de programas impróprios, pelo seu caráter nocivo (violência dentro de casa e muitas vezes sendo abusado sexualmente pelos próprios familiares).

Uma criança também pode se prostituir na rua quando resolve fugir de casa por causa da violência, necessitando da ajuda de um terceiro e faz qualquer coisa para se ver livre de casa e da sua família abusiva, se submetendo a qualquer tipo de pagamento. Desse modo iniciam a vida na prostituição e também se tornam escravas dessa prática para terem o que comer, vestir e muitas vezes para se drogar, normalmente sendo aliciadas por cafetões que permanecem por trás de uma grande “empresa”.

Segundo o site *Brasilecola*: Apesar de todos os esforços do Estado no enfrentamento deste problema, há a permanência de uma realidade hostil para muitas crianças – principalmente meninas – nas regiões mais pobres do país: segundo a UNICEF, em dados de 2015, cerca de 450 mil crianças estão prostituídas no Brasil. De forma geral, a prostituição infantil trata-se da exploração sexual de uma criança a qual, por vários fatores, como situação de pobreza ou falta de assistência social e psicológica, torna-se fragilizada. Dessa forma, tornam-se vítimas do aliciamento por adultos que abusam de menores, os quais ora buscam o sexo fácil e barato, ora tentam lucrar corrompendo os menores e conduzindo-os ao mercado da prostituição.

Os aspectos facilitadores desta condição na qual se vê destruída a infância desconsideram os direitos e a necessidade de proteção da criança. Para além das possíveis vulnerabilidades decorrentes da situação socioeconômica - se não a principal causa, certamente uma das mais importantes – estão outros aspectos como o próprio gênero da criança, fato que explicaria uma maior vulnerabilidade das meninas, tão expostas à violência contra a mulher até mesmo no ambiente familiar. Isso sugere que são aspectos importantes para a compreensão da violência contra a criança e outros para além daqueles ligados apenas às questões de pobreza.

3. USO DE DROGAS E A PROSTITUIÇÃO

Assim, não se deve associar a prostituição infantil apenas à condição de pobreza da criança, mas sim considerar as particularidades de sua manifestação. Também para além da pobreza, o desenvolvimento de vícios por drogas conduzem essas crianças a uma situação deplorável e de extrema necessidade de cuidados especiais. Para atenderem às imposições da dependência química que as dominam, vendem seus corpos para conseguirem algum dinheiro para a compra de drogas ou mesmo aceitam fazer programas tendo como pagamento a própria droga. Como o relato disponível no [site](#) "amorordemeprogresso":

Apenas R\$ 1,00. Por uma simples moeda, menores de idade estão vendendo o corpo em alguns locais de Fortaleza. O valor irrisório, por si só, seria suficiente para estarrecer, mas o motivo dessa prostituição "a preço de banana" torna o quadro ainda mais degradante: meninos e meninas usam esse dinheiro para comprar pedras de crack. O vício incontrolável anestesia o corpo para agüentar inúmeros programas ao longo da noite ou do dia. Ao mesmo tempo, condena o futuro de adolescentes e jovens que deveria ser construído na escola. A informação de que menores de idade se prostituem por até R\$ 1,00 é de uma das coordenadoras pedagógicas da Associação Barraca da Amizade, Iara Lima. Os educadores da entidade participam de abordagens de rua do Projeto Ponte de Encontro, da Secretaria de Direitos Humanos de Fortaleza (SDH).

Em três bairros diferentes de Fortaleza, a reportagem do Diário do Nordeste encontrou garotas que se prostituem para comprar crack. Em um deles, na zona sul da Cidade, Samantha (nome fictício*), de 15 anos, mostra os seios assim que vê o carro da equipe de reportagem. Em plena tarde de um dia de semana, ela aparenta estar completamente drogada e pede esmola. Apesar do corpo extremamente magro indicar o uso da "pedra", a garota nega querer o dinheiro para se drogar. A colega Fabíola (*), 25, porém, confirma: "Todas aqui se prostituem para comprar crack".

A fissura pela droga é tão grande que as próprias garotas se oferecem para os clientes. Em um bairro vizinho, Ronald (*), porteiro, 36, conta que

uma garota tentou seduzi-lo por R\$ 2,00. O valor incluiria "tudo", ou seja, todas as modalidades de sexo possíveis. "Ela aparentava ter de 14 a 16 anos, no máximo", conta, afirmando que a adolescente parecia estar "lombrada"(drogada).

Inicialmente, a garota pediu-lhe carona. No meio do caminho, perguntou se ele queria fazer um programa com ela por R\$ 5,00. Diante da negativa, o valor foi baixando até chegar aos R\$ 2,00. Sem aceitar o convite, o porteiro a deixou próximo de onde ela disse morar, mas acredita que a moça foi direto para uma "bocada" comprar mais "pedras".

Trabalhadores do mesmo bairro contaram informalmente à reportagem que cerca de oito garotas - maiores e menores de idade - passam dia e noite fazendo programa. "Elas fazem toda hora. Saem do programa e vão fumar pedra", afirmam.

O local para a prática do sexo depende da condição do cliente. Pode ser no motel, no carro ou mesmo em terrenos escuros e abandonados, sem a menor condição de higiene. Algumas chegam a roubar os clientes, segundo afirmam os trabalhadores.

Além dos perigos inerentes à prostituição, as garotas têm de conviver com ameaças dos traficantes. Rosa(*), 19, diz que pode conseguir crack para usar no programa e aceita, inclusive, que o pagamento seja feito com duas "pedras". Ao desconfiar estar falando com um policial, clama, aflita: "Não me bota em enrascada não, porque se o traficante descobrir que eu tô pegando droga pra policial, ele não vai me bater não, ele vai me matar".

Camila (*), 20, diz que se prostitui desde os 15 anos. Consegue a "pedra" por R\$ 5,00 e o mesclado, por R\$ 7,00. Ao ser indagada sobre para que usa o dinheiro obtido com os programas, responde: "Pra tudo. Pra beber, pra cheirar, pra curtir o mesclado". Em outro bairro, agora na zona norte, Marcelle (*), de 19 anos, diz que consegue tanto o mesclado quanto a pedra "pura" por R\$ 5,00.

4. TURISMO E FAVORES SEXUAIS

A implementação de obras voltadas a aumentar a fluidez do território, bem como outras destinadas à melhoria de condições infra-estruturais básicas dos lugares (abastecimento de água, energia elétrica, coleta e

tratamento de esgoto e coleta e acondicionamento de resíduos sólidos) correspondem a algumas das ações estratégicas emanadas do Estado (sobretudo poderes públicos federal e estaduais) no sentido de desenvolver o turismo no território nacional. Tornar o território atrativo para o capital privado é o objetivo precípua dessas ações.

Esse processo não é, de forma alguma, unívoco, posto que não raras vezes divergências de interesse entre os sujeitos sociais diretamente envolvidos existem e são difíceis de serem superadas. Se, de um lado, o turismo gera riqueza, renda, postos de trabalho, etc., de outro, pode desencadear processos inflacionários, principalmente na escala local, e aprofundar práticas indesejadas como prostituição infantil e tráfico de drogas.

Outro complicador desta questão é o chamado turismo sexual, o qual consiste na chegada de vários estrangeiros a regiões como o Nordeste brasileiro em busca de sexo. Meninas pobres, moradoras das regiões periféricas e precárias ao redor dos grandes centros ocupam as principais ruas e avenidas para se oferecerem como mercadoria barata neste mercado do sexo que se estabelece em endereços turísticos por todo o Brasil, principalmente nas praias do norte brasileiro.

4.1 DADOS SOBRE A PROSTITUIÇÃO

No Brasil a prostituição infantil é comum nas camadas mais pobres dos grandes centros urbanos. Nas capitais do Nordeste em especial, existe o turismo sexual, onde crianças de ambos os sexos são recrutadas para satisfazer os desejos de pedófilos provindos de todas as partes do mundo, em especial dos Estados Unidos e da Europa.

Dados do Ministério da Justiça mostram que a prostituição infantil está presente em todas as capitais brasileiras e em muitas das grandes cidades do País, sobretudo as do litoral nordestino e, entre os principais fatores estão a pobreza e o turismo sexual.

Na lista estão todas as capitais brasileiras, mas a maior parte dos municípios com exploração sexual de menores está no interior, em municípios pobres de 20 mil a 100 mil habitantes.

Segundo o [site](#) SEMPRETOPS (que tem suas fontes de pesquisa o Ministério Público) A exploração sexual infantil está presente em 16,88% dos municípios, o estudo mostra que o quadro é mais grave no Nordeste, em 32% das cidades há exploração sexual de crianças e adolescentes. Seguindo do Sudeste com 25,7%, e depois respectivamente, vem as regiões Sul 17,3%, Centro-Oeste 13,6% e Norte 11,6%. A Região Sul registra 162 cidades com exploração sexual, com 49 no Rio Grande do Sul, 57 em Santa Catarina e 56 no Paraná.

Entre os estados onde a situação pode ser considerada mais grave estão São Paulo, com 93 cidades citadas, Minas Gerais, com 92, e Pernambuco, com 70.

No Rio de Janeiro, foram detectados 33 municípios com casos de crimes sexuais.

A pesquisa identificou quatro tipos de crimes: foram contabilizados 764 episódios de prostituição, 143 de tráfico de menores, 44 de pornografia e 37 de turismo sexual

Se por um lado a prostituição ainda faz parte da realidade brasileira, é importante destacar alguns avanços nesta luta. No Brasil, em 2000, institui-se o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil, assim como o Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual Infanto-Juvenil, comemorado em 18 de maio, dia em que uma menina de 8 anos foi abusada e morta em 1973 no Estado do Espírito Santo causando indignação nacional.

Mas por outro lado o numero de casos de prostituição, não só infantil, mas também de mulheres adultas só cresce. Segundo dados fornecidos pelo [site](#) da jusbrasil a Polícia Rodoviária Federal identificou o crescimento de 80% dos pontos de prostituição no Piauí, entre 2009 e 2011, foram identificados 26 locais onde poderia acontecer a exploração infantil e em 2011 o número subiu para 47 pontos.

Segundo a Fundação Mineira de Educação e Cultura, FUMEC, estima-se que o Brasil possui 1,5 milhões de pessoas, entre homens e mulheres que vivem em situação de prostituição. A pesquisa revela que 28% das mulheres estão desempregadas e 55% necessitam ganhar mais para ajudar no sustento da família.

De acordo com a FUMEC, 59% são chefes de família e devem sustentar sozinhas os filhos, 45,6% tem o primeiro grau de estudos e 24,3% não concluíram o Ensino Médio. Logo, elas apresentam um baixo nível de escolaridade, o que significa que quase 70% das mulheres prostitutas não têm uma profissionalização. Sem contar que no Brasil, a prostituição leva a problemas sociais como: Abuso de menores, exploração sexual de menores (inclusive pelos próprios pais), proliferações de DSTs (doenças sexualmente transmissíveis) e aumento nos casos de aborto.

4.2 ASSITENCIA GOVERNAMENTAL E NÃO-GOVERNAMENTAIS

Segundo o Governo Federal, este Plano Nacional de Enfrentamento está dividido em seis eixos estratégicos, sendo eles: Análise da Situação, Mobilização e Articulação, Defesa e Responsabilização, Atendimento, Prevenção e Protagonismo Infante-Juvenil. A coordenação deste Plano fica a cargo do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), assim como dos Conselhos de Direitos Estaduais e Municipais de cada região.

Isso mostra que o posicionamento mais efetivo do Estado com relação a este problema não apenas se faz urgente, como também possui de fato certa complexidade. Não se trataria apenas de coibir a ação de aliciadores ou de uma clientela em potencial deste tipo de prostituição, mas fundamentalmente pensar o cuidado com o menor e o adolescente nas mais diversas esferas: da saúde, passando pela educação, bem como na criação de oportunidades claras de inclusão social.

Neste meio contamos também com a ajuda de ONGs para dar assistência à estas crianças e adolescentes que sofrem com esse tipo de pratica perante a pobreza e à falta de oportunidades para sair dessa vida, assim podemos ver como essas ONGs trabalham para combater este abuso e descaso. Podemos ver como surgiu a ONG AMAMOS:

Seu regime atende à legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente atuando como Casa de Acolhimento e recebendo as crianças enviadas pelo fórum da Comarca de Osasco, por meio de processos formalizados pelo juiz da Vara da Infância e Juventude de Osasco. Dentro do sistema de atendimento, a instituição promove a educação de seus assistidos nas escolas municipais e estaduais do bairro, além dos

ensinamentos da moral cristã e reforço escolar pelo departamento pedagógico da casa.

Outro trabalho desenvolvido é a assistência social às famílias que se reintegram com seus filhos e que necessitam ainda de reforços alimentares e vestimentas, bem como orientação social. A história da AMAMOS remonta à figura de uma senhora chamada MARIA BELISIÁRIO, que em 1960, num bairro humilde de Osasco, iniciou uma grande missão: ajudar crianças colocadas em risco pelo abandono.

Dentro de uma simples e pequena casa, D. MARIA, como era conhecida, passou a receber e cuidar de bebês e em poucos meses, a sua casa estava superlotada. Seu trabalho foi reconhecido pela população e por colaboradores e amigos que acabaram doando um terreno, a fim de construir um prédio a altura das necessidades.

MARIA BELISIÁRIO teve ao seu lado um grande incentivador, que teve como papel construir o prédio que hoje abriga a sede da AMAMOS, seu nome era BRAULIO FANTINATO. Concluído em 1968, o prédio passou a ser chamado de LAR JOSÉ BENEDITO e começou a receber, também, as crianças enviadas pela Vara da Criança e do Adolescente da Comarca de Osasco.

MARIA cumpriu sua missão durante vinte anos e com o passar do tempo a estrutura foi se adequando pelas gestões seguintes.

A instituição evoluiu muito para chegar ao estágio atual: houve aumento de área útil para dar espaço adequado às necessidades e atividades das crianças, adicionando ao seu quadro de funcionários: psicólogos, pedagogos, assistentes sociais e toda uma equipe de monitoria, além de parcerias na área de saúde, educação e esporte.

A casa tem capacidade para abrigar até 60 crianças na faixa etária de zero a dezoito anos. Para este atendimento sua sede possui dois amplos dormitórios (masculino e feminino), berçário com capacidade de 10 bebês, ampla brinquedo teca e biblioteca, sala de TV e vídeo, quadra esportiva, sala de computação, salas de atividades, refeitório, cozinha industrial, dispensa seca, dispensa hortifrúti e sala da administração.

5. O DIREITO E SUAS FERRAMENTAS

Além destas instituições, outras esferas de acompanhamento e controle foram criadas, além de Varas Criminais especializadas em crimes

contra crianças e adolescentes. Ainda segundo o governo federal, em 2008 foram reunidas mais de 3.500 pessoas de várias nacionalidades no III Congresso de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, no Rio de Janeiro, fato que marca uma sensibilidade internacional com esta realidade que afronta os Direitos Humanos.

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas para sua sobrevivência. “Políticas sócias Públicas” são mecanismos executados pelo Poder Público com a intensão de aniquilar ou reduzir drasticamente o espectro da fome, da pobreza e da injustiça social. Sendo de incumbência do Poder Executivo, que deve reservar parte do seu orçamento para a consecução desses objetivos. A omissão desde pode ser sanada por meio de ação civil publica, a qual o Ministério Publico possui legitimidade para propor.

Os direitos principais da criança e do adolescente estão presentes nos Artigos 15, 16, 17 e 18 da Lei 8096/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) nos quais seus textos tratam:

Artigo 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Artigo 16 e seus incisos. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

Artigo 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Artigo 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Caso os artigos da lei 8096/90 forem descumpridos ou não forem seguidos, cabe ao Ministério Público intervir e processar os causadores dos delitos e realizar o acompanhamento descrito no próximo tópico deste artigo.

6. ACOMPANHAMENTO

Requer a necessidade de apoio e orientação psicológica às crianças nesta condição, seja para aquelas que realmente estão em condição de rua, seja para aquelas que a despeito de terem família estão em um ambiente impróprio para sua infância e formação enquanto indivíduo (haja vista a exploração promovida em muitos casos pelos próprios pais).

O Acompanhamento das crianças que sofrem abusos sexuais esta evidente no Artigo 101 do ECA e seus incisos, onde o acompanhamento é listado na seguinte ordem:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários(o acompanhamento depende muito do trauma causado à criança e de quanto tempo ela levará para superar);

III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - Revogado

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - Revogado

VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

VIII - Revogado

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Parágrafo único. Revogado.

Sendo assim, na falta desses deveres da lei a política social publica sendo de incumbência do Poder Executivo, que deve reservar parte do seu orçamento para a consecução desses objetivos. A omissão deste pode ser sanada por meio de ação civil publica, a qual o Ministério Publico possui legitimidade para propor.

6.1 APOIO DA MIDIA

Um filme que retrata bem esta realidade de pais que vendem seus filhos para fazendeiros, empresários é o filme: Anjos do Sol, lançado em 18 de agosto de 2006, que conta saga da menina chamada Maria, de quase doze anos, que no verão de 2002 é vendida pela família, que vive no interior do Maranhão, a um recrutador de prostitutas, imaginando que a garota estaria indo viver em um local melhor que vivia, pois não sabiam que se tratava exatamente o recrutamento. Depois de ser comprada em um leilão de meninas virgens, Maria é enviada para um prostíbulo localizado numa pequena cidade, vizinha a um garimpo, na floresta amazônica. Após meses sofrendo abusos,

Maria consegue fugir e atravessa o Brasil na carona de caminhões. Ao chegar ao seu novo destino, o Rio de Janeiro, a prostituição se coloca novamente no seu caminho e mudam o modo de Maria ver o mundo e decide viver na prostituição para sobreviver.

CONCLUSÃO

A realidade é uma só, criança e adolescentes sendo tratados como objetos, tendo os seus direitos, mais sagrados, sendo violados de maneira assustadora.

Como podemos querer um mundo melhor, se aqueles que são o futuro do nosso país estão sendo corrompidos e dilacerados a cada dia mais? O que será da nossa civilização, se estamos corrompendo, se estamos destruindo aqueles que amanhã serão os principais atuantes da nossa sociedade? Atualmente, a prostituição infantil está sendo abordada pela sociedade com maior relevância; já sabemos da sua existência e das consequências que traz para aqueles que foram vitimizados, bem como, para o futuro de nosso país. Não podemos continuar na iminência de que um dia tudo irá se resolver.

Em primeiro lugar, é preciso uma maior responsabilização por parte daqueles que tem o dever de zelar pelas crianças e adolescentes e, acima de tudo, buscar medidas urgentes que visem combater esta prática e muitas outras com ela interligadas. Em segundo lugar, temos a lei; ela existe e é bem clara, mas falta rigor na sua aplicação, mais seriedade e Justiça.

No entanto acreditamos que deve haver uma amplitude da lei penal, de maneira que se crie um dispositivo que traga a punição não somente a aqueles que consumam os fatos, mas a aqueles que procuram crianças e adolescentes para satisfazerem seus desejos, pois, se houver uma lei que pune os indivíduos que se encontram na iminência de praticar esses atos, a procura iria diminuir e, desta maneira, serviria como uma forma de não incentivar esses menores a continuarem a buscar nas ruas, estradas, bordéis, o seu sustento e, deixariam então de fazer desta pratica, um meio de vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAMOS, Organização. **Regime e instalação**. Disponível em <https://www.amamos.org.br/a-instituicao>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio, **Legislação Penal Especial: Comentários aos crimes da Lei 8096/90** Pag.160.

ARIZA DA CRUZ, Rita de Cássia. **Planejamento governamental do turismo: convergências e contradições na produção do espaço**. Dica de Leitura e disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/lemos/19cruz.pdf>

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Dica de leitura – Lei 8069 de 13 de julho de 1990. Disponível em:

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91764/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-lei-8069-90>>. Acesso em 17 de maio de 2017.

MARIAS, Ong. **Estatísticas sobre a Prostituição**. Disponível em: < <https://ongmarias.wordpress.com> > Acesso em 23 de maio de 2017

ITATYARA, Paula Cintra. **Prostituição, Violência, contra Criança e Adolescente**.

Disponível em: <http://revistacientifica.facmais.com.br>. Acesso em 12 de março de 2017.

JOHATAN, Ícaro. **Prostituição por 1 real, meninas só valem uma pedra**. Disponível em: <<http://amorordemeprogreso.blogspot.com.br/2009/09/meninas-so-valem-uma-pedra-prostituicao.html>>. Acesso em 22 de maio de 2017

LOPES, Claudiane. **Brasil é o primeiro lugar em exploração sexual na América Latina**. Disponível em: <<http://averdade.org.br/2015/08/brasil-e-primeiro-lugar-em-exploracao-sexual-na-america-latina/>>. Acesso em 17 de maio 2017.

RIBEIRO, Paulo Silvino. **Prostituição Infantil: uma violência contra a criança**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/prostituicao-infantil.htm/>>. Acesso em 04 de março de 2017.

YOMP. **Prostituição**. Dica de leitura e disponível em: <https://ibccrim.jusbrasil.com.br/noticias/2526625/prostituicao>. Acesso em 23 de maio de 2017.

Prostituição infantil – Índices. Dica de leitura: <http://www.semretops.com/informacao/prostituicao-infantil-indices>. Acesso em 23 de maio de 2017.

A LAICIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

RODOLFO CABRINI DE OLIVEIRA:
Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil.
Fernandópolis/SP.

Prof. Me. Rodrigo Freschi Bertolo

(Orientador)

RESUMO: A Constituição Federal de 1988, mesmo sem declarar expressamente, consagrou a laicidade do Estado brasileiro ao permitir a liberdade de crença, descrença e a prática de quaisquer religiões. Laico é o caráter de neutralidade religiosa do Estado para que não haja privilégios a nenhuma religião em particular. A efetivação do princípio da laicidade é um processo democrático que está em processo de construção e amadurecimento. Com o objetivo de esclarecer o conceito de laicidade, este trabalho de pesquisa parte da denominação que os Estados recebem acerca de suas relações com as religiões, para então caracterizar o Brasil e entender o caminho percorrido para ser considerado um país laico e não ateu ou a-religioso. O próprio preâmbulo atual Constituição Federal, embora não tenha força normativa, traz o reconhecimento estatal da existência de Deus. Como a maioria dos Estados mundiais, o Brasil não quer que política e religião se confundam, nem que as decisões políticas, jurídicas e administrativas estejam atreladas a uma religião oficial, mas destaca-se, como conclusão, a abertura constitucional para que haja colaboração recíproca, Estado-Igreja, nas ações de interesse comum.

PALAVRAS-CHAVE: Estado, crença, laicidade, religiões

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988, even without expressly declaring it, consecrated the laity of the Brazilian State by allowing freedom of belief, disbelief and the practice of any religions. Secular is the character of religious neutrality of the state so that there is no privilege to any particular religion. The execution of the principle of secularism is a democratic process that is in the process of building and ripening. With the aim of the to clarify the concept of secularity, this research is based on the denomination that the States receive about their relations with religions, to characterize Brazil and to understand the way taken to be considered a secular and non atheist

country or -religious. The own preamble to the Federal Constitution, although not normative, brings state recognition of the existence of God. Like most states, Brazil does not want politics and religion to be confused, or that political, juridical and administrative decisions are linked to an official religion, but the conclusion is that constitutional openness is necessary in order to have reciprocal cooperation , State-Church, in actions of common interest.

KEYWORDS: State, Belief, Secularity, Religions.

INTRODUÇÃO

Estado Laico é aquele que não adota uma religião oficial, mas permite liberdade de crença, descrença e religião, garante direitos e proíbe a interferência da religião nos rumos políticos e jurídicos da nação.

Embora não se tenha uma literatura vasta sobre o tema, que muitas vezes invoca unicamente questões pontuais, como por exemplo os objetos religiosos em lugares públicos, feriados religiosos e subsídios para eventos religiosos, este trabalho busca explicitar o conteúdo jurídico do princípio do Estado Laico, fundamentar suas colocações e evidenciar a opção dos constituintes de colocar a expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, que embora não tenha força normativa, mas valor interpretativo do sistema jurídico-constitucional.

1 SISTEMAS DE RELAÇÃO DO ESTADO E DAS RELIGIÕES

O Estado Teocrático é aquele que não se confunde com religião, de tal forma que a religião decide os rumos da nação, influenciando diretamente o campo da política e o âmbito jurídico. O grande exemplo de Estado Teocrático são os Estados Islâmicos, de regime totalitário no tocante à religião e à moralidade, de modo que excluem tudo o que não esteja em sintonia com os dogmas da religião.

O Estado confessional, por sua vez, é aquele que possui uma religião oficial capaz de influir nos rumos políticos e jurídicos da nação, mas que não são impositivos e repressores como o Estado Teocrático. É o caso do Brasil Imperial,

quando a Constituição de 1824 instituiu a religião católica apostólica romana como oficial do país.

O Estado Laico é aquele que não adota uma religião como oficial e permite a liberdade de crença, descrença e quaisquer religiões, com direitos iguais para todas, mas elas não podem influir nos rumos políticos e jurídicos da nação. É o rege a Constituição Federal do Brasil de 1988, no art. 19, inc. I, vedando as relações de dependência ou aliança com quaisquer religiões. A maioria dos Estados pode ser considerada laica.

O Estado ateu é aquele que nega a existência de Deus, e não aceita que seus cidadãos manifestem publicamente suas crenças religiosas, trata-se, assim como no Estado Teocrático, de totalitarismo. Exemplo de Estado ateu foi a União Soviética.

Dessa forma, entende-se que laicidade é a doutrina que identifica a separação entre Estado e religião, de forma que não haja confusão entre o Estado e uma instituição religiosa e não permite que o Estado seja influenciado por uma religião determinada. Vale destacar que Estado Laico não é Estado ateu, pois permite que os cidadãos possam manifestar sua crença, como também sua descrença.

Na análise de Santos Júnior (2017), laico é o caráter de neutralidade religiosa do Estado, ou seja, pois não dá privilégios a nenhuma religião em particular, e também a política não se deixa determinar por critérios religiosos. Assim, Estado e instituições religiosas não sofrem interferências recíprocas no tocante às finalidades institucionais. Contudo, não se pode confundir interferência com influência, ou seja, não é proibido que grupos de religiosos postulem a adoção de políticas públicas em algum sentido, mas o que se espera da decisão estatal é que a decisão não seja determinada pelo pensamento religioso.

2 A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

O Brasil tornou-se um Estado laico com o Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, de autoria de Ruy Barbosa. Antes, porém, havia liberdade de crença, mas não a liberdade de culto, ou seja, os cultos de religiões que não eram as liturgias próprias da Igreja Católica Romana, só podiam ser realizados no âmbito restrito, geralmente em casas particulares. Com este decreto, houve no Brasil a separação Estado-Igreja,

permitindo a ampliação da liberdade religiosa e o Brasil deixou de ser considerado Estado confessional e de ter uma religião oficial.

A consolidação do princípio da laicidade acompanhou a evolução histórica dos direitos humanos, desde a abrangência de seu conteúdo até à necessidade que o Estado tem de agir para a sua concretização. Pela análise de Zylbersztajn (2017), assim como os direitos humanos foram marcados por momentos que reconhecem certas dimensões, a laicidade também tem suas fases determinadas por momentos históricos. Inicialmente, estava relacionada com a liberdade, que surge com o discurso liberal de cidadania expresso nas primeiras declarações de direitos. Posteriormente, a laicidade passa a incorporar a ideia de igualdade entre os cidadãos, para que enfim se inserisse na concepção democrática dos Estados modernos.

2.1 BREVE HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL COM ACENO ÀS RELIGIÕES

Durante o período da colonização, a única religião reconhecida e admitida pelo Estado era a Igreja Católica. Dados históricos comprovam que em 1540 a Companhia de Jesus, chamada de jesuítas, iniciou a ação de catequese com os povos habitantes nas terras brasileiras. Entre os anos de 1630 e 1656 chegaram os holandeses que ampliaram a tolerância religiosa, mas somente em 1822 o Brasil manteve a previsão de liberdade religiosa.

Segundo o estudo realizado por Rachel (2017), a Constituição de 1824, foi outorgada em nome da Santíssima Trindade e instituiu a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial, permitindo apenas que outras crenças reunissem para o culto doméstico, vedada qualquer construção de templo. Esta constituição caracterizava-se pela união entre o Estado e a Igreja Católica.

A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo. (Constituição de 1824, art. 5º)

O art. 95 da mesma Constituição, havia a determinação que somente quem professasse a religião oficial do Estado poderia ser eleitor ou candidato, embora o inciso V do artigo 179 afirmava que ninguém podia ser perseguido por motivo de religião, pois o Estado não ofenderia a Moral Pública.

Logo após a proclamação da República, houve um rompimento drástico nas relações entre Estado e religião. Ao redigir o Decreto 119-A, Ruy Barbosa promoveu a separação definitiva do Estado brasileiro e a Igreja Católica Apostólica Romana, nos seguintes termos:

Art. 1º, referido Decreto determinava que “é proibido a autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas”.

Os demais artigos ampliavam a liberdade de culto e previam a organização religiosa, mas sem contar com a intervenção do poder público.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 representou, segundo Russar (2017), o marco no tocante à laicidade do Estado. Não houve menção do nome de Deus em seu preâmbulo. Nesta Constituição já se vedou aos Estados e a União estabelecessem, subvencionassem ou abraçassem o exercício religioso, e determinou que não haveria relações de dependência ou aliança com o governo da União ou outros Estados.

Em seguida, a Constituição de 1934 trouxe diversas alterações relacionadas à questão religiosa. Nesta Constituição, o nome de Deus foi mencionado e houve o reconhecimento da liberdade de culto, desde que não fosse contrário a ordem pública e os bons costumes. O casamento foi reconhecido com seus efeitos civis, dentro das regras estabelecidas, permitiu-se a assistência espiritual e hospitalar e as associações religiosas passaram a adquirir personalidade jurídica.

Com a Constituição de 1937, novamente se reforça a proibição do Estado em estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos, mas

não houve no preâmbulo desta constituição a menção do nome de Deus. A liberdade religiosa, nos termos da constituição anterior, foi assegurada, mas o caráter jurídico das associações foi silenciado e a igualdade perante a lei foi prevista de forma genérica.

Na Constituição de 1946 a expressão da proteção de Deus volta a ser mencionada, e reforçada a proibição da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em estabelecer, subvencionar ou embaraçar os cultos religiosos. Mas, nesta Constituição não há previsão expressa para que o Estado mantenha relação de aliança ou dependência com a igreja. Surge neste momento a imunidade tributária com relação aos impostos para os templos de qualquer culto e a previsão de assistência religiosa aos militares e aos internados em habitação coletiva. Os cemitérios seriam lugares seculares, onde as organizações religiosas poderiam praticar seus cultos. Surgiu também a previsão de descansos remunerados em dias de feriados religiosos e a possibilidade de efeitos civis ao casamento religioso.

A Constituição de 1967 mantém as mesmas proibições anteriores, mas permite a colaboração entre o Estado e as organizações religiosas, quando houvesse interesse público, destacando os setores da educação, assistencial e hospitalar. Reafirma a segurança da liberdade de consciência e exercício de cultos religiosos, desde que não contrarie a ordem pública e os bons costumes. Foi novamente assegurada a assistência religiosa às forças armadas e nos estabelecimentos de internação coletiva. Continuou a assegurar o repouso remunerado nos feriados religiosos e o casamento religioso com efeitos civis e o ensino religioso facultativo e se manteve a imunidade tributária sobre os templos de qualquer culto.

Por fim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 segue, no que diz respeito às instituições religiosas e crença do povo brasileiro, consagrando a possibilidade de a lei prever a escusa de consciências nestes termos:

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. (Art. 5º, Inc. VIII da Constituição Federal de 1988.)

Continua a proibição de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o funcionamento dos cultos religiosos ou igreja. São assegurados a possibilidade de colaboração de interesse público, o ensino religioso facultativo, a imunidade tributária e o casamento religioso com efeitos civis.

2.2 A LAICIDADE PRESENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O artigo 19 da Constituição Federal de 1988 consagra a laicidade do Brasil, estabelecendo que:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Para melhor compreensão deste artigo, é necessário buscar o significado das palavras aliança e dependência. Por aliança se entende uma união de esforços para se chegar a uma finalidade específica. Por dependência se entende a situação de sujeição de uma pessoa a outra.

O Estado brasileiro, ao vedar todos os entes federativos à manutenção de relações de dependência com instituições religiosas, proibiu-se a teocracia, para que não haja confusão entre Estado e Religião. Ao vedar ao Estado à manutenção de relações de aliança com instituições religiosas, proibiu-se que a religião influenciasse nos rumos políticos e jurídicos da nação. Ao vedar o estabelecimento e subvenção de cultos religiosos ou igrejas, proibiu-se uma religião oficial e o caráter confessional do Estado. Mas, ao vedar o embaraço dos cultos e instituições religiosas, o Estado se afirma não ser ateu, pois a ideologia do Estado Ateu é proibir qualquer manifestação religiosa. Por fim, ao vedar as distinções ou preferências de

brasileiros entre si, proibiu-se o estabelecimento de privilégios, que são vantagens entre as diversas religiões entre si.

Dessa forma, são vedados os conceitos teocráticos, confessional e ateu de Estado brasileiro, tendo restado para reger o país o conceito laico, consagrando a liberdade de consciência, a liberdade de crença, o livre exercício de cultos religiosos, a proteção, na forma da lei, dos locais dos templos e suas liturgias. E, com essas vedações, o Estado também não pode determinar as normas internas das instituições religiosas, pois estas possuem liberdade para organizarem a sua própria estrutura e seus dogmas.

Contudo, a parte final do inc. I do art. 19 da Constituição Federal de 1988 afirma que, se a instituição religiosa estiver desenvolvendo atividades beneficentes e úteis a sociedade, poderá receber a colaboração do Estado. Mas isso só pode acontecer se o Estado considerar útil para um fim pretendido pela coletividade sem nenhuma relação com a crença em si.

Segundo Zylbersztajn (2017), “o Estado brasileiro tem o dever de garantir que os cidadãos exerçam sua religiosidade de maneira livre”, assim não pode tornar novamente uma religião como oficial ou mesmo prejudicar o exercício das diversas religiões.

Nota-se que não há nenhum dispositivo de lei que expressa que a República Federativa do Brasil é um Estado laico. Mas sim, diretrizes gerais que garantem a igualdade e liberdade para o exercício das religiões.

3 LAICIDADE E LIBERDADE RELIGIOSA

Sobre o tema da liberdade religiosa, destaca Silva (2008, p. 248), se compreendem três formas de expressão, também chamadas de três liberdades, a saber: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa, todas garantidas pela Constituição.

A Constituição de 1988, retomando à tradição da Constituição de 1946, declara inviolável a liberdade de consciência e de crença e instrui que ninguém será privado de seus direitos por motivos de crença religiosa (Art. 5º, VI). É percebido que o constituinte não confunde liberdade de crença com a de consciência, pois o

descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que seu direito seja tutelado. Entende-se que a liberdade de crença se refere a liberdade de ter ou não ter uma crença. Entra, neste aspecto, a liberdade de escolha da religião, de aderir uma determinada seita religiosa, a possibilidade de mudança de religião e a liberdade de não aderir a nenhuma religião, de ser ateu ou agnóstico.

Por liberdade de culto se entende que a religião não é somente um sentimento sagrado, mas geralmente está acompanhada de uma doutrina, com características próprias, ritos de cultos e cerimônias, reuniões, hábitos e tradições. Assim, a liberdade de culto significa a possibilidade de rezar, orar, praticar os atos próprios e manifestações exteriores em recintos fechados ou em público.

O art. 5º, VI, da Constituição Federal em tese descreve: “é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Supõe-se que o culto religioso não seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Não será a lei que definirá os locais de cultos e as liturgias, mas garantirá proteção dos locais de culto, inclusive se o culto religioso acontecer em lugares e logradouros públicos.

A Constituição também garante a liberdade de organização religiosa, com relação a possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado. Entende-se nesse aspecto a colaboração do Estado, desde que tenha interesse público, mesmo se a iniciativa e administração seja por parte das religiões, como é o caso de associações assistenciais e beneficentes.

4 NOME DE DEUS NO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para esclarecer a afirmação que o Estado brasileiro é laico e não ateu, a análise do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é fundamental.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, até a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, foram elaborados preâmbulos que procuraram refletir a conjuntura política e social, com uma linguagem repleta de promessas e anseios e marcas do tempo que foram escritos. Somente as Constituições de 1891 e 1937, inspiradas, no ideal positivistas e na doutrina totalitária, não reportaram a Deus em seus preâmbulos.

De acordo com Coelho (2009, p.30), que analisou a natureza jurídica do preâmbulo a partir da obra clássica de Hans Helsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, afirma ser uma introdução solene, que expressa as ideias políticas, morais e religiosas que a constituição tende a promover, possuindo caráter mais ideológico que jurídico, mas que serve para dar maior dignidade e elevar o grau da eficácia da Constituição.

Conforme o Supremo Tribunal Federal (MS 24645 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/9/2003), o texto do preâmbulo não pode ser invocado isoladamente e não tem força de norma constitucional. Contudo, o nome de Deus é parte integrante da Constituição e desempenha, portanto, valor interpretativo do sistema jurídico-constitucional, servindo indiretamente como aferição de constitucionalidade.

Silva Junior (2011), em sua pesquisa, destacou a posição de alguns constituintes a respeito de manter ou não a “proteção de Deus”, o que faz compreender que a vontade do povo é que o nome de Deus seja preservado e o próprio Estado reconheça a existência de Deus. A seguir, destaca-se alguns posicionamentos.

A separação Igreja-Estado e o respeito aos brasileiros ateus ou materialistas, ainda que minoria da população, foram os principais argumentos dos constituintes Haroldo Lima (Diário da ANC (“C”) e José Genuíno (Diário da ANC), que buscavam a supressão de “Deus” da disposição preambular.

Dentre os constituintes que se manifestaram a favor de manter a proteção de Deus, tiveram diversos fundamentos, destacando-se:

a) “recusar a proteção de Deus é querer negar a fé que todo o povo brasileiro testemunha e invoca”, sendo falso o argumento “de que se pode dispensar esta invocação em respeito aos incrédulos, ateus, céticos ou infiéis”; (Diário da ANC (“C”) - constituinte Daso Coimbra)

b) apesar de já ter votado, em outras ocasiões, pela “exclusão de qualquer referência a Deus”, “mudo” o voto para não “desrespeitar um sentimento deísta e religioso do povo brasileiro”; (Diário da ANC (“C”) - constituinte Roberto Freire)

c) “faz justiça a toda nossa formação cristã”, evocando “aquela mensagem extraordinária do Evangelho, aquele testemunho que estabelece: ‘quando estiverem reunidas em Meu nome, duas ou mais pessoas, eu ali estarei’”; (Diário da ANC (“C”) - constituinte José Maria Eymael, p. 860)

d) “a fé cristã é predominante na sociedade brasileira”; (Diário da ANC (“C”) - constituinte Aluizio Campos, 1988, p. 879)

e) “Ninguém pode tirar o sentimento místico do povo brasileiro”; (Diário da ANC (“C”) - constituinte Lysâneas Maciel, 1988 p. 856)

f) a Nação é “totalmente cristã” e “o sentimento de respeito a Deus vai nos trazer a sabedoria, humildade, bom-senso e prudência que só Deus pode colocar em nossas vidas”; (Diário da ANC - constituinte Roberto Augusto)

g) “a maioria do povo brasileiro, como nós, invoca o nome de Deus”, sendo que há “uma profunda ligação entre invocar o nome de Deus e a

participação popular”, pois “Ninguém mais do que Cristo se preocupou com os humildes, com os pobres e com aqueles que não tinham as dádivas que só os grandes possuem”; (Diário da ANC - constituinte Brandão Monteiro)

h) os comunistas “não aceitam a ideia de que Deus possa existir, de que Deus possa ser respeitado”, sendo o Brasil “a maior Nação cristã do mundo”; (Diário da ANC - constituinte Fausto Rocha, p. 6634)

i) as “ideias de liberdade, justiça, fraternidade e solidariedade, na alma, no conceito e na linguagem das nações” desembocam “em um vocábulo que em todas as línguas acaba por traduzir-se em poucas, mas profundas e eternas letras: Deus”, sendo certo que “a própria alma da Nação brasileira [é], na sua maioria absoluta irmanada no sentimento de cristandade”. (Diário da ANC - constituinte José Maria Eymael)

Dessa forma, entende-se que a citação de Deus no preâmbulo, mantida pelos constituintes, tem o objetivo de traduzir o reconhecimento estatal da existência de Deus e do poder que Ele tem para proteger toda a nação. Portanto, não é só uma questão de respeito de crença com a maioria do povo brasileiro, mas a vontade que o Estado minifesta de estar sob a proteção de Deus.

CONCLUSÃO

Tendo percorrido um longo período da história do Brasil e analisado as suas constituições, evidencia-se a adoção do princípio da laicidade do Estado, o qual segue também a maioria dos Estados mundiais, que não querem que política e religião se confundem, nem que as decisões políticas, jurídicas e administrativas sejam atreladas a uma religião oficial, de tal modo a permitirem ao povo ter sua crença e liberdade de manifestar publicamente a sua religião, sem repreensão ou limitação por parte do Estado impondo respeito igual aos que não manifestam publicamente a sua crença e até mesmo aos que não creem, os ateus ou agnósticos.

Merece destaque a abertura que a Constituição Federal oferece acerca da colaboração recíproca de interesse público, na forma da lei, contido no art. 19, I, da CF de 1988. No Brasil, diversas iniciativas de religiões, sobretudo relacionadas a obras de caridade e assistenciais a idosos, crianças e adolescentes, doentes, imigrantes e prisioneiros, como por exemplo a iniciativa da Igreja Católica da Pastoral da Criança que presta serviço à população carente, contando com o apoio do Estado para o desenvolvimento de suas ações. Há também iniciativas próprias do Estado de pedir a colaboração da Igreja, como é o caso do *Amicus Curie*, solicitando a opinião no julgamento ou elaboração de alguma norma, como foi o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 julgado pelo STF, que pediu a opinião da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, da Igreja Católica) sobre a interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

O Brasil é considerado um país laico e não a-religioso ou ateu. Seja por respeito aos costumes, ou explicitado em leis, é garantido o direito de crer, não crer e praticar sua religião de acordo com suas convicções, sem ferir os bons costumes e respeitando o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. Ed. Saraiva. Tomo I. São Paulo, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). In: Vade Mecum Saraiva. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1984). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso: 12/05/2017.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "C"). Pronunciamento do constituinte Aluizio Campos. Quarta-feira, 27 de janeiro de 1988.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Pronunciamento do constituinte Brandão Monteiro. Quinta-feira, 28 de janeiro de 1988.

RACHEL, Andrea Russar. Brasil: a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988>. Acesso: 15/04/2017.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam. A Laicidade Estatal no Direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_maio2008/convidados/con6.doc. Acesso: 18/04/2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª edição. Ed Malheiros, 2008. São Paulo. (Arrumar)

SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado. Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2855, 26 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18975>>. Acesso em: 10 maio 2017.

ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Joana_Zylbersztajn_TESE_Corrigido.pdf. Acesso: 10/04/2017.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

JOÃO PAULO FERREIRA MENDES: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Advogado e Professor.

RESUMO: Pretende-se, aqui, expor os principais fundamentos para a alteração, pela segunda vez, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à possibilidade de execução provisória da pena, no *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual foi relator o Ministro Teori Zavascki. A par disso, a finalidade é analisar se as razões invocadas estão revestidas de constitucionalidade, através do apertado estudo dos princípios da presunção da inocência e da não culpabilidade. Cumpre esclarecer ainda que, embora a referida decisão em HC não tivesse efeito vinculante, representou o pontapé inicial para que a admissão da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ganhasse status de repercussão geral na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246. Da mesma forma confirmada, pela maioria, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44. Por fim, foi possível entrever que a discussão está a longos passos de findar-se.

Palavras-chaves: execução provisória da pena; constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.1 – Considerações iniciais. 2. Os princípios da presunção da inocência e da não-culpabilidade – 3. Os principais fundamentos invocados no julgamento do HC 126.292/SP – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Conforme será visto, o objetivo com este artigo é destrinchar, embora sem esgotar todas as nuances, os fundamentos utilizados pelos Ministros vencedores, em 17/02/2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual ficou estabelecida a seguinte tese:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.

A referida ementa causou uma importante reviravolta na jurisprudência dominante da Suprema Corte e traz impactos diretamente sobre o processo penal, mormente porque, à uma primeira e superficial impressão, desobedece um princípio constitucional caro. Por isso, é importante debruçar-se sobre a *ratio decidendi* dos Ministros vencedores.

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, prevaleceu o entendimento de que era possível a pena ser executada de forma antecipada, ou seja, após a condenação do acusado por um Tribunal de 2º grau, mormente pelo fato de que o Código de Processo Penal não confere efeito suspensivo aos recursos extraordinários, no seu artigo 637, segundo o qual “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença*”.

Nesse diapasão, tem-se que, já no ano de 1991, no Supremo Tribunal Federal prevalecia referido entendimento (HC 68.726, Relatora: Min. Néri da Silveira), assentando-se que a ordem de prisão antes de sentença penal condenatória transitada em julgada não conflitava com o princípio da presunção da inocência. Assim reverberou até o ano de 2007, em que, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal foi firme no sentido da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, nos casos em que os recursos pendentes de julgamento não tivessem efeito suspensivo (STF, 1ª Turma, HC 91.675/PR).

Portanto, defendia-se a legitimidade da execução da pena como efeito de decisão condenatório recorrível. Até que, em 2009, todavia, através do Pleno do Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, tendo em vista o inciso LVII, artigo 5º, da CRFB/88, cujo

conteúdo dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Do mesmo modo, justificou-se a referida alteração em respeito à Lei de Execução Penal, a qual condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como em razão do desequilíbrio entre a pretensão estatal punitiva e os direitos do acusado, fundamentos que se sobrepõem ao disposto no Código de Processo Penal.

Com isso, aos acusados em geral foi assegurada a garantia de somente cumprir pena depois de esgotadas todas as instâncias recursais com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em obediência direta ao princípio da presunção da inocência.

O cenário novamente se inverteu, entretanto, em 17 de fevereiro de 2016, quando então a Ministra Rosa Weber, juntamente aos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski foram vencidos no julgamento do HC 126.292/SP, sob relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, ficando estabelecido na Suprema Corte o entendimento referente à possibilidade da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, aduzindo que não há o comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência.

Notadamente, a referida decisão em HC não estava revestida de efeito vinculante, todavia representou o pontapé inicial para que a admissão da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de acórdão condenatório, ganhasse status de repercussão geral na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, onde foi reafirmada a “nova” tese dominante, consolidando-se a jurisprudência da Suprema Corte.

Outrossim, perdeu o objeto as Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, propostas respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da OAB, as quais pretendiam o reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do art. 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual *“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença*

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

2. OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DA NÃO CULPABILIDADE

Na Convenção Americana de Direitos Humanos está previsto o princípio da presunção de inocência no art. 8º, § 2º, que diz "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

A Constituição da República Federativa Brasileira, por sua vez, traz em seu bojo o chamado princípio da não culpabilidade, no art. 5º, inc. LVII, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Embora esses princípios sejam naturalmente referidos como idênticos, há uma visível distinção entre eles. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, o limite temporal da presunção de inocência é o momento em que fica legalmente comprovada a culpa do acusado, que, segundo uma leitura sistemática do tratado, é o momento em que é exercido o direito ao duplo grau de jurisdição.

Quer dizer que, no devido processo legal, é garantido ao acusado a presunção de inocência até que exerça o duplo grau de jurisdição, no caso de ser considerado culpado por um Tribunal.

Enquanto isso, o limite temporal estampado na Carta Magna, de forma expressa, é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Feitas essas considerações, é possível defender que, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado não é uma aberração jurídica. A uma, porque por muitos anos prevaleceu essa possibilidade. A duas, porquanto um tratado internacional de direitos humanos não exige a condição temporal do trânsito em julgado.

Além disso, calha mencionar que a presunção da inocência é um direito fundamental processual de âmbito negativo. É um princípio, não uma regra. Portanto, perfeitamente passível de ser enxugado em detrimento de outros princípios a partir de um sopesamento. Nesse sentido, os ensinamentos do

professor Marcelo Novelino, ao analisar a definição de Robert Alexy sobre os princípios (2015, p. 130):

Os princípios fornecem apenas razões provisórias (prima facie) para as decisões, ou seja, razões aceitas em um primeiro momento, mas que dependem de verificações subsequentes, em face de outras razões fornecidas por princípios opostos, para serem acolhidas de forma definitiva.

É justamente essa linha de raciocínio que os Ministros adotaram em seus votos no HC 126.292/SP, o que analisaremos a seguir.

3. OS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS INVOCADOS NO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

No julgamento, foram a favor da mudança de entendimento os Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Barroso, Dias Toffoli, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia. Tiveram, portanto, os votos vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Lewandovski e a Ministra Rosa Weber.

O relator, Teori Zavascki, em seu voto, asseverou para o fato de que resta superada a presunção de inocência após a revisão da matéria pelo Tribunal de segundo grau. Neste, os fatos e provas da causa são submetidos, definitivamente, a exame. Consequentemente, é na concretização do duplo grau de jurisdição que se fixa a responsabilidade criminal do acusado, havendo uma espécie de preclusão da matéria fática e probatória da ação penal. Trouxe à discussão, ainda, a observação da Min. Ellen Gracie de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Zavascki, de forma decidida e bem fundamentada, atentou para o fato de que “os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado” e que a extensa gama de recursos protelatórios que são levados às instâncias superiores “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não

culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Corroborando, o Ministro Edson Fachin atentou para a necessidade de não se dar à regra constitucional da presunção de inocência um caráter absoluto, tendo em vista que, se assim o fosse, “teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significa dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada a concordância do apenado”.

Cabe mencionar dois momentos em que Fachin brilhantemente defender a possibilidade da execução provisória da pena:

“se afirmarmos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias (...) há instrumentos processuais eficazes, tais como as medidas cautelares para conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários, bem como o habeas corpus”

Para acrescentar, o Ministro Barroso defendeu, de forma digna de se refletir, dentre outros motivos, que a execução provisória da pena possibilita um grau de seletividade republicado e igualitário, bem como reduz os incentivos aos crimes de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena e, ainda, promove a quebra do paradigma da impunidade.

Asseverou para o fato de que a prevalência da vedação ao cumprimento de pena ainda depois de um acórdão confirmatório condenatório, trouxe consequências negativas, como o poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; reforçou a seletividade do sistema penal, na medida em que

os mais riscos são quem têm condições de contratar advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade, justificando a reeleitura.

Agarrou-se à defesa de que a possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segundo grau confirmatória, trata-se de uma mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.

Pois bem. Para não tornar a discussão enfadonha com a transcrição de dos votos, é preciso ressaltar os pontos mais fortes da motivação dos Ministros. O mais relevante deles é a reflexão acerca do alcance do princípio da presunção da inocência e até que ponto ele pode ser colocado em um pedestal em detrimento da efetividade da função jurisdicional penal, que, segundo Zavascki, “deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Por fim, vale anotar que, depois de esgotado o duplo grau de jurisdição, segundo Barroso, em seu voto:

“os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância”. Ademais, tais recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo (v. art. 637 do CPP e art. 1.029, § 5º, CPC/2015, aplicável subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º, do CPP)”

Pelo exposto, é possível entrever uma tendência a se prestigiar a prestação jurisdicional, sobretudo porque a sociedade vive há muitos anos uma irreparável sensação de impunidade. Necessário afirmar, ainda, que a Constituição não

condiciona a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas sim a culpabilidade do acusado, devendo-se permitir a execução provisória da pena.

4. CONCLUSÃO

Contentes ou não, certo é que a mudança de entendimento da Suprema Corte possui agora efeito vinculante, devendo ser aplicada nos processos das demais instâncias.

Acerca da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena, ficou mais do que demonstrada a sua legitimidade, tanto por motivos jurídicos legais quanto pelas razões pragmáticas.

Ao buscar compreender os motivos da mudança de posicionamento, forçoso reconhecer a necessidade da aplicação da execução provisória das penas a fim de atender à necessidade de se obter a efetivação da prestação jurisdicional penal e da justiça criminal.

Desse modo, como ficou demonstrada, a execução provisória da pena não é uma ofensa ao princípio da presunção da inocência, menos ainda ao princípio da não culpabilidade, mas sim uma conclusão com fortes e caros fundamentos à sociedade.

Entretanto, por ser uma decisão ainda muito controvertida, algumas mudanças ainda podem surgir. Nesse sentido, é possível citar a recente decisão do Ministro Marco Aurélio, em uma decisão no exame de liminares nos *Habeas Corpus* 138.086, 138.088 e 138.092 referentes a um mesmo processo, porém com diferentes acusados. Nela, o Ministro afastou a execução provisória da pena, tendo em vista que a execução da pena após condenação por Tribunal em segundo grau somente se aplica aos casos em que o acórdão confirma integralmente a sentença. Se houver qualquer reforma ou adição, não é impositiva a execução provisória da pena.

Diante disso, embora defendida de forma consistente, à execução provisória da pena ainda estão reservados muitos debates e decisões, restando a todos atenção para os novos imbróglios.

5. REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.824 p.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** - 10. ed. rev., amp. E atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

“ARE 964246 - recurso extraordinário com agravo”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=964246&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

“HC 126292/SP”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

AS LIMITAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL PELA PRERROGATIVA DE FORO DO INVESTIGADO EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

BRUNO DE UGALDE MELLO: Advogado, formado pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

Resumo: O presente artigo pretende estabelecer considerações a respeito da investigação policial e o do instituto do indiciamento em contraponto com as limitações estabelecidas na fase preliminar pelo foro por prerrogativa de função. Para tanto, recorreu-se à doutrina e às recentes decisões dos Tribunais Superiores. Utilizou-se do método dedutivo e dividiu-se o estudo em dois capítulos: o primeiro aborda a instauração do inquérito policial e o ato do indiciamento, bem como as características de ambos os institutos. Em um segundo capítulo, estuda-se a temática do foro privilegiado, bem como os seus efeitos no processo e principalmente as limitações que incidem na fase investigativa, conduzida pelo Delegado de Polícia, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: inquérito policial; indiciamento; limitações; foro privilegiado; jurisprudência.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações Gerais Sobre a Investigação Policial e o Indiciamento. 3 As Limitações da Investigação Policial Pela Prerrogativa de Foro Privilegiado do Investigado. 4 Conclusão. 5 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

No Direito Processual Penal existem basicamente dois sistemas processuais com características claramente distintas, e um terceiro sistema que resulta de uma mescla desses dois primeiros.

Pelo sistema inquisitorial, o processo segue um rito rigoroso, secreto e escrito. Adotava a tortura como principalmente meio de prova, sem observar o contraditório, uma vez que as funções de acusar, defender e julgar eram concentradas na figura de um *juiz inquisidor*.

Por outro lado, o sistema acusatório é caracterizado pela separação das funções de acusar, defender e julgar, primando pela oralidade e publicidade dos atos praticados e pela oportunidade das à atividade probatória. Neste sistema o julgador assumia uma posição passiva e o seu poder instrutório é exceção. A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 adotou o sistema acusatório.

No Brasil, a persecução criminal para a apuração de infrações penais e sua autoria é dividida em duas grandes etapas. A primeira etapa é a investigação criminal e a segunda é denominada de fase processual.

Cada um dessas etapas é regida por seus respectivos princípios e regras, que ora lhes são particulares, ora são comuns a ambas as etapas.

A investigação criminal é uma fase preliminar e com características inquisitivas, que pode se dar de maneiras diversas, como o inquérito policial, o procedimento investigativo criminal, a verificação preliminar de informações, termo circunstanciado de ocorrência ou outro procedimento previsto em lei. Essa investigação criminal, preliminar, poderá até mesmo ser dispensada, caso os indícios de autoria e materialidade, bem como as circunstâncias de eventual infração penal já estejam apurados.

Como veremos, em regra, a autoridade responsável pela condução das investigações é livre em sua discricionariedade regada para assumir, sem ingerências externas, as diligências que considerar necessárias para a elucidação dos fatos e da autoria. Entretanto, existem alguns indivíduos, pela posição estatal que ocupam, detêm certas prerrogativas que podem tolher a autonomia das investigações pela autoridade ordinariamente responsável.

No presente trabalho trataremos especificamente das limitações da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia que ocorrem por conta do cargo do indivíduo que está sendo investigado.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A INVESTIGAÇÃO POLICIAL E O INDICIAMENTO

Segundo Tourinho Filho, inquérito policial é o “conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”^[1]. O inquérito tem a função de fornecer elementos para subsidiar eventual ação penal, que será posta em juízo pelo seu titular, seja o Ministério Público, nos casos de ação penal pública, seja o ofendido, nos casos de ação penal privada. O inquérito subsidiará a instauração da fase processual.

O inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento administrativo preliminar de caráter informativo e rege-se subsidiariamente pelas regras dos atos administrativos em geral^[2]. Isto significa que os elementos dos atos administrativos – forma, competência, finalidade, motivo e objeto –, bem como os seus atributos – presunção de legitimidade, autoexecutoriedade, tipicidade e imperatividade –, a depender do caso, são aplicáveis ao inquérito policial. A subsidiariedade mencionada decorre de que tais elementos e atributos devem ser compatibilizados com o disposto no Código de Processo Penal e na legislação de trata desta fase persecutória.

Como dito, o inquérito policial possui algumas características e atributos que lhe são próprios, os quais apenas citaremos, vez que tal aprofundamento não é objetivo do presente trabalho. O inquérito policial é um procedimento inquisitivo, discricionário, sigiloso, escrito, unidirecional, temporário, indisponível e dispensável, dotado de oficiosidade, autoritariedade e oficialidade.

Essas características remetem que o inquérito seja presidido por uma autoridade pública (autoritariedade), que constitui um órgão oficial do Estado (oficialidade). O inquérito policial é presidido e conduzido pela Autoridade de Polícia, isto é, pelo Delegado de Polícia, conforme dispõe o §4º do art. 144 da Constituição Federal:

Art. 144, § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.^[3]

Salienta-se é plenamente possível a coexistência de outros procedimentos de caráter investigativo conduzidos por outras autoridades que não o Delegado de

Polícia, tais como o procedimento investigativo preliminar, conduzido por membro do Ministério Público; as Comissões Parlamentares de Inquérito; processos administrativos disciplinares e etc.

A diferença é que o inquérito policial, por assim ser denominado, é capitaneado pelo Delegado de Polícia. Portanto, todos os atos praticados nos autos inquérito serão autorizados e realizados, salvo cláusulas de reserva de jurisdição, pela Autoridade de Polícia, a quem caberá a condução do respectivo procedimento.

Os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal listam uma série de diligências de podem ou devem ser realizadas pelo Delegado de Polícia no curso das investigações, veja-se:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; [\(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994\)](#)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; [\(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994\)](#)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. [\(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016\)](#)

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.[\[4\]](#)

No evoluir do inquérito policial, conforme o transcurso das diligências realizadas e a obtenção de provas da materialidade e indícios da autoria de determinada infração penal, constitui-se lastro probatório suficiente para a individualização da investigação em face de determinado indivíduo, suposto autor da infração. Neste momento toma corpo o instituto do indiciamento.

Renato Brasileiro refere que o indiciamento é *“O indiciamento é o ato resultante das investigações policiais por meio do qual alguém é apontado como provável autor de um fato delituoso.”*[\[5\]](#)

Segundo Guilherme de Souza Nucci, indiciamento é ato vinculando, que deve ser fundamentado em provas, pelo qual a autoridade policial realiza a individualização do suspeito da autoria de determinada infração penal, colhendo seus dados e determinando o registro na sua folha de antecedentes[\[6\]](#).

Por sua vez, Aury Lopes Júnior, citando MORAES PITOMBO dispõe que o indiciamento é resultado do encontro de um feixe de indícios convergentes em detrimento de determinado indivíduo, declarando a autoria provável da prática de suposta infração penal^[7].

Nestor Távora refere que indiciamento é:

“a informação ao suposto autor a respeito do fato objeto das investigações. É a cientificação ao suspeito de que ele passa a ser o principal foco do inquérito. Saímos do juízo de possibilidade para o de probabilidade e as investigações são centradas em pessoa determinada”^[8]

Diante da conceituação apresentada pela mais abastada doutrina, podemos confluir que o indiciamento é o ato pelo qual o Delegado de Polícia científica e direciona a investigação criminal expressamente a determinado indivíduo, que deixa o “status” de suspeito para adquirir uma condição de “indiciado”, e a inquérito policial passa, de um juízo de mera probabilidade, para um juízo de verossimilhança.

Durante muitos anos o indiciamento padecia de maiores referências legislativas. Só em 2013 a lei n.º 12.830 foi editada no intuito de dispor a respeito da investigação conduzida pela Autoridade Policial, e timidamente tratando do indiciamento no §6º do art. 2º.

Art. 2º, § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.^[9]

Segundo o dispositivo, o indiciamento dar-se-á mediante análise técnico-jurídica do fato e é ato privativo do Delegado de Polícia. Portanto, caberá ao Delegado de Polícia, privativamente, promover o indiciamento durante o IP, não se subvertendo a requisições do MP ou do Juiz nesse sentido. A doutrina prevalente sempre ressonou neste sentido antes do advento da referida legislação.

Isto não significa que a Autoridade de Polícia poderá não atender às requisições judiciais ou ministeriais para a instauração de investigações. A abertura

de inquérito não implica necessariamente de indiciamento, são atos diferentes e se prestam a finalidades distintas. Nada impede que o Delegado de Polícia instaure investigação por conta de requisição, mas que entenda pelo não indiciamento do investigado. Nestes casos, não haverá requisição que obrigue a Autoridade Policial à realização do indiciamento, pois, como vimos, o indiciamento é ato privativo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito:

“ (...) 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.”[\[10\]](#)

Avançando-se sobre o conceito legal, percebemos que o indiciamento “dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. Em outras palavras, o Delegado de Polícia deverá aventar os elementos de informação já obtidos no curso da investigação para que, fundamentadamente, possa convergir a investigação em face de determinado indivíduo.

Segundo Norberto Avena,

“O indiciamento não exige a comprovação do envolvimento do indivíduo na prática criminosa, o que será objeto de apuração no curso da instrução criminal, após o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime. (...) é suficiente que haja indicativos da sua responsabilidade pelo cometimento do fato investigado. Sem embargo, condiciona-se à existência de prova de materialidade da infração.”[\[11\]](#)

Essa necessidade de fundamentação decorre também dos elementos dos atos administrativos. A forma é o requisito do ato que demanda uma fundamentação ou motivação.

O ato do indiciamento irradia seus efeitos de forma endoprocessual e extraprocessual. Dentro do processo o indivíduo passa a ser denominado “indiciado” – atributo que carrega maior probabilidade de autoria de suposta infração penal –, além disso, o indiciamento é antecedente lógico, mas não necessário (inquérito policial é dispensável), para que o agente assuma o pólo passivo de eventual fase processual. Segundo Nestor Távora, como efeito extraprocessual, o indiciamento aponta para a sociedade quem é o provável sujeito ativo do delito que se investiga^[12].

Deste modo, uma vez analisado o conceito e os efeitos do indiciamento, fica evidente a distinção do ato de abertura das investigações. O indiciamento dar-se-á por ato fundamentado, privativo do Delegado de Polícia, mediante análise técnico-jurídica do fato e devidamente fundamentada. É passível de incorrer em constrangimento ilegal. A abertura das investigações, por sua vez, pode se dar por portaria da Autoridade Policial, por requisição do Juiz ou do membro do MP, por auto de prisão em flagrante delito e até mesmo pela conversão do termo circunstanciado, caso as particulares do caso necessitem maiores diligências investigatórias.

Ambos os institutos podem sofrer limitações quando a investigação for de autoridades com foro privativo em determinados tribunais. Essas limitações vão depender do cargo ocupado pelo investigado, bem como do Tribunal competente.

3 AS LIMITAÇÕES DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL PELA PRERROGATIVA DE FORO PRIVILEGIADO DO INVESTIGADO

Não são poucas as limitações pelas quais os Delegados de Polícia estão sujeitos quando da condução do inquérito policial. Dentre elas, podemos citar a impossibilidade de indiciamento após o recebimento da denúncia; as medidas que estão sujeitas a cláusulas de reserva de jurisdição, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica; a prerrogativa de foro de determinadas autoridades, disposições do Estatuto da Magistratura e a Lei Orgânica do Ministério Público; dentre diversas outras limitações.

Abordamos, neste trabalho, apenas as limitações que decorrem da prerrogativa de foro privativo do investigado.

Inicialmente, analisaremos a questão da investigação policial de membros Magistratura e do Ministério Público que, apesar de possuírem foro privilegiado, as limitações decorrem da legislação da respectiva carreira.

A lei ordinária n.º 8.625/93 e a lei complementar n.º 35/79 tratam, respectivamente da Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) e do Estatuto da Magistratura. Essas leis referem expressamente sobre o procedimento quando, no curso de investigação houver indício de prática de infração penal por membro do Ministério Público ou da Magistratura. Vejamos:

Art. 41 da lei n.º 8.625/93. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

(...)

II - não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

(...)

Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.^[13]

Art. 33 da lei complementar n.º 35/79. São prerrogativas do magistrado:

(...)

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do

magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

(...)

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.[\[14\]](#)

Quando no curso de determinada investigação conduzida pelo Delegado de Polícia surgirem indícios de que a infração tenha sido praticada por membro do Ministério Público, conforme o art. 41 da lei n.º 8.625/93, o responsável deverá remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que assumirá a investigação e será o responsável pelo seu prosseguir.

Igualmente, o parágrafo único do art. 33 do Estatuto da Magistratura refere que quando houver indícios da prática de uma infração penal por Magistrado, o Delegado de Polícia deverá remeter a investigação para o Tribunal competente para o julgamento desta autoridade.

Assim, por expressa determinação legal das respectivas leis das carreiras, cessa a possibilidade da Autoridade de Polícia que presidente o inquérito policial prosseguir nas investigações de membro do Ministério Público ou Magistrado. Por consequência, não se admitirá que o auto de prisão em flagrante seja lavrado pelo Delegado de Polícia.

Deste modo, concluímos que todos os atos de investigações em face de membros do *Parquet* e da Magistratura deverão ser realizados, respectivamente, pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Tribunal competente.

Foro privilegiado ou foro por prerrogativa de função, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nada mais é do que a ascendência para julgamento. Isto é, algumas autoridades, em razão da importância do cargo ou da função que desempenham, serão julgadas originariamente perante tribunal, em uma interface de tratamento entre os Poderes^[15].

As regras de competência estão delineadas principalmente na Constituição Federal e em algumas legislações ordinárias, que deverão ser compatíveis com a Magna Carta. Veja alguns exemplos, sem qualquer pretensão de exaurimento: Presidente da República, Senadores e Deputados Federais, nas infrações penais comuns, possuem foro privilegiado no STF (art. 102, I, *b* da CRFB/88); os Governadores dos Estados e do DF, membros dos TCEs e membros dos Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e do Trabalho, possuem foro no STJ (art. 105, I, *a* da CRFB/88); os Prefeitos Municipais serão julgados, nos crimes comuns, perante os Tribunais de Justiça do respectivo estado-membro (art. 29, X da CRFB/88); juízes federais e membros do Ministério Público da União (art. 108, I *a* da CRFB/88); dentre outros.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho,

os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

X - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça; [Renumerado do inciso VIII, pela Emenda Constitucional nº 1, de 1992](#)

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;[16](#)

Uma análise superficial e imobilizada do texto constitucional poderia levar à conclusão de que a prerrogativa de função se restringiria à fase processual, sem repercussão na esfera investigativa. Entretanto, este não é o posicionamento da doutrina e da atual jurisprudência dos tribunais superiores, que entendem que, a depender da autoridade e do Tribunal competente, a prerrogativa funcional gerará reflexos diferentes nesta fase investigativa.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que as investigações de autoridades que possuam foro por prerrogativa na respectiva Corte só poderão iniciar ou prosseguir com a autorização deste Tribunal. A competência originária do STF por conta da prerrogativa de função é estendida, de forma implícita, à fase investigativa.

Segundo Márcio André Lopes Cavalcante:

“Se fosse permitido que tais autoridades pudessem ser investigadas pela autoridade policial ou pelo MP sem a supervisão do STF, haveria um enfraquecimento, uma mitigação, da garantia conferida pelo foro por prerrogativa de função. Em outras palavras, continuaria havendo riscos de perseguições políticas e instabilidade institucional se as autoridades pudessem ser investigadas sem o controle do STF.”[\[17\]](#)

Este entendimento é extraído de decisão paradigmática do Plenário do STF, no Inq 2411 QO, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 10/10/2007. No julgado, o ministro traz algumas premissas que devemos ser consideradas.

Inicialmente, diferencia-se o “inquérito policial em geral”, previsto nos art. 4º ao art. 23 do CPP, do “inquérito originário”, de competência originária do STF, que deve ser processado na forma do art. 102, I, b da CRFB/88 e dos art. 230 ao art. 234 do Regimento Interno do STF.

Portanto, nestes “inquéritos originários”, em que há a prerrogativa de função perante do STF, para que a investigação se inicie ou prossiga deve haver a autorização da Suprema Corte.

Apesar de existir certa polêmica, prevalece que os autos desta investigação tramitarão no respectivo Tribunal, que realizará uma verdadeira supervisão judicial das atividades investigativas.

Esta supervisão judicial não significa a observância dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa nesta fase da persecução, que não perde seu caráter inquisitivo. A 2ª Turma do STF, no Inq 3387, em 15 de dezembro de 2015, já decidiu nesse sentido:

(...) 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes.

2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do

feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos.

3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal.

4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (HC nº 93.767, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 1º/4/14).

5. Agravo regimental não provido. [\[18\]](#)

Desta forma, podemos concluir que quando surgirem indícios de infração penal cometida por autoridades com prerrogativa especial no Supremo Tribunal Federal, o órgão responsável pela investigação deverá remeter os autor ao Tribunal, onde irá tramitar sob tal supervisão judicial. Além disso, permanecerão todas as características da investigação, em especial a ausência do contraditório e da ampla defesa, típicos da fase processual.

Existem outras autoridades com foro privilegiado em outros órgãos, tais como o Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. A manifestação judicial desses casos nem sempre chega ao âmbito do STF, uma vez que comumente não há afronta a disposições constitucionais e nem a competência desta Corte. Por isso, dar-se-á maior importância aos julgados de outros tribunais, em especial ao STJ.

O Ministro Ribeiro Dantas do STJ, no RHC 77.518 de 17 de março de 2017, decidiu pela desnecessidade de autorização do Tribunal em que o investigado detém a prerrogativa funcional para o prosseguir investigação criminal, seja ela conduzida pela Autoridade Policial, seja pelo *Parquet*:

“Nas hipóteses de haver previsão de foro por prerrogativa de função, seja por disposição do poder constituinte, do constituído reformador ou decorrente, pretende-se apenas que a autoridade, em razão da importância da função que exerce, seja processada e julgada perante foro mais restrito, formado por julgadores mais experientes, evitando-se pois persecuções penais infundadas. Da prerrogativa de função, contudo, não decorre qualquer condicionante à atuação do Ministério Público, ou da autoridade policial, no exercício do mister investigatório, sendo, em regra, despicienda a admissibilidade da investigação pelo Tribunal competente.”[\[19\]](#)

No mesmo sentido, em novembro de 2016, o Ministro do STJ Reynaldo Soares, no REsp 1563962, considerou que prescinde-se da autorização do Tribunal de Justiça do estado-membro para investigar autoridade com foro privativo deste Tribunal:

“No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o Tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá à investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no Código de Processo Penal, a qual, reitera-se, não requer prévia autorização do judiciário.”[\[20\]](#)

Logo, percebemos que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é alinhada à doutrina de que a investigação de autoridades com prerrogativa de foro não depende de quaisquer autorizações do órgão jurisdicional competente para processo. Ressaltamos que haverá tal necessidade, por óbvio, nos casos de medida

sujeita a reserva de jurisdição, como a determinação de interceptação telefônica e decretação de medidas cautelares pessoais.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, analisando a questão de investigação criminal em face de Prefeito Municipal na Questão de Ordem na Ação Penal n.º 912, de relatoria do Ministro Luiz Fux, e considerando que o investigado detém foro privilegiado estabelecido da CRFB/88 perante o Tribunal Regional Federal, para os casos de crimes federais, ressaltou na fundamentação de decisão que houve nulidade da investigação por usurpação da competência do referido Tribunal.

“(...) 5. Concessão de ordem de habeas corpus para determinar o imediato trancamento da ação penal quanto ao réu detentor de prerrogativa de foro junto a esta Corte, tendo em vista a ausência de justa causa e a inépcia da denúncia quanto à individualização da sua conduta na prática em tese, criminosa. Obiter dicta do entendimento do Relator, que acolhia, preliminarmente, a tese da nulidade da investigação quanto ao ex-Prefeito, por violação de competência do Tribunal Regional Federal para autorizar a instauração de inquérito envolvendo titular de prerrogativa de foro, à luz do disposto no art. 5º, LIII, c/c art. 29, X, da Constituição Federal. Neste sentido, concluía no sentido da aplicabilidade, in casu, do entendimento firmado no julgamento da AP 933-QO, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 03/02/2016, e, por extensão, da jurisprudência firmada a partir do julgamento do Inq. 2411-QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 24/04/2008. (...)”[\[21\]](#)

Desta forma, analisando as decisões expostas, podemos concluir que há notável divergência no entendimento do STF e do STJ quanto à necessidade ou não de autorização e tramitação dos autos da investigação no Tribunal competente em razão da prerrogativa funcional do investigado.

4 CONCLUSÃO

Concluimos que, quando a prerrogativa funcional for no STF, a investigação deverá tramitar nesta Corte, conforme o próprio entendimento reiteradamente exposto. Nesse ponto, o STJ não tem qualquer ingerência, pois não detém de competência a dispor a respeito. Por outro lado, quando o foro privativo for em outros tribunais, o STF ainda entende pela imprescindibilidade de supervisão judicial (AP 912), ao passo que o STJ manifesta a desnecessidade de autorização e supervisão judicial (RHC 77.518 e REsp 1563962).

Esta necessidade ou não da autorização repercute, por desdobramento lógico no instituto do indiciamento que, apesar de ser privativo do Delegado de Polícia, nos casos de supervisão judicial das investigações, dependerá de autorização do respectivo tribunal, limitando a atuação da Autoridade Policial.

Com a devida vênia aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, alinhamos nosso pensar de acordo com as decisões do STJ, uma vez que a perseguição criminal no Brasil é claramente bifurcada em duas etapas, uma etapa preliminar de caráter investigativo e uma segunda de caráter processual, com todas as características e princípios que são inerentes a cada uma delas.

Ademais, vige no Brasil o sistema acusatório, e permitir a participação e a ingerência do judiciário em fases investigatórias implicaria em sérios riscos até mesmo à defesa do então acusado no processo, vez que o seu julgador já teria tido contado prévio com os elementos indiciários de sua responsabilidade criminal.

Seja o Delegado de Polícia, seja o membro do Ministério Público, quem conduzir as investigações deve ser plena autoridade e discricionariedade em tal mister, reservando-se ao Judiciário as medidas que realmente demandam sua manifestação, compatibilizando-se assim com a essência de um verdadeiro sistema acusatório.

5 BIBLIOGRAFIA

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

_____. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

_____. Lei Complementar n.º 25 de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

_____. Lei n.º 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

_____. Lei n.º 12.830 de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1563962/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65519368&num_registro=201502640769&data=20161116&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 02 de junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 77.518/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67855166&num_registro=201602779978&data=20170317&tipo=91&formato=HTML> Acesso em: 02 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 912, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523213>>.
Acesso em: 02 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 115015, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000214383&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 3387 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000303773&base=baseAcordaos>> Acesso em: 02 de junho de 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Investigação criminal envolvendo autoridades com foro privativo no STF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/093b60fd0557804c8ba0cbf1453da22f>>. Acesso em: 01/06/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury: “Direito processual penal” – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza: “Prática Forense Penal” – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, out./2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NOTAS:

[1] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 192.

[2] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2016.

[3] BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

[4] BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

[5] LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 111.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza: “Prática Forense Penal”, p. 33 – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, out./2014.

[7] LOPES JR., Aury: “Direito processual penal” – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

[8] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2016.

[9] BRASIL. Lei n.º 12.830 de 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 115015, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000214383&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

[11] AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado – 7ª ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 203.

[12] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2016.

[13] BRASIL. Lei n.º 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

[14] BRASIL. Lei Complementar n.º 25 de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

[15] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual pena – 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Podivm, 2016.

[16] BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2017.

[17] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Investigação criminal envolvendo autoridades com foro privativo no STF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/093b60fd0557804c8ba0cbf1453da22f>>. Acesso em: 01/06/2017

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3387 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2016 PUBLIC 26-02-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000303773&base=baseAcordaos>> Acesso em: 02 de junho de 2017.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 77.518/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67855166&num_registro=201602779978&data=20170317&tipo=91&formato=HTML> Acesso em: 02 de junho de 2017.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1563962/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65519368&num_registro=201502640769&data=20161116&tipo=51&formato=HTML>. Acesso em: 02 de junho de 2017.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 912, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 15-05-2017 PUBLIC 16-05-2017. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523213>>. Acesso em: 02 de junho de 2017.

PSICOPATIA FORENSE: PSICOPATA E O DIREITO PENAL

RENÉ GONÇALVES ESTRELA MAGNOLER:
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade
Brasil - Fernandópolis/SP.

Orientador: **André de Paula Viana**^[1]

RESUMO: A Psicopatia, termo que caracteriza os indivíduos psicopatas, pode ser entendida também como transtorno de personalidade antissocial, e pode ser facilmente reconhecida quando for analisar etapa por etapa dos crimes praticados por essas pessoas. Em nosso país, não se encontra uma lei específica para os casos que envolvem a psicopatia, então, nota-se, o despreparo da legislação brasileira para com este caso. Desse modo, surge o problema de descobrir qual a sanção penal adequada para a pessoa psicopata, os quais surgem as seguintes possibilidades: ou são julgados como imputáveis, onde terão penas privativas de liberdade, ou são considerados semi-imputáveis, onde poderão sofrer um abatimento na sua pena, previsto no art. 26 do Código Penal, ou poderá ser decretada a medida de segurança. O presente artigo aborda sobre a personalidade, física e mental do psicopata, e tenta abordar uma solução para o problema que a justiça possui sobre o caso, e tenta encontrar uma punição que melhor dará resultados para os psicopatas homicidas, evitando novas reincidências, podendo assim, salvar vidas.

Palavras-chave: Direito Penal. Psicopata. Sanção Penal. Personalidade. Psicopatia.

ABSTRACT: Psychopathology, a term that characterizes psychopathic patients, can also be understood as an antisocial personality disorder, and can be easily recognized when analyzing stage by stage of crimes committed by these people. In our country, it is not a specific law for cases involving psychopathy, so it is noted, the lack of preparation of Brazilian legislation for this case. In this way, the problem of discovery arises what is a penal sanction for a psychopath, who is the best option for the people who are seen as alternatives, or are judged as imputable, where they have custodial sentences, or are semi- Imputable, where in his penalty, provided in art. 26 of the Penal Code, or the security measure may be decreed. This article deals with the psychopath's personality, physical and mental, and tries to approach a solution to the problem that justice has on the case, and tries to find a better hurt

for results for the homicidal psychopaths, avoiding new relapses, Just like saving lives.

Key words: Criminal Law. Psychopath. Criminal Sanction. Personality. Psicopatia.

INTRODUÇÃO

Recentemente os crimes desumanos e bárbaros tem se tornado cada vez mais comum, e a primeira coisa que pensamos é que se trata de um criminoso cruel e extremamente perigoso, que não é um ser humano com discernimento normal, até mesmo para os criminosos comuns, e que sempre voltará a cometer as barbáries estando em liberdade.

Além do mais, é normal pensar que esse tipo de criminoso se trata de psicopatas, não se aprofundando mais em compreender o que significa a psicopatia.

A explicação da psicopatia – distúrbio de personalidade antissocial – é esclarecida das ciências associadas a área de saúde mental (psicologia, neurociência e psiquiatria), contribuindo com os agentes do Direito com informações para conceituar esses crimes em imputáveis, semimputáveis ou imputáveis, podendo assim decretar a pena apropriada a cada caso específico.^[2]

Os psicopatas não são ingênuos, eles tem a capacidade racional e cognitiva perfeita, quer dizer, sabem totalmente o que fazem, embora não possuem uma profundidade emocional muito boa, ou seja, não sentem afeto ou remorso.

Quanto ao método de abordagem teórico da pesquisa, esta será os de caráter exploratório e descritivo, posto que, através da observação das atuais formas de punição dadas aos psicopatas homicidas no Brasil e no mundo, procurar-se-á descrever, explicar, esclarecer e tentar descobrir novas soluções para o problema da punibilidade destes indivíduos no país. Ademais, utilizar-se-á, como coleta de dados para o desenvolvimento do tema, os procedimentos bibliográfico e de campo. Desse modo, o trabalho será alicerçado em fontes primárias (tais como legislação vigente, doutrina

e jurisprudência que tratem do assunto), bem como em fontes secundárias (como livros, artigos, revistas, publicações especializadas, entrevistas, reportagens realizadas pela imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet).

A escolha do presente tema se justifica, portanto, por questões de ordem social, uma vez que os efeitos negativos e desumanos decorrentes da prática homicida realizada por psicopatas atingem a sociedade como um todo, colocando em risco a integridade física de inúmeros brasileiros que podem ser os próximos alvos destes indivíduos. Em que pese as pessoas só passem a ter noção da gravidade deste transtorno quando algum homicídio praticado por um psicopata ganha as primeiras páginas dos jornais e destaque nos telejornais do país, impende salientar que estes assassinatos ocorrem todos os dias, em vários lugares do país e apenas poucos ganham destaques na mídia, o que gera a falsa impressão de que os números destes crimes não são tão alarmantes como na realidade o são.

1 PSICOPATA

Uma pessoa que possui a psicopatia possui um distúrbio psíquico, o que altera a forma como se interage com a sociedade, podendo comportar-se de formas ilegais e anti-social. Pode se entender que em sentido amplo, psicopatia é uma enfermidade que se origina de uma anormalidade no cérebro, e no sentido estrito, é muito parecido com psicose (uma doença cerebral que tem origem psicológica ou neurológica).^[3]

Na sua grande maioria, a psicopatia se concentra em pessoa masculinas, mas não é impossível encontrar uma mulher psicopata, mas tem característica diferentes das dos homens.^[4]

Esse distúrbio é qualificado como transtorno de personalidade e personalidade antissocial.^[5]

É comum pessoas que possuem psicopatia, mas em um nível mais leve, portanto, habitualmente não possuem um histórico traumático, todavia o distúrbio, que normalmente ocorre nos casos mais graves, como exemplos os serials killers, presume que esteja agregado a três fatores principais: Traumas

neurológicos, traumas (como abuso (sexual, físico), principalmente o infantil) e tendência genética.

É um erro muito comum as pessoas acharem que todos os psicopatas são *seriais killers*, pois nem todos os psicopatas são *seriais killers*, mas quase sempre um *serial killer* é um psicopata. Como alguns psicopatas são *seriais killers*, outro erro é achar que todos os psicopatas são pessoas cruéis e homicidas. Os psicopatas contam com uma enorme habilidade de manipulação sobre outras pessoas, eles fingem possuir sentimentos, e seduzem facilmente a simpatia das pessoas, em razão disso, é frequente serem pessoas de negócios com cargos elevados, para assim se sentirem no poder. Existem tratamentos que podem amenizar o temperamento de um psicopata, mesmo que seja uma circunstância com árduo tratamento, como psicoterapia ou prescrição de medicamentos.

2 MANIFESTAÇÃO DA PSICOPATIA PELA VISÃO DA CIÊNCIA MÉDICA

As pesquisas e estudos referente a psicopatia ainda não são conclusivos, ainda se tem muita dúvida em vários assuntos, como: diagnóstico, descrição, origens e tratamento. Segundo o estudioso em Direito Penal Manuel Cancio Meliá (2013, p. 532), a psicopatia está listada pela ciência como as doenças mentais mais investigadas e estudadas. No entanto, a falta de uma explicação exata, acaba sendo prejudicial tanto para a sociedade quanto para o próprio indivíduo, e é muito importante que se consiga uma explicação definitiva.

2.1 EXPLICAÇÃO DA PSICOPATIA

Psicopatia é uma palavra que se pode levar ao entendimento de tratar de uma patologia, pois devido a sua etimologia transcreve o conceito de doença mental (do grego, psyche=mente; e pathos=doença) (SILVA, A., 2008, p. 37). Entretanto, no ponto de vista da ciência médica, a psicopatia não se enquadra em doenças mentais, sendo na verdade, um distúrbio da personalidade. Segundo a Psicóloga Neuropsicológica Maria Fernanda Faria Achá (2011), nos diz que as atitudes podem ser identificadas como Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS), o que seria uma análise medica, ao mesmo tempo em que aquele que será empregue em contexto jurídico a fim de categorizar as pessoas que possuem propensão a delitos criminais, falta de afeto e comportamento antissocial. Portanto, pode-se

entender que a palavra psicopatia, persiste a autora, pode empregar-se de uma maneira inexata, inclusive pela Classificação Internacional de Doenças (CID), ao ser levado em consideração que personalidade psicopática e sociopática seriam parecidos com transtorno de personalidade dissociada (um transtorno na personalidade que se qualifica com o desdém com as obrigações sociais consideradas normais, e ausência de sintonia com os outros).

Já para Hilda Clotilde Penteado Morana, levando em consideração ao que já foi tratado, esclarece que o distúrbio de personalidade, antissocial e a psicopatia, são definições que sobrevivem e provocam uma alteração no vínculo social, como na violência e criminalidade, com relevantes casos de reincidência.^[6] Ressalva que, como é difícil identificar um psicopata, é em consideração que essas pessoas tem uma grande habilidade de persuasão e manipulação, podendo agir de modo normal e adequado, e podem ser muito educados, para facilitar os seus objetivos, que como explica Manuel de Juan Espinosa (2013, p. 576), eles vivem em um mundo próprio, notado pelo utilitarismos e pragmatismo, sendo assim, ele precisa de outras pessoas para realizar seus objetivos, através do que já dito, principalmente a manipulação.

É normal todos pensarem que psicopatia se caracteriza como a falta ou ausência de sentimentos, Manuel Cancio Meliá chama isso de “daltonismo moral”, explicando que essas pessoas são capazes de entender o que fazem, e sabem distinguir o certo e o errado, e podem muito bem controlar suas emoções, mas são indiferentes em relação a emoção normal, esse “daltonismo moral” é também tirada da obra de Robert D. Hare, ao exemplificar que, do mesmo modo que os daltônicos não são capazes de enxergar as cores como são, os psicopatas não tem experiência do aspecto emocional, assim sendo, eles aprendem tudo, mas não podem expressar o seu real sentimento.

2.2 DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO

Segundo as pesquisas de Hervey Milton Cleckley e Robert D. Hare, começaram a definir essas pessoas segundo um questionário que inventaram e nomearam de ‘escala Hare’, portanto, foi Robert D. Hare que mudou a forma de conceituar a psicopatia, e utilizando como base o método de Hervey Milton Cleckley, criando o *Psychopathy Checklist Revised* (PCL-R), o que é considerado o melhor meio de diagnóstico da

psicopatia. Diversos países veem utilizando esse método, principalmente para bater de frente com a violência e para desenvolver a ética social.

O método possui uma técnica que é formada por 20 itens que analisa o grau da psicopatia e o coloca numa proporção de 0 a 40 pontos, e se devota principalmente para indivíduos forenses. E essa pontuação é vista por 2 fatores: 1 – se caracteriza pela frieza, falsidade, métodos cruéis, falta de remorso; e 2: Atividades antissociais, relutância no autocontrole, nos métodos utilizados nos crimes. Esses fatores servem para distinguir os psicopatas do fator 1, representado por indivíduos com origem na psicopatia e a disposição seria instintiva, e os do fator 2, que podem ser menos frios, que se propõem a se expressar pelo arrependimento.

Segundo a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva nos esclarece, as psicoterapias tem como objetivo ajudar as pessoas que tem um transtorno emocional muito grande, que é a razão de não terem uma vida normal. Entretanto, essas pessoas não demonstrar constrangimento nem arrependimento, portanto, seria impossível zelar de um tormento inexistente.

Os psicopatas não manifestam que possuem vontade de mudar, e são incapazes de afirmar que possuem algum tipo de problema, e se aceitam na sociedade da forma que são. Sendo assim, ajudá-los seria impossível, pois como não são capazes de ver seus próprios problemas, não aceitariam nenhum tipo de ajuda. Além do mais, Ana Beatriz, esclarece que a ajuda que a psicoterapia oferece aos psicopatas, poderia agravar ainda mais o problema, pois eles utilizariam os recursos conhecidos nas sessões terapêuticas, para melhorar sua manipulação para com outras pessoas, ou até mesmo para se utilizar do laudo técnico para se favorecer, isso por que nas terapias eles descobrem a demonstrar que possuem boas ações, embora não tenham, e usam isso para benefício próprio (SILVA, A., 2008, p. 169-170).

Robert D. Hare (2013, p. 108-109), informa que pessoas psicopatas são incapazes de se arrepender, e não se preocupam com seus atos. Desta maneira, as sessões terapêuticas não irão tem sucesso algum. Entretanto, o autor esclarece que na na média, as práticas criminosas costumam diminuir quando o psicopata completa 40 anos de idade. E para essa explicação, têm-se muitos dados, como, o amadurecimento, o ódio por prisões e constantes brigas judiciais, e começam a praticar novas

formas de praticar os crimes. Mas, essa diminuição de práticas criminosas não vai mudar a personalidade de um psicopata, pois eles apenas aprenderam a se contentar com suas novas formas de realizar suas necessidades

Portanto, a Ciência Médica justifica que a psicopatia não possui solução, pois se compõe de um distúrbio de personalidade e não uma breve alteração de personalidade. O Contudo, tal transtorno apresenta formas e graus diversos de se manifestar. O psiquiatra Antonio Matos Fontana (apud ABREU, 2013, p. 76), esclarece que, tal distúrbio se apresenta em diferentes formas e graus, e quanto maior for a ascendência genética, o tratamentos se torna ainda mais ineficaz, mas, sempre que o meio se exibe em tal quantidade ou mais importante para o progresso psicopático, o sucesso terapêutico terá mais chances de terem êxito.

3 RESPONSABILIDADE PENAL

Para que aja a reponsabilidade penal de alguma pessoa que cometeu alguma ação que venha a preencher todas as características do conceito analítico de crime, é necessário que a mesma seja imputável. A imputabilidade é probabilidade de conferir o fato atípico e ilícito ao responsável.

Pode-se ressaltar que existe a diferença entre responsabilidade penal e imputabilidade. Enquanto a primeira se trata da obrigação jurídica de responder pelo ato delituoso, a segunda se trata da condição pessoal do agente.^[7]

O artigo 26 do Código Penal Brasileiro previu, como já vimos, a possibilidade da inimputabilidade, afirmando:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Anteriormente as explicações da esfera da responsabilidade penal que irão se aplicar aos psicopatas, o melhor é esclarecer os argumentos a respeito de crime, como sua imputabilidade.

3.1 CRIME

Inicialmente, é importante realçar a importância do Direito Penal, antes de definir o crime. O estudioso Hans Welzel diz que o Direito penal, é a porção do Direito que prega os atributos das ações criminosas ligando as punições ou normas de segurança.^[8]

No mesmo caminho inclinam-se algumas explicações de poucos penalistas brasileiros. Magalhães Noronha (1978, p. 12) determina que o Direito Penal como o aglomerado de normas jurídicas que estabelecem o poder de repreender do Estado, usando como fatos, os atos de natureza criminal e critérios cabíveis aos indivíduos que os pratica.

Assim sendo, esclarecemos a definição de crime. O ilustríssimo Durkheim (1978, p. 83) revela que o crime não é um acontecimento social habitual, mas que se encarrega de outra atribuição, ele matem aberto o intermédio de mudanças que a sociedade necessita.

Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 172) nos exemplifica que:

(...) o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível classificar uma conduta, ontologicamente. Como criminosa.

Além disso, sobre a sua origem:^[9]

(...) a definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob a influência do método analítico, próprio do moderno pensamento científico, foi trabalhando no aperfeiçoamento dos diversos elementos que compõem o conceito de delito, com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça.

3.2 CULPABILIDADE NO DELITO

O termo Culpabilidade é muito inconstante, desde o início, o vínculo causal entre a conduta e a conclusão, devido ao assunto em questão, sempre levar em consideração a imputabilidade, e a necessidade da consciência da ilegalidade e a exigibilidade de conduta contrária.

A cerca do assunto, Cesar Roberto Bitencourt (2000, p. 125) explica:

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos concretos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente, encapou as idéias da responsabilidade penal subjetiva.

Para Nucci (2011, p. 300):

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser Imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

A definição de culpabilidade é esclarecida por Ronald Amaral Júnior, já que investigou muito a fundo o assunto, onde é explicado que a culpabilidade possui mutações com o decorrer dos anos, e não é apenas uma caracterização jurídica, mas social, em razão de se basear nos quesitos da vida social das pessoas.

3.3 IMPUTABILIDADE

Sobre a imputabilidade, é uma definição jurídica, mas se baseia nos critérios relacionados a saúde mental e a regularidade psíquica. Retrata a circunstância do indivíduo que possui a capacidade de efetuar uma ação com completo discernimento e com a efetividade de conduzir suas ações, isto é, para se definir como imputável é necessário notar a sanidade mental e a maturidade.

Sendo assim, pode-se entender, que o termo imputabilidade é como um ingrediente da culpabilidade, em que o agente tem competência de entender a índole ilícita do acontecimento e de definir-se com a conclusão desse entendimento. É importante exemplificar que o responsável necessita de possuir um estado físico, morais, mentais e psicológicas, para conhecer que está cometendo uma ação ilícita, nada mais que ter a predisposição de ser repreensível, nos clarifica Fernando Capez (2002, p. 273):

O agente deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade.

Segundo Damásio de Jesus (2000) explica os princípios da imputabilidade:

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível, e ainda, Imputável é o sujeito mentalmente sã e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica.

Portanto todas as pessoas são responsáveis pelas suas ações e por seu comportamento social, sendo aplicável a sanção penal ajustável a cada caso concreto quando seus atos descumprem as obrigações que estão impostas por lei, com exceção de aqueles que a legislação tem uma percepção diversa.

3.4 INIMPUTABILIDADE

Imputabilidade é a capacidade de culpabilidade.^[10] Entretanto, em consequência de uma enfermidade mental, crescimento mental inacabado ou retardado. Sendo assim, a incapacidade ou inimputabilidade de culpa, pode perpassar da conduta, presumindo-se que a falta de estabilidade mental.^[11] No Código Penal pode ser encontrado três causas de inimputabilidade, exemplificadas no artigo 26:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Há circunstâncias psíquicas, como algumas neuroses, distúrbios compulsivos e obsessivos, onde o indivíduo, indiferente as suas condutas, não dispõe de capacidade de autonomia, para reprimir ou agir, podendo

assim ser definido como um incapaz absoluto. Essa incapacidade sobrevém de enfermidade mental ou do crescimento inacabado ou retardado.

Aproveitando a questão sobre inimputabilidade, esclarece Damásio E. de Jesus (1999, p. 499):

Não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança.

As psicoses, os distúrbios mentais referentes a personalidade, ao desenvolvimento retardado dos componentes mentais, são entendidos como doenças mentais. Quando se fala de desenvolvimento mental inacabado, se trata daquele que ainda não se concluiu, sendo comum em menores, mudos, surdos e os silvícolas não convenientes. Assim sendo, a psicopatologia forense analisara, em cada caso, se a anomalia irá provocar a incapacidade. E, entende-se por crescimento mental retardado a oligofrênica em todos os tipos habituais como: debilidade mental, idiotice e tolice.

Portanto, todos em situação de doença mental, necessitam de exame médico-legal, para atestar a gravidade que demonstram, esse exame poderá ser realizado tanto no Inquérito Policial ou por meio de instauração de circunstancia de insanidade mental do acusado.

Além do mais, existem três medidas para reconhecer a inimputabilidade, em razão da saúde mental do responsável, vale ressaltar que nosso Código Penal assumiu o critério Biopsicológico pelo Código Penal de 1940. [12] Segue abaixo as medidas:

- Biopsicológico: Este se evidencia pelas duas medidas que serão descritas abaixo únicas, nela se prova se o responsável é mentalmente estável e apresenta a competência de compreender o ato ilícito praticado ou apontar com a conclusão desse conhecimento.
- Psicológico: Essa medida evidencia a capacidade que o responsável compreende sobre o ato ilícito provocado ou age de acordo com esse conhecimento.

- **Biológico:** Aqui, se leva em consideração, quase que completamente, a saúde mental do responsável, ou seja, se o responsável possui enfermidade mental ou crescimento mental incompleto ou retardado.

Dado que seja estipulada a inimputabilidade do responsável, a sua absolvição decreta medida de segurança

.3.5 SEMI IMPUTABILIDADE

A Semi Imputabilidade é uma circunstância que fica entre a imputabilidade e a inimputabilidade, podendo ter influência direta na competência de percepção de auto governo do sujeito

O art. 26, parágrafo único, do Código Penal regulamenta sobre o assunto:

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em casos assim, o magistrado é obrigado a reduzir a pena, mas, primeiramente, vai pregar a pena privativa de liberdade e depois trocar pela internação ou se for o caso tratamento ambulatorial, mas sempre terá a possibilidade de decretar a medida de segurança.

As pessoas que possuem a psicopatia, não possuem enfermidades mentais, exatamente por isso, o Código Penal os qualifica como semi-imputáveis, pois, não são capazes de agir normalmente com as regras e éticas morais.

E vale destacar, que não é anulada a culpabilidade quando for o caso de semi imputabilidade, quando for analisado o caso, a lei dá a opção ao magistrado de decretar medida de segurança ou abater a pena, somente após ela ser proposta, isto é, uma natureza condenatória.

O Superior Tribunal de Justiça assim diz:

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista

prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa [13]

Portanto, é muito importante se levar em consideração a perícia médica para provar a condição mental do agente.

3.6 PERÍCIA MÉDICA E CONFIRMAÇÃO DA DOENÇA

Já é sabido que o Código Penal Brasileiro aderiu a medida biopsicológica, e para provar a enfermidade mental ou crescimento mental incompleto ou retardado, é necessário o laudo médico, e não a apuração direta pelo magistrado, mas poderá ser cabida pelo juiz através da instrução processual, pelas provas. E segundo o artigo 182 do Código de Processo Penal, o juiz não fica apenas preso ao laudo da perícia.

O juiz pode não confiar no laudo da perícia, e deverá exigir uma nova perícia, pois ele não pode contar com sua experiência própria, em razão de não ser médico e não contar com o conhecimento necessário. Sendo assim, caso aja comprovação pericial afirmando a existência de inimizabilidade, o magistrado não poderá desconsiderar o laudo, com base em seus pensamentos próprio.

4 PENA CABÍVEL PARA O PSICOPATA

No nosso atual sistema penal, conforme já tratado, serão impostas a esses autores de infrações penais, como espécies de sanção criminal, a pena ou a medida de segurança (sistema unitário). De acordo com a posição majoritária, o instituto da psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, o qual não afeta a capacidade do indivíduo de entender o caráter ilícito e nem sua capacidade de determinar-se de acordo com tal entendimento. Portanto, resta concluir que o psicopata, a princípio, deverá ser tratado e considerado na esfera penal como um infrator imputável, e a ele deverá ser imposta uma pena como sanção adequada no caso de cometimento de uma infração penal.

No entanto, o estudioso Francisco Garrido, alerta acerca da reincidência criminal ante a falta de aprendizado destes psicopatas com a aplicação das sanções penais.[14] Neste sentido, a pena acaba por não ser um meio coercitivo e preventivo eficaz contra esses psicopatas. Nesta linha de raciocínio, os estudiosos

atestam que “é inútil qualquer tentativa de reeducação ou regeneração, pois não existe na sua personalidade o móvel ético sobre o que possa influir”.

Ainda em relação ao tema, Serin e Amos, que foram citados por Jorge Trindade em sua obra, salientam que “... estudos mostraram que psicopatas reincidiram cerca de cinco vezes mais em crimes violentos do que não psicopatas em cinco anos de sua liberdade da prisão”.

Como se não bastasse toda essa problemática em relação a reincidência criminal dos psicopatas, os tratamentos envolvendo psicoterapia e até mesmo os medicamentosos não surtem efeito, tampouco a internação para tratamento psiquiátrico, tendo em vista sua inadequação por se tratarem de pacientes imputáveis. Estudos revelam, que até o presente momento não existem evidências de tratamentos psiquiátricos feitos com psicopatas que tenham mostrado eficiência real na redução de violência e criminalidade. Inclusive, especialistas no tema afirmam que os psicopatas acabam por desestruturar as instituições de tratamento, fragilizando o sistema, burlando regras e fazendo com que o ambiente das instituições se tornem negativas.

Diante das informações, concluímos que devem ser aplicadas penas e não medidas de segurança para os psicopatas autores de infrações penais, tendo em vista que essa segregação de psicopatas em convívio com os demais presos é um tanto quanto contraproducente para a sociedade e para o nosso sistema prisional. Podemos citar alguns países em que os psicopatas ficam em celas separadas e específicas em relação aos outros presos, é o caso de parte dos Estados Unidos, Austrália e também no Canadá.

Estudiosos como Jorge Trindade alegam que os psicopatas devem ser supervisionados com rigorosa atenção, pois qualquer falha no acompanhamento destes poderá resultar em final imprevisível.

Assim, essas penas aplicadas aos psicopatas devem ser acompanhadas e executadas de maneira distinta as aplicadas aos demais detentos, partindo-se do ponto que os psicopatas não aderem voluntariamente a nenhuma espécie de tratamento, e quando aderem, é com a finalidade de obter algum tipo de vantagem.

A já citada psicóloga brasileira Ana Beatriz Barbosa Silva, garante que ninguém se torna psicopata da noite para o dia, é uma condição que acompanha o indivíduo deste seu nascimento e durante toda sua existência. Portanto, tendo em vista todas as características e a rejeição a tratamentos contra a psicopatia, deve a pena para os psicopatas ser aplicada de forma diferenciada dos demais sentenciados. Assim, a utilização do chamado psychopathychecklist ou PCL no nosso sistema prisional permitiria identificar dentre os sentenciados os portadores desse transtorno antissocial (quando a identificação já não tiver ocorrido durante o tramite do processo criminal), separando os portadores dos demais sentenciados e garantindo que estes sejam acompanhados por pessoal tecnicamente preparado para lidar com as peculiaridades dos psicopatas.

Trata-se de garantir a efetivação ao princípio da individualização da pena na fase da execução criminal. Considerando todas as peculiaridade e características negativas dos criminosos que possuem tal transtorno, em especial sua tendência para se tornar reincidente, faz-se extremamente necessária sua identificação correta e também uma avaliação detalhada antes de conceder qualquer benefício durante a execução de suas penas, evitando-se assim que estes indivíduos sejam reintegrados a vida social a partir de decisões judiciais rasas e baseadas em atestados carcerários.

Assim sendo, não é necessário um novo julgamento para observar as aquisições ou progressos conseguidos pelos agentes, pois essas avaliações não possuem nada de seguro ou convincentes, o que deveria também extinguir o julgamento por comportamento. Já que, dificilmente existira um magistrado que confie no "atestado de bom ou ótimo comportamento", que será uma forma de provar que o detento irá concordar com o que se espera dele nas definições da adequada convivência social, pois esses indivíduos sabem se 'camuflar' muito bem na sociedade, um exemplo, os grandes líderes dos presídios, sempre possuem um ótimo comportamento, mas por trás de todos os delitos ou rebeliões, eles sempre estão por trás nos planos, mas ninguém espera isso deles, pelo simples fato de saberem como se portar a essas avaliações de comportamento, parecendo que o sistema carcerário estão os transformando em boas pessoas, por estarem no momento obedecendo a todas as regras imposta a eles.

Segundo Jorge Trindade:

No momento, parece haver um consenso de que o PCL-R é o mais adequado instrumento, sob a forma de escala, para avaliar a psicopatia e identificar fatores de risco e violência. Com demonstrada confiabilidade, tem sido adotado em diversos países como instrumento de eleição para a pesquisa e para o estudo clínico da psicopatia, como escala de predição de recidivismo, violência e intervenção terapêutica

Entende-se portanto, o bom comportamento durante o cárcere, é apenas uma demonstração que o detento está seguindo as leis do presídio, e essa idéia não pode-se confundir que ele está realmente melhorando a sua personalidade, então pouco tem essa avaliação no sentido de tratamento aos indivíduos com psicopatia.

Portanto, é do conhecimento que os psicopatas conseguem burlar o tratamento, por serem capazes de manipular essa avaliação, se for do interesse deles, para poderem receber privilégios durante seu regime fechado, e conseguirem a liberdade mais cedo do que foi antes decretada, e quando forem postos em liberdade, facilmente irão cometer novos delitos.

CONCLUSÃO

Mesmo com a presença de inúmeras pesquisas a respeito da psicopatia, existem muitos pensamentos contrários a os seus conceitos, diagnósticos, origens e tratamentos.

Para a Ciência Médica, a psicopatia não é uma enfermidade mental, mas ela exalta o obstáculo de determinar um limite ao normal e o patológico, principalmente nos casos dos psicopatas, que é uma situação onde se encontra nessa divisão.

No nosso direito, se encontra várias respostas sobre o tema: existem aqueles que , por meio do laudo da Ciência Médica, não julgam psicopatia com enfermidade mental, sendo assim, imputável; e há aqueles que consideram que seja um transtorno da saúde mental, implicando a semi-imputabilidade; e por fim; aqueles que justificam o conceito de enfermidade mental é amplo, segundo o Direito, e a psicopatia acabaria sendo causa de inimputabilidade.

No nosso país, a doutrina conceitua que a psicopatia é uma causa de semi-imputabilidade, sendo assim, um transtorno na saúde mental, no nosso Código Penal, não nenhum citação sobre psicopatas.

Portanto, nos delitos causados por pessoas com psicopatia, a eles são considerados a atribuição de imputáveis, não os diferenciando dos demais, mas, devido ao aumento de reincidência, essa forma não está funcionando, indicando que necessita de uma forma de tratamento diferente.

Assim sendo, é de suma importância realizar os exames médicos criminológicos, em todas as fases do processo, quando envolver alguma suspeita de o indivíduos possuir a psicopatia, podendo utilizar os métodos citados, como PCL-R, que são feitos por profissionais com autonomia e independência para criarem laudos médicos. Sobre a atual realidade do nosso sistema penal de hoje, fica claro o despreparo para enfrentar o problema da psicopatia, muitas vezes deixando nossos juízes o cargo de decidir o que é melhor para o agente, nem sempre sendo o correto, pois o magistrado não possui o conhecimento sobre o assunto.

Portanto, é de se saber, que a discussão ainda não se encontra perto do fim, a procura pela ação a tomar em casos envolvendo psicopatas ainda não é certa, ainda mais sobre a realidade histórico-cultural que passamos, que estão interligadas com o conhecimento da interação dinâmica e dialética, que visa o comportamento humano em seu intermédio intersubjetivo.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral 10ª edição, ed. São Paulo, Editora Saraiva. p. 581.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 242.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral v. I. 11ª edição Niterói: ímpetus, 2009. p. 385.

HC 33.401-RJ, 5ª T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v.c., DJ 03.11.2004, p.212.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral 31ª ed.* São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag. 385

OMS – CID 10, Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas (The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders Clinical descriptions and diagnostic guidelines), que é publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (World Health Organization), padroniza a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde, atribuindo a cada estado de saúde uma categoria única correspondente a um código CID-10.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos.* Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal. 9ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 390.

SANCHEZ GARRIDO, Francisco José. *Fisonomia de la Psicopatía.* pag.120.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. Tese (Doutorado em Psiquiatria) Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004).

NOTAS:

[1] Currículo do orientador disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

[2] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos.* Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

[3] Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas (The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders Clinical descriptions and diagnostic guidelines), que é publicada pela Organização Mundial de Saúde (World Health Organization), padroniza a codificação de doenças e outros problemas relacionados à saúde, atribuindo a cada estado de saúde uma categoria única correspondente a um código CID-10.

[4] ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge. 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 658.

[5] O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) é destinado a profissionais da saúde mental que lista diferentes categorias de transtornos mentais e critérios para diagnosticá-los, de acordo com a Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association - APA).

[6] Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. Tese (Doutorado em Psiquiatria) Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004).

[7] FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 16ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 242.

[8] JESUS, Damásio de. Direito Penal – Parte Geral 31ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Pag. 385.

[9] BITENCOURT, 2012, p. 581

[10] GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral v. I. 11ª edição Niterói: Ímpetus, 2009. p. 385

[11] idem

[12] PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p 390.

[13] HC 33.401-RJ, 5ª T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v.c., DJ 03.11.2004, p.212.

[14] SANCHEZ GARRIDO, Francisco José. Fisonomia de la Psicopatía. pag.120

PORTE DE ARMAS PARA DIFERENTES CLASSES

GABRIEL CAETANO RAMAZOTO:
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade
Brasil - Fernandópolis/SP.

Rodrigo Soncini de Oliveira Guena

(Orientador)

RESUMO: O **porte funcional** é o direito ao porte de arma de fogo, normalmente de porte e de calibre permitido, haja vista as particularidades relativas ao Exercício de determinadas atividades, normalmente de natureza laborativas, mas também desportiva e, excepcionalmente, para fins de subsistência. Nesse sentido, ele tem natureza instrumental, decorre do exercício de determinada atividade ou profissão; é ato administrativo vinculado (licença); depende de prévia conferência, pelo Estado-Administração, relativamente ao cumprimento dos requisitos formais e materiais, subjetivos e objetivos, legalmente previstos; está condicionado, para seu exercício válido e regular, ao atendimento às normas de regência, incluindo-se a manutenção das condições iniciais permissivas ao porte.

Palavras – chave: Porte. Princípios. Licença, Armas, Classes.

ABSTRACT: The functional character is the right to carry a firearm, usually of size and size, given the particularities related to the exercise of certain activities, usually of a labor nature, but also sporting and, exceptionally, for subsistence purposes . In this sense, it has an instrumental nature, it results from the exercise of a particular activity or profession; is a binding administrative act (license); it depends on previous conference, by the Administration State, regarding compliance with the formal and material requirements, subjective and objective, legally foreseen; it is conditioned, for its valid and regular exercise, to comply with the regency norms, including the maintenance of the initial conditions permissive to the size.

Keywords Postage: Porte. Principles. License, Weapons, Classes.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO, 2 PRINCIPIOS, 2.1 PRINCIPIOS DA NATUREZA EXPECIONAL E RESTRIRIVA DO PORTE, 2.2 PRINCIPIO DA FINALIDADE DO PORTE, 2.3

PRINCIPIO DA VINCULAÇÃO DO PORTE A ARMA ESPECÍFICA, 3 DO PORET FUNCIONAL, 3.1DEFINIÇÃO, 3.2 COMPETENCIA, 4 LISTA COM AS CATEGORIAS E RESPECTIVA REGULAMENTAÇÃO DE PORTE, 7 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil editou uma norma que trazia no seu corpo assuntos relacionados a registro, posse e comercialização de arma de fogo e munição, a Lei 10.826, batizada pela grande mídia como Estatuto do Desarmamento, (BRASIL, 2003).

Essa lei entrou em vigor para atender a compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, que foi signatária de dois acordos internacionais relativos ao **aumento do controle sobre a circulação de armas de fogo**: Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros materiais relacionados – CIFTA/OEA, celebrada em Washington, em 14 de novembro de 1997, e inserido formalmente no ordenamento pátrio em 1999, com a publicação do Decreto 3.229/99 (BRASIL, 1997); e Protocolo da ONU (Organização das Nações Unidas) contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, aprovado em Nova Iorque, em 31 de maio de 2001, e publicado no Brasil por meio do Decreto 5.941/06 (BRASIL, 2006).

Quanto ao comércio de armas de fogo, o Estatuto continha artigo proibindo-o; tal proibição não foi referendada pelo povo brasileiro, porém, já no que se refere ao **porte de arma de fogo, este, em regra, é proibido no Brasil** (art. 6º, caput, da Lei 10.826/03 - Estatuto do Desarmamento).

Nesse sentido, ainda que, particularmente, seja-nos lícito defender que, ideologicamente, o chamado cidadão de bem devesse ter direito ao porte de arma, como ocorre em alguns países, o fato é que, em termos jurídicos normativos, o Brasil seguiu caminho exatamente contrário, isto é, de lege lata, trata o porte de maneira excepcional e restritiva.

Não obstante, excepcionalmente, a Lei 10.826/03 (BRASIL, 2003) prevê dois específicos casos em que se permite o porte de arma: **porte funcional e porte para defesa pessoal**. Como se trata de categorias jurídicas absolutamente distintas, a fim de não gerar confusão entre

espécies jurídicas inconfundíveis, o legislador tratou-as em dois diferentes artigos. O porte funcional foi tratado no artigo 6º, enquanto o porte para defesa pessoal tem previsão no artigo 10 do Estatuto do Desarmamento.

Repare que o legislador fez questão de distinguir as duas espécies de porte, motivo por que não se deve baralhar os critérios e os conceitos de uma e outra espécie, sob pena, de malferir a vontade da Lei. Tampouco é dado ao interprete intentar a criação de uma terceira espécie, mesclando elementos de ambas.

Neste artigo, apresentaremos a regulamentação normativa do porte de arma de fogo, com indicação dos **princípios** aplicáveis ao regramento do porte de arma de fogo. Feito isso, será apresentada a **tipologia** seguida pelo legislador para demarcar as duas espécies de porte, as quais atraem regras e princípios particulares, já que se revestem de distinta natureza jurídica. A partir daí, então, passaremos a definir a **natureza jurídica** de cada uma das espécies do instituto para, enfim, estudar suas **particularidades e especificidades**, apresentando as conclusões depois de amplamente discutidas as questões pertinentes. Ao final do estudo, será apresentada uma **lista com os regramentos e exigências específicos para cada categoria de pessoas contempladas com porte**.

2 PRINCÍPIOS

Pois bem, antes de adentrarmos a questão das espécies de porte, trataremos dos princípios aplicáveis, pois estes são comuns a ambas as espécies e, por essa razão, podem ser desde logo apresentados.

2.1. Princípio da natureza excepcional e restritiva do porte

O **primeiro princípio** acerca da matéria porte de arma de fogo é o da sua **natureza excepcional e restritiva**. Poderíamos, assim, falar em princípio da excepcionalidade ou restrição, o qual significa que, via de regra, o porte é proibido.

Este princípio está expresso logo no caput do art. 6º do Estatuto, ao **proibir, como regra, o porte de arma de fogo em todo o território nacional**. Outra expressão do princípio em estudo encontra-se no art. 10 do mesmo Códex, ao tratar o porte para defesa pessoal como autorização, espécie de ato administrativo discricionário e precário, revogável a qualquer tempo, em que prevalece o interesse da Administração, não do particular.

2.2. Princípio da finalidade do porte

O segundo princípio diz com a **finalidade** do [porte de arma de fogo](#). Segundo esse princípio, o porte de arma de fogo deve atender a determinado fim a que ele se preste.

Ele está expresso no **par. 1º do art. 6º do Estatuto do Desarmamento**, quando **restringe** as categorias de pessoas com direito ao porte mesmo fora de serviço. Vale dizer, atendido o fim a que se presta o porte, qual seja, o trabalho, fora dele cessa o direito de o cidadão portar validamente a arma da instituição.

O princípio da finalidade também foi considerado pelo legislador ao regulamentar o porte previsto no artigo 6º, IX, do Estatuto do Desarmamento. Isso porque, no art. 9º do Estatuto, regulamentado pelo art. 30, § 1º, do Decreto 5.123/04, reconheceu-se tal **porte de trânsito** (isto é, porte para trânsito, para transporte do armamento do local de guarda até o local das provas, testes, exposições ou treinamentos), sendo que tal direito a porte de trânsito reveste-se da forma (instrumento) conhecido como **guia de tráfego**. A guia de tráfego e a forma de transporte da arma do e para o stand foram regulados na Portaria 04/2001 DLOG/EB (Departamento Logístico/Exército Brasileiro), sendo que a arma deverá estar descarregada e desmuniada durante o transporte, o que impede o pronto uso do armamento, atendendo à finalidade de transporte, não de uso e acondicionamento em coldre.

No mesmo sentido, também atende ao princípio da finalidade o art. 26 do Decreto 5.123/04, ao prever que o titular de porte para defesa pessoal não pode portar arma ostensivamente, tampouco adentrar locais de aglomeração coletiva, por isso que, se o fizesse, sua necessidade de defesa pessoal, finalidade para a qual fora autorizado, estaria aquém dos riscos que o porte ostensivo ou em local de aglomeração pública poderia causar.

2.3. Princípio da vinculação do porte à arma específica

Um último princípio, igualmente ligado à ideia de restrição ou condicionamento do porte e de atendimento à finalidade de defesa, cinge-se à identificação da arma que será portada e do titular do direito ao porte. Assim, poderíamos batizá-lo como princípio da vinculação do titular do porte à arma a ser portada.

Tal princípio impõe que aquele a quem se permite portar arma de fogo o faça em relação a específicas armas, registradas em seu nome ou no da Instituição a que pertença (no caso de policiais, agentes penitenciários, vigilantes e guardas municipais e portuários).

Quanto ao particular, o porte para defesa pessoal é deferido em relação a uma das armas registradas em seu nome no SINARM (art. 10, III, Estatuto do Desarmamento). Ao regulamentar o dispositivo, o Dec. 5.123/04 foi ainda mais incisivo, evitando qualquer elucubração quanto à possibilidade de porte de mais de uma arma entre as registradas (art. 24 do Decreto 5.123/04, com a redação dada pelo Decreto 6.715/08). No mesmo sentido, a exigência se repete no art. 19 da IN 23/2005 DG/DPF.

Quanto ao policial, o decreto 5.123/04, em seu artigo 35-A exige que este porte arma da instituição brasonada, da instituição com termo de cautela ou registro caso não for brasonada ou da arma pessoal, com o certificado de registro (Artigo 35-A, incluído pelo Decreto nº 6.715, de 2008).

Vistos os princípios comuns às duas espécies de porte de arma de fogo, passemos ao estudo destas.

3 DO PORTE FUNCIONAL

Os integrantes de determinadas categorias profissionais têm direito ao chamado **Porte Funcional**, conforme previsto nos incisos do mesmo artigo 6º da Lei 10.826/03 (BRASIL, 2003).

Além das categorias contempladas pelo Estatuto, as hipóteses de porte funcional previstas em leis anteriores à vigência da Lei 10.826/03 (BRASIL, 2003) foram mantidas por esta, a qual, já no caput do art. 6º, reafirma a vigência das leis especiais que deferem porte a certas categorias profissionais.

3.1 Definição

O chamado **porte funcional** nada mais é do que o **direito de portar arma de fogo em razão das atribuições e responsabilidades do cargo ou emprego público ocupado ou do exercício de determinada atividade**. Noutro viés, é o porte para aqueles que usam a arma, normalmente, como **instrumento de trabalho**, haja vista dos riscos iminentes ao exercício de determinadas atividades, destacando-se, obviamente, a atividade policial. Outrossim, é o porte funcional que atende às necessidades

do praticante de tiro desportivo, bem assim do cidadão que necessita caçar para sobreviver.

3.2 Competência

Veja-se que o artigo 22, I, da Constituição, fixa a competência privativa da União para legislar sobre direito penal, donde se extrai o fundamento constitucional para que a União legisle sobre porte de arma.

Uma questão solucionada pelo STF foi se caberia aos Estados, legislar residualmente sobre porte de arma de fogo, na forma do artigo 25, parágrafo primeiro da Constituição Federal, e assim, com resultado do julgamento da ADI (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade) 3.112/DF: cabe à União legislar sobre assuntos de interesse geral, de forma que fica afastada a alegada invasão da competência residual dos estados para legislar sobre segurança pública; cabe à União legislar sobre direito penal e esta, em regra, criminalizou o porte ilegal, só cabendo a ela mesma dizer em que hipóteses o porte não constitui crime.

Sobre o assunto, aliás, veja-se a outra ementa:

DECISÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. PORTE DE ARMA DE FOGO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 3.014/2000, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (PROIBIÇÃO DE PORTE DE ARMA DE FOGO POR VIGILANTES EM SERVIÇO), POR OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 30, INC. I, E 144, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA.

Portanto, **o assunto porte de arma de fogo é matéria da competência legislativa privativa da União**, sob pena de se declarar inconstitucional lei estadual que pretenda regular esse assunto.

4. LISTA COM AS CATEGORIAS E RESPECTIVA

REGULAMENTAÇÃO DE PORTE

Abaixo, apresentamos a lista das categorias contempladas com o porte de arma e a respectiva regulamentação normativa aplicável. Para cada uma delas, há requisitos e providências distintas para válido e regular exercício da prerrogativa do porte de arma de fogo.

A) Integrantes das **Forças Armadas**: Artigo 6º, I, Lei 10.826/03; Artigo 37, Decreto 5.123/04; Portaria Normativa 1.369/2004 – Ministério da Defesa; Portaria 01/2006 Departamento Logístico/Exército Brasileiro – D'LOG; Portaria 21/2009 do Comandante Logístico – COLOG; Portaria 197/2009 Departamento-Geral Pessoal – DGP; Portaria 208/2011 Comandante do Exército – CMT EX; Portaria 88/2011 Departamento-Geral Pessoal – DGP;

B) Integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do **art. 144 da Constituição Federal**: Art. 6º, II, e parágrafo 1º, Lei 10.826/03; Artigos, 35, 35-A e 36 do Decreto 5.123/06; Instrução Normativa – IN 23/2005; Decreto 98.380/89 (específico para policial federal); A arma pessoal do policial federal poderá ser de calibre permitido ou até duas armas de calibre restrito 9mm, .40, 357 ou 45, conforme artigo 2º da Portaria 20/2005 Departamento Logístico/Exército Brasileiro – D'log Exército. A arma pessoal do policial civil, ferroviário e rodoviário federal, policial e bombeiro militar poderá ser de calibre permitido ou até duas armas de calibre restrito .40, 357 ou 45, conforme Portaria 1042/2012 do Comandante do Exército – CMT EX;

C) Integrantes das **Guardas Municipais**: artigo 6º, III e IV, e parágrafo 3º, Lei 10.826/03; artigos 40 a 44 do Decreto no. 5.123/04; artigos 21 e 22 da Instrução Normativa (Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal) DG/DPF nº 23/2005; e Portaria 365/06 DG/DPF;

D) Os agentes operacionais da **Agência Brasileira de Inteligência** e os agentes do Departamento de Segurança do **Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República**: artigo 6º, V, e parágrafo 1º e 2º, Lei 10.826/03; e Portaria 621/2009 do Comandante do Exército – CMT/EX;

E) Os integrantes dos **órgãos policiais referidos no artigo 51, IV, e no artigo 52, XIII, da Constituição Federal**: artigo 6º, VI, e parágrafo 1º

e 2º, Lei 10.826/03; Portaria 01/2010 do Comandante Logístico/Exército Brasileiro – COLOG/EB;

F) Os integrantes do quadro efetivo dos **agentes e guardas prisionais**, os integrantes das **escoltas de presos** e as **guardas portuárias**: artigo 6º, VI, e parágrafo 2º, Lei 10.826/03 (atente-se que o parágrafo 1º-A foi revogado); artigos 34, parágrafo 4º e 5º, e 36, Decreto 5.123/04; artigo 24 e seguintes, IN 23/2005 DG/DPF da Instrução Normativa (Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal); Lei 8630/93, art. 33, § 1º, IX; Portaria 121/09 Secretária Especial de Portos;

G) As **empresas de segurança privada e de transporte de valores** constituídas, nos termos desta Lei: Art. 19, L 7.102/83; Decreto 89.056/83; Portaria 387/2006-DG/DPF da Instrução Normativa (Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal);

H) **Integrantes de Entidades de Desporto** Legalmente Constituídas, cujas atividades demandem arma de fogo, **na forma do regulamento da Lei 10.826/03 (Decreto 5.123/04)**, observada a legislação ambiental: Artigo 6º, IX e artigo 9º do Estatuto do Desarmamento, regulamentados pela Portaria 04/2001 D'Log/EB (Departamento Logístico/Exército Brasileiro);

I) Integrantes das Carreiras de **Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho**, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário: Artigo 6º, X, e parágrafo 2º da Lei 10.826/03, redação dada pela Lei 11.118/2005; Portaria RFB 451/2010 e 452/2010; Artigo 34 do Decreto 5.123/04; Portaria MTE 916 de 10/05/2011;

J) **Técnicos de Segurança do Banco Central**: artigo 5º, IX, da Lei 9.650/98, na forma disciplinada pelo DPF (conforme §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º, da Lei 9.650/98);

K) **Agentes de Segurança de Dignitários Estrangeiros**: Art. 9º, L 10.826/2003; Artigo 29, Decreto 5.123/2004;

L) **Caçador de Subsistência**: Artigo 6º, § 5º, Lei 10.826/05; Artigo 27 do Decreto 5.123/04; Artigo 18, b, IN 23/2005 DG/DPF;

M) **Juizes e promotores**: Artigo 18, e, LC 75/93; Artigo 42 da Lei 8.625/93; Artigo 33, V, LC 35/79;

N) **Servidores do judiciário e do Ministério Público**: Lei 12.694/2012 inseriu o inciso XI ao artigo 6º e o artigo 7º-A no Estatuto do

Desarmamento; normas a serem expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público;

O) **Agentes de Fiscalização Ambiental**: Lei nº. 4.771, de 15 de setembro de 1965, artigo 24 (Código Florestal); e Lei nº. 5.197, de 3 de janeiro de 1967, artigo 26 (Código de Caça); e Decreto-Lei nº. 221, de 28 de fevereiro de 1967, artigo 53 (Código de Pesca);

P) Porte para **defesa pessoal**: Artigo 10 e seguintes da Lei 10.826/03; artigo 22 e seguintes do Decreto 5.123/04; Artigo 16 e seguintes da IN 23/2005 DG/DPF.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O porte de armas é para defesa pessoal, condicionado a requisitos do Estatuto do Desarmamento – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta em regulamento.

O porte funcional assegura a possibilidade de autoridades portarem arma de fogo em razão do cargo ou função que exercem. Essa licença é válida tanto para armas de uso permitido quando de uso restrito. O porte funcional dura apenas durante o exercício do cargo, função ou mandato, devendo a arma ser devolvida em até 30 dias úteis após o fim da atividade.

A emissão do porte é feita pelo titular da respectiva instituição ou órgão ao qual se vinculam ou subordinam as autoridades. A instituição, nesse caso, poderá atestar a capacidade técnica e a aptidão psicológica para manuseio e uso de armas de fogo.

REFERÊNCIAS

[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 636471 RJ. Câmara Municipal do Rio de Janeiro, Flavio Andrade de Carvalho Britto, Município do Rio de Janeiro, André Tostes. Rio de Janeiro. RIO DE JANEIRO. 22 de maio de 2019. Jus Brasil. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4292308/agravo-de-instrumento-ai-636471>>. Acesso em: 20 maio 2017.

[2] _____. Lei nº 10.826 de 22 de Dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

[3] _____. Decreto nº 5.123 de 1º de Julho de 2004. Sistema Nacional de Armas – SINARM. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.>. Acesso em: 20 maio 2017.

[4] _____. Portaria nº 01-D’LOG, de 17 de Janeiro de 2006. Departamento Logístico. Disponível em: <http://www.12rm.eb.mil.br/images/SFPC/03-CART_MIL/00-CAPA/07_-_PORTARIA_N%C2%BA_01_D_LOG_DE_17_JANEIRO_DE_2006_-_Rg_Cadastro_PAF_-Mil.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

[5] _____. Portaria COLOG nº 21 de 11 de novembro de 2009. Comandante Logístico. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=213279>>. Acesso em: 06 maio 2017.

[6] _____. Portaria nº197-DGP, de 31 de julho de 2009. Chefe do Departamento Geral do Pessoal/Exército Brasileiro. Disponível em: <http://www.12rm.eb.mil.br/images/SFPC/03-CART_MIL/00-CAPA/09_-_PORTARIA_N%C2%BA_197-DGP_DE_31_DE_JULHO_DE_2009_-_Avalia%C3%A7%C3%A3o_psicologica_Inativo.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

[7] _____. Portaria nº 208 de 29 de março de 2011. Comandante do Exército. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:W38fFQTIVN8J:www.dfpc.eb.mil.br/index.php/publicacoes/category/87-comandante-de-exercito%3Fdownload%3D285:portaria-208-cmtex-de-29mar11+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 10 maio 2017.

[8] _____. Lei nº 7.102 de junho de 1983. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102compilado.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

DIREITO DE VIVER EM UM MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

LUCIANO JOSÉ DE OLIVEIRA FINOTO:
Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis - SP.

Prof. Me. Adauto José de Oliveira

(Orientador)

RESUMO: Este presente trabalho tem por objetivo mostrar através da Constituição da República Federativa do Brasil e demais normas acerca do direito e garantia de viver em um meio ambiente saudável. Oferecendo e deixando às nossas futuras gerações um pensamento puro sem consumismo, um equilibrado ambiente ecológico, sustentável, e finalmente mantendo nosso meio em harmonia.

Palavras-Chaves: Meio Ambiente, direito, saudável, sustentabilidade.

ABSTRACT: In this paper has aims through the Constitution of the Federative Republic of Brazil and others norms and laws about the right and guarantee of living in a healthy environment. Offering and leaving to our future generations a pure thought without consumerism, balanced ecological environment, sustainable, and finally maintaining our environment in harmony.

Keywords: Environment, rights, healthy, comfortable, sustainability.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.MEIO AMBIENTE HARMONIZADO. 2.DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. 3.MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL. 4. SUSTENTABILIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em conformidade com a Constituição Federativa Brasileira o meio ambiente reuni uma serie de condições, regras, valimento e convívio de ordem física, química e biológica, que comporta, harmoniza e orienta a vida em todas as suas formas. (artigo 225ª, CF/88).

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do

povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de

acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Ainda em conformidade com o art. 2º, da Lei 6.938/81 de Política Nacional do Meio Ambiente, considera que o meio ambiente é apreciado como:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Ainda, podemos dizer que nesta esfera estão abrangidos as comunidades, os ecossistemas e a biosfera.

Assim sendo, entende-se que o meio ambiente é uma extensão aonde se encontra a vivacidade, inclusive o homem, ou seja, a água, o solo, o ar, a fauna, e a flora onde o homem desempenha suas diligências. Esse meio ambiente vai proporcionar completa condição primordial para evolução e a sobrevivência dos seres vivos (e a subsistência dos seres vivos) que o cercam. Para que o meio ambiente seja saudável (Com que o meio ambiente seja favorável), deve se atentar na qualidade da água, do ar, do solo e dos alimentos, que é o básico para uma vida saudável (sendo o essencial para ter uma vida sadia).

Mesmo com tanta publicidade, que demonstram apreço por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, embora falta informação à população, o homem ao estender sua ocupação econômica, quase sempre, inconscientemente acaba desfavorecendo a idéia de viver em um ambiente saudável.

1. MEIO AMBIENTE HARMONIZADO

O direito de viver em meio ambiente equilibrado, tendo como assunto visto na esfera ecológica, consolida na manutenção da suas características e dos cargos naturais desse meio, de maneira a consentir a existência, a mudança e o desenvolvimento dos seres vivos.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado equivale a afirmar que há um direito a que não se desequilibre expressivamente o meio ambiente.

Em nossa Constituição Federal de 1988, o artigo 225^a, *caput*, afirma que:

“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”.

Algumas Constituições reconhecem o direito a um meio ambiente equilibrado, e outras asseguram o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Exposição de Motivos da Carta Constitucional do Meio Ambiente, da França, certificam que a idéia de meio ambiente equilibrado, abarcam a conservação da biodiversidade, extensões e dos meios naturais, com a excelente ações dos ecossistemas e um fraco nível de poluição.

Ainda afirma a Constituição da Suíça, de 1999, que determina que a Confederação e os Cantões ajam para o estabelecimento de um equilíbrio sustentado entre a Natureza, em particular sua habilidade de renovação, e seu aproveitamento pelo ser humano.

Quando se fala em presente e futuras gerações, enfatizamos a preservação e a garantia do meio ambiente, para nossa geração e futura.

Como indivíduos, temos o dever de fiscalizar e participar de mutirões voltados para defender o meio ambiente, cumprindo o nosso dever e automaticamente

garantindo o nosso de direito, e deixando para próximas gerações um meio ambiente saudável.

2. DEGRADAÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Muitos são os sinais de sofrimento de degradação ao o meio ambiente em razão da intensão econômico desempenhado pelo homem. Ocorre de várias maneiras, como as derrubadas das florestas nativas, com a transmissão de impurezas nas águas, no ar, no solo de modo avassalador.

O desflorestamento ilógico em alcançar vantagens financeiras, seja para, exploração furtiva de madeira e expansão agrícola, é um dos vastos causadores de prejuízo no meio ambiente. Mesmo havendo incentivos para o reflorestamento, torna-se impossível recuperar a deficiência que as florestas sofrem com o desmatamento.

Além do desmatamento, a poluição altera a qualidade do ar, da água e do solo, e ainda prejudica a fauna e a flora. A lei 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso III:

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;

III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;

IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;

V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;

VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;

VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;

VIII - recuperação de áreas degradadas;

IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;

X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou

indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. ([Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989](#)).

Sendo que o mais importante e responsáveis pela contaminação do ar são os gases emitidos pelos automóveis, ônibus, caminhões e pelas chaminés das fábricas.

A contaminação da água sucede, principalmente pelo assentamento de lixo e resíduos que prejudica sua qualidade para o uso. Essa essencial fonte natural que nos é fornecida pode ser utilizada para diversos fins. A água é um recurso limitado, o mau uso pode acarrear em escassez.

Com relação à poluição dos solos, esta tem, se tornado uma grande inquietação ambiental. O solo tem uma indispensável importância para os seres vivos, sendo desenvolvidas as atividades agrícolas, a pecuária e a industrial. O solo contaminado limita-se toda ação, atravancando a saúde e as atividades econômicas, e muitos indivíduos dependem do solo para sua subsistência. A poluição do solo pode colocar em perigo a saúde pública.

Temos outro grande vilão do meio ambiente, os resíduos sólidos, é tudo aquilo que é considerado desnecessário e que precisa ser descartado. Todos os objetos descartáveis podem ser reaproveitados no processo de reciclagem, que pode, inclusive, ser pretexto de atividade econômica propiciando empresa e renda. Esse tipo de segmento pode ser consideravelmente autor pela prevenção da contaminação do solo. Os resíduos que não podem ser reaproveitados devem ser designados aos aterros sanitários que são os locais próprios para sua destinação, com a finalidade de evitar a poluição do solo.

Na lei nº 7.802/89, que fala sobre os agrotóxicos:

Art. 13. A venda de agrotóxicos e afins aos usuários será feita através de receituário próprio, prescrito por profissionais legalmente habilitados, salvo casos

excepcionais que foram previstos na regulamentação desta Lei.

Dentre todas as suas implicações relata a obrigatoriedade de receiptário para sua venda direta ao consumidor. Devido à gravidade dos estragos que pode causar ao meio ambiente, a saúde do homem e dos demais seres vivos, tais como a contaminação dos alimentos que consumimos, a contaminação das águas, do solo, dos lençóis freáticos além dos riscos que sofrem aqueles que trabalham diretamente com o produto sem proteção adequada.

O próximo causador é a poluição sonora, que muda as particularidades físicas do meio ambiente, que são motivo pela emissão excessiva dos sons. O ruído emitido está em todo local, o que torna impossível a sua verificação.

A legislação ambiental tenta se ajustar garantindo o direito constitucional ao meio ambiente sadio, a divulgação é a maior arma que temos para cumprir com o dever e garantir o nosso direito. E como cidadãos, cobrar de nossos representantes para que obedeçam com seus deveres zelados pelos nossos direitos.

3.MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

O meio ambiente, quando em seu estado natural fornece com todos os elementos que não podem faltar à sobrevivência de toda forma de vida. Entende-se que a saúde da fauna da flora é prejudicada, também dentro dessa sobrevivência a vida do homem.

O meio ambiente, é a totalidade do que nos rodeia fornecendo todos os meios para praticar nossas atividades à sobrevivência, à saúde, alimentação, o ar puro e a água.

Na legislação ambiental brasileira, tem como grande preocupação a regularização das atividades econômicas, não intervindo no processo de proteção ao meio ambiente, garantindo uma vida saudável.

O desenvolvimento sustentável é a exploração controlada dos recursos ambientais, prometendo o bem estar das presentes e futuras gerações, conservando e ajudando esse meio ambiente. Sabemos que a sustentabilidade não

tem resolvido o problema, mas está sendo uma arma fundamental na busca de uma vida saudável, de forma a não prejudicar o crescimento econômico, que tem fundamental importância no desenvolvimento de uma nação.

O meio ambiente saudável não é apenas dever do Governo e das demais instituições engajadas em sua proteção, é também responsabilidade dos cidadãos cobrar uma política voltada ao meio ambiente sadio e qualitativo, fazendo cumprir os deveres que asseguram os direitos.

4. SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade tem a sua contribuição e importância, cada vez mais voltada para mudança. Dentre todas as medidas sancionadas para solucionar o problema de crise ambiental, a sustentabilidade é o que mais se aproxima do real objeto, ou seja, garantir um ambiente ecologicamente equilibrado e um futuro com uma vida saudável para esta e para as futuras gerações.

O mais importante é destacar aqui que o meio ambiente não se limita à espécie humana, mas à toda forma de vida, pois é claro e sabido que o meio ambiente funciona como um sistema que carece de cada componente para que produza eficácia.

Apesar de o desenvolvimento sustentável, a que se refere a solucionar o problema da ameaça de toda forma de vida no planeta, ainda não se atingiu seu objetivo final.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento sustentável e a falta de conscientização por parte de uma parcela de pessoas, impede que esse projeto se desenvolva por completo. Ainda não há conscientização que se a exploração dos recursos naturais com o único intuito de obtenção de lucro levará ao colapso ambiental indiscriminado. Mesmo se os órgãos responsáveis trabalhem impondo e aplicando multas para quem descumpra as regras, mesmo assim haverá casos omissos. E neste ponto entra a conscientização.

Nas redes de comunicação, são feitas várias campanhas para conscientizar e ações coletivas na busca por uma vida saudável. Se cada um fizer a sua parte, assim, podemos salvar as futuras gerações, desenvolvendo em nosso meio a reciclagem, o reaproveitamento de matéria orgânica, preservação das matas nativas. Mas para que essas ações sejam possíveis, precisamos que todos tenham consciência da verídica importância do desenvolvimento sustentável.

A responsabilidade na busca por uma vida saudável não se restringe ao Poder Público ou às Entidades Governamentais e Não-Governamentais, mas de todos que dependem do meio ambiente para viver.

Se por um lado existem muitas campanhas e pesquisas, por outro lado, em se tratando de direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, o mais ainda é escasso.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. **Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado.** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11340&revista_caderno=5., Acesso em 01 de set. 2014.

BRASIL, Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasil. 1988.

BRASIL, Presidência da República. **Lei 7.802/89.** Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e das outras providências. Brasil. 1989.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.938/81.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasil. 1981.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

YOUTUBE. **A história das Coisas**. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=7qFiGMSnNjw>>, Acesso em 01 de maio 2017.

MARCO CIVIL DA INTERNET E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

ALÉCIO CANELLE NETO:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil. Fernandópolis - SP.

AILTON NOSSA MENDONÇA
(Orientador)

RESUMO: O debate busca promover a participação da sociedade brasileira na elaboração do anteprojeto de lei para proteção de dados pessoais, por meio da formulação de comentários e sugestões sobre o texto proposto. O ministério da justiça considera fundamental ter um marco legal de proteção de dados no Brasil baseado no consentimento e no uso legítimo desses dados, ferramentas de exercício de direitos e padrões mínimos de segurança e privacidade para o cidadão. Atualmente, mais de 100 países já possuem leis de proteção de dados pessoais.

Palavras - chaves: marco civil, dados pessoais, privacidade do cidadão.

SÚMARIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 LEI DOS DIREITOS AUTORAIS 3 PRINCIPAL OBJETIVO 4 MARCO LEGAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 5 GARANTIAS E DIREITOS 6 PROTEÇÃO À PRIVACIDADE 7 ACESSIBILIDADE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 8 CONCLUSÃO 9 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Marco Civil colocou “um ponto final” na questão de retirada de conteúdos da internet – o ofendido deve entrar na Justiça, que julgará o caso e passará a ordem pela derrubada ou não ao provedor de serviço, como Google e o Facebook. “Mas ao fazer a ressalva sobre conteúdos que infringem direitos autorais não resolve um grande problema”, diz o especialista em propriedade intelectual e professor de Direito no Ibmec, Sérgio Branco.

Pedidos de retirada de conteúdo devido a direitos autorais congestionam serviços de internet. Só o Twitter, que publicou seu relatório de transparência no final de julho, contabilizou 9.199 pedidos neste semestre – ou 79% do total de

requisições de retirada de conteúdo –, uma alta de 38% em relação ao último semestre de 2013.

2. LEI DOS DIREITOS AUTORAIS

A lei de direitos autorais em vigor no País, que data de 1998, obriga o serviço a atender pedidos de retirada com ordem judicial. Mas, visando evitar problemas legais, muito conteúdo é derrubado após simples reclamação do titular de direitos autorais.

A lei garante direitos ao cidadão sobre seus dados pessoais, bem como o acesso livre a essas informações por ele, além de determinar o modo de tratamento desses dados por entidades públicas ou privadas, mesmo que as informações estejam armazenadas em centros de dados fora do País – algo muito comum na internet. O projeto ainda prevê a criação de um Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, com autonomia para fiscalizar o cumprimento da lei, atender demandas do cidadão e impor sanções.

3. PRINCIPAL OBJETIVO

O Marco Civil da Internet, nome popularmente dito pela **lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014 – conhecida por “Constituição da Internet” –na qual, é responsável por estabelecer os princípios e garantias normativas do convívio civil na rede mundial online de computadores.

O principal objetivo do Marco Civil da Internet é apontar práticas criminosas no contexto online (cibercrimes), além de prezar pelos ideais da neutralidade de rede, liberdade de expressão, da privacidade dos usuários e dos direitos humanos.

A neutralidade de rede consiste na “democratização” da qualidade e velocidade do acesso à internet, sem distinção de conteúdos que estão disponíveis e livres no ambiente online.

O princípio da liberdade de expressão da a garantia sobre a impossibilidade da censura por parte dos sites e redes sociais, por exemplo, que ficam proibidos de excluir conteúdos dos usuários sem determinação exclusiva de uma ordem judicial (com exceção de conteúdos com nudez ou atos sexuais explícitos e privados, por exemplo).

O Marco Civil da Internet também garante a **privacidade dos usuários**, evitando que as informações pessoais sejam vendidas ou ofertadas para empresas terceiras (nacionais ou internacionais) sem a prévia autorização do usuário (que normalmente deve ser feita no momento do preenchimento dos dados de cadastro de um site, por exemplo).

4. MARCO LEGAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O Ministério da Justiça considera fundamental ter um marco legal de proteção de dados no Brasil baseado no consentimento e no uso legítimo desses dados, ferramentas de exercício de direitos e padrões mínimos de segurança e privacidade para o cidadão. Atualmente, mais de 100 países já possuem leis de proteção de dados pessoais.

Para o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, o País precisa de uma regulamentação nesse sentido, e o governo contará com a participação de todos os brasileiros no debate que será realizado.

"A participação de cada cidadão com ideias, críticas e avaliações é fundamental para que possamos construir uma regulamentação moderna e adequada às necessidades da sociedade", ressalta o ministro.

Um dos principais pontos do Marco Civil é a neutralidade da internet, que garante a igualdade dos serviços prestados a todos os usuários. Desse modo, o tratamento deve ser igualitário - sendo proibida a distinção de preços para a oferta de conteúdo - a todos os dados que trafegam na rede; independentemente da origem, destino, conteúdo, serviço, terminal ou aplicativo.

Outro fator de muita importância é a garantia de privacidade dos dados do cidadão. O texto determina que as empresas desenvolvam mecanismos para garantir, por exemplo, que os e-mails só sejam lidos pelos emissores e pelos destinatários da mensagem, nos moldes que já são previstos para as tradicionais cartas de papel.

5. GARANTIAS E DIREITOS

A Lei [12.965/2014](#) (Marco Civil da Internet) trouxe princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, assegurando

ao cidadão brasileiro que o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania (artigo 7º, caput, Marco Civil). Igualmente garante a inviolabilidade da intimidade e vida privada de quem utiliza os serviços da internet, mas ao mesmo tempo salvaguarda a liberdade de expressão do artigo 5º, IV, Constituição Federal.

É louvável o advento da legislação do Marco civil da internet, visto que é papel essencial do Direito acompanhar o desenvolvimento social e tecnológico da sociedade. Muito embora a internet tenha iniciado no Brasil na década de 90, início dos anos 2000, a sua regulamentação somente adveio em 2014. São anos de descompasso da realidade fática para com a “nova” regulamentação. A recente norma tem o dever de amparar a atual sociedade informacional.

A garantia constitucional fundamental de liberdade de expressão encontra apoio no marco civil da internet, em seus artigos 2º e 3º. Contudo, mesmo com a qualidade de direito fundamental, a liberdade de expressão deve ser limitada, de forma a não prejudicar direito alheio, sempre observando a proporcionalidade e a ponderação.

São questionamentos complexos que a doutrina e jurisprudência ainda lutam para responder. Dada a tenra idade da nossa legislação regulamentadora do uso da web, há um caminho árduo pela frente, para que puna-se os responsáveis por crimes e atos ilícitos cometidos com o uso da internet.

6. PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

A proteção à privacidade foi uma das principais premissas do Marco Civil desde o começo. Na verdade, o projeto foi uma resposta direta à “Lei Azeredo”, que tipificava os crimes digitais e previa, por exemplo, que os dados dos usuários deveriam ser guardados por três anos para investigação criminal. A internet se organizou contra o projeto, considerado “vigilantista”. A partir do debate surgiu a ideia de se garantir alguns direitos do usuário, como privacidade e liberdade de expressão.

Anunciado em novembro de 2009, o Marco Civil teve o texto discutido em 2010 e apresentado à Câmara dos Deputados em 2012. Mas o relator do projeto, Alessandro Molon (PT-RJ), não conseguiu consenso. As empresas de telecomunicações se opunham à proposta de neutralidade, que determina que não pode haver nenhum tipo de filtro na internet. Já as companhias de conteúdo queriam remover da internet qualquer mídia sem

ordem judicial. E os provedores queriam operar com liberdade para não terem de pagar pelo que seus usuários fazem na rede. No meio desse jogo de interesses, o texto sofreu modificações. O contexto social e político também mudou.

“Mas os problemas centrais que motivaram o debate ainda persistem”, diz o jurista e pesquisador em Direito Paulo Rená, que foi o gestor do projeto em seu início, ainda no Ministério da Justiça. “Leis, decisões judiciais, políticas públicas e contratos privados continuam sem ter um parâmetro jurídico comum que seja específico para o uso da internet no Brasil. Ou seja, ainda há ambiente para que cada um faça o que quiser.”

7. ACESSIBILIDADE LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Diante desta breve análise sobre o Marco Civil da Internet e o anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais, conclui-se que o cuidado com a privacidade, honra e imagem pessoal dos usuários da web deve ser absolutamente protegido, mesmo que isso signifique em mitigar a aplicação de preceitos constitucionais, como a liberdade de expressão.

Não obstante, o surgimento da regulamentação da internet é mais essencial nos dias de hoje do que era quando de seu surgimento no Brasil, na década de 90, onde não existia tamanha facilidade de acesso à informações. Em que pese o processo legislativo de tramitação e aprovação da Lei do Marco Civil pudesse ter sido mais célere, ele foi eficiente, pois contou com o auxílio da população, os essenciais usuários da web.

Vivemos hoje em uma sociedade muito mais dinâmica e informacional, que em menos de minutos após um acontecimento, este torna-se global, pela ampla facilidade de acesso à internet, e conseqüentemente compartilhamento. Tal acessibilidade é muito positiva para o crescimento da população. Ao mesmo tempo que lhe traz conhecimentos, pode ser prejudicial.

Desta forma, é bastante positivo o desenvolvimento social que o Marco Civil em conjunto com o anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais, irá gerar. A população é carente de informações legais sobre os limites de sua atuação na web, na qualidade de usuários. Portanto, além da boa aplicação das novas legislações pelos aplicadores do Direito, será necessário informar e instruir os cidadãos.

Assim esse trabalho científico é elaborado seguindo as formas e visões já discutidas e aquelas que ainda estão sendo no momento revisadas.

8. CONCLUSÃO

Desta forma, é bastante positivo o desenvolvimento social que o Marco Civil em conjunto com o anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais, irá gerar. A população é carente de informações legais sobre os limites de sua atuação na web, na qualidade de usuários. Portanto, além da boa aplicação das novas legislações pelos aplicadores do Direito, será necessário informar e instruir os cidadãos.

Assim esse trabalho científico é elaborado seguindo as formas e visões já discutidas e aquelas que ainda estão sendo no momento revisadas.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI340631-17773,00-MARCO+CIVIL+DA+INTERNET+POLITICA+SEM+CONEXAO.html>

²<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/12/governanca-marco-civil-da-internet-e-prova-de-democracia-no-ambiente-digital>

³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. Novo curso de direito civil: abrangendo o código de 1916 e o [novo Código Civil](#)(2002). 4. Ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2008, p. 106

FILHO, Alberto Esteves Ferreira e GOMES, Andreia de Andrade. "Privacidade versus poder"no anteprojeto de proteção de dados pessoais <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-20/privacidade-versus-poder-projeto-protecao-dados-pessoais>>; Acesso em: 12 de julho de 2015.

LAVAGEM DE DINHEIRO E A INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE: NOVOS ASPECTOS COM A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 12.683 DE 2012 SOB A ÓTICA DO EXPANSIONISMO PENAL

THIAGO GONTIJO MATOS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2013). Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo avaliar o tratamento dado a infração penal anterior à lavagem de dinheiro. A recente alteração legislativa advinda da Lei nº 12.683/12 alterou significativamente este tipo penal. Houve uma ampliação considerável do conjunto de infrações antecedentes à lavagem. A partir da nova lei, qualquer ocultação ou dissimulação da origem do produto de qualquer delito ou contravenção penal poderá constituir lavagem de dinheiro. Surgem assim, críticas à proporcionalidade da nova lei, considerando-a uma manifestação do expansionismo penal.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, infração penal anterior, expansionismo penal, proporcionalidade, risco de vulgarização.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO: 2 O PROBLEMA DAS INFRAÇÕES PENAS ANTECEDENTES 2.1 Relação entre infração anterior e prática da lavagem de dinheiro: exaurimento 2.2 Sistema de gerações das legislações 2.3 Crimes antecedentes na Lei nº 9.613/98: críticas ao rol taxativo 2.4 Crimes antecedentes na Lei nº 12.683/12: críticas ao rol aberto 3. RISCO DE VULGARIZAÇÃO: EXPANSIONISMO PENAL E PROPORCIONALIDADE 3.1 O risco de vulgarização 3.2 A expansão do Direito Penal frente a ordem econômica 3.3 Críticas a ampliação da incidência do tipo: expansionismo penal na lavagem de dinheiro 3.4 Princípio da Proporcionalidade 3.5 Proporcionalidade da nova norma 5 CONCLUSÃO. 6.REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Diz-se que o crime de lavagem de capitais depende da existência de um crime antecedente. Ou seja, para que o dinheiro se torne “sujo” e, a partir daí, seja passível do processo de lavagem, é necessária uma prática criminosa anterior para obter o mesmo. Dessa forma, antes que ocorra a lavagem de dinheiro, sempre teremos um crime relacionado: tráfico de drogas, contrabando de armas, sequestro, dentre outros.

A partir de tal análise chegamos ao ponto crucial: a Lei nº 9.613/98, primeira lei a tratar do tema no Brasil, continha um rol taxativo de crimes que antecediam a lavagem. Ou seja, se um criminoso cometesse um crime fora do rol descrito na lei e, posteriormente, realizasse a lavagem de dinheiro, não poderia ser punido pela lavagem. Tal diploma recebeu diversas críticas doutrinárias alegando que sua aplicabilidade/eficácia estaria comprometida por limitar o rol de crimes antecedentes. Isso por que os crimes antecedentes ali descritos não englobavam todas as possibilidades de atividades ilícitas que acarretam a lavagem de dinheiro. Por exemplo, crime como o de sonegação fiscal não estava incluído na lei.

A nova lei de lavagem de dinheiro, nº 12.683/2012, eliminou o rol taxativo dos crimes antecedentes e determinou a substituição do termo *crime* por *infração penal*, englobando, por consequência, as *contravenções penais*. Com isso, houve uma ampliação considerável do conjunto de infrações antecedentes à lavagem. A partir da nova lei, qualquer ocultação ou dissimulação da origem do produto de qualquer delito ou contravenção penal poderá constituir lavagem de dinheiro. Surgem assim, críticas à proporcionalidade da nova lei, considerando-a uma manifestação do expansionismo penal.

O tratamento dados às infrações antecedentes sofria críticas desde 1998 e, após a mudança, em 2012, continuou sendo alvo de debates doutrinários. A partir daí, temos o tema problema do presente artigo: a nova norma é desproporcional? Agiu bem o legislador ao ampliar o conjunto de infrações sujeitas à lavagem? A legislação brasileira se adaptou a corrente mais moderna de previsão de infrações antecedentes conhecida com “terceira geração”? Há “risco de vulgarização”? Ou seja, da aplicação deste crime se tornar banal aos operadores do direito? O emprego cauteloso da norma pelo Poder Judiciário é suficiente para evitar a banalização da aplicação deste crime? A repressão à lavagem de dinheiro, após a Lei nº 9.613/98, teve resultados expressivos?

Para tanto, iremos tomar como referência o posicionamento de Jesús-María Silva Sánchez quanto ao expansionismo do Direito Penal. Buscaremos fazer uma análise crítica da ampliação da incidência do tipo penal da Lavagem de Dinheiro de acordo com o referido autor.

Segue abaixo uma passagem que ressalta a discussão com a nova lei. Assim exemplifica Heloisa Estellita e Pierpaolo Botinni:

haverá situações de perplexidade nas quais o autor da contravenção antecedente, como, por exemplo, aquele que promove jogo de azar, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (3 a 10 anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses a um ano e multa, art 50, LCP).^[1]

Investigar o crime lavagem de dinheiro sobre a perspectiva do expansionismo penal e o tratamento dado a infração antecedente: este é o principal objetivo deste artigo. Para tanto, o que propomos é uma análise crítica das recentes alterações provenientes da Lei nº 12.683/12. Vale ressaltar que não é objetivo do presente artigo uma análise jurídica de toda a lei, iremos nos limitar a discussão do tema problema exposto.

3 O PROBLEMA DAS INFRAÇÕES PENAIS ANTECEDENTES

3.1 Relação entre infração anterior e prática da lavagem de dinheiro: exaurimento.

Segundo Machado, o crime de lavagem de capitais depende da existência de um crime antecedente e possui “uma natureza acessória, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal)”^[2]. É necessário que o fato anterior seja típico, porque se não o for, não existe o crime de lavagem de dinheiro. Além disso, é imprescindível o nexo de causalidade entre o crime antecedente e a lavagem de seu produto, ou seja, a comprovação de que o dinheiro era “sujo”.

Dessa forma, antes que ocorra a lavagem de dinheiro, sempre teremos um crime a ele relacionado: tráfico de drogas, contrabando de armas, dentre outros. Observamos que a lavagem de dinheiro vincula-se, de maneira intrínseca, ao prévio cometimento de infração penal. Em verdade depende de já ter acontecido crime anterior.^[3]

Faz-se necessário uma consideração de suma importância: a diferença entre o exaurimento da infração anterior e a prática de lavagem de capitais. O crime de

lavagem de dinheiro demanda a prática de uma nova conduta delituosa de modo a ocultar/dissimular a origem daquele valor obtido em uma infração antecedente. Ou seja, o mero gasto do dinheiro do crime anterior não configura lavagem de dinheiro. Se um sujeito efetua a venda de drogas e compra um carro em seu nome, não há lavagem, pois não há ocultação ou dissimulação. No entanto, se houve a prática de uma nova conduta visando a ocultação de valores (comprar veículos em nome de “laranjas”, por exemplo) teremos caracterizado o crime de lavagem.

Vale destacar o apontamento de Fausto Martin de Sanctis^[4], segundo o qual a evolução legislativa vem ocorrendo porque, em certo instante, entendeu-se que o foco da questão é a lavagem de dinheiro, não importando precisamente se proveniente da prática deste ou daquele delito. Por mais que o foco da questão seja a lavagem de dinheiro, entendemos que é fundamental a análise do tratamento dado a prática do delito anterior.

3.2 Sistema de gerações das legislações.

Doutrinariamente ocorre uma divisão quanto à previsão de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro. A depender dos crimes elencados nesse rol, a legislação de um país é considerada de primeira, segunda ou terceira geração. Alguns países preveem apenas um crime antecedente à lavagem, outros trazem um rol taxativo e outros deixam em aberto.

Considera-se de **primeira geração** a legislação cuja tipificação do crime anterior à lavagem de dinheiro fica restrita unicamente ao crime de tráfico ilícito de drogas. Recebem tal denominação justamente por serem as primeiras leis do mundo a criminalizarem a lavagem de dinheiro.

A legislação de **segunda geração** relaciona-se com as leis que trouxeram, além do tráfico de drogas, um rol de crimes antecedentes, ampliando o combate a lavagem. O rol ainda é taxativo. Como exemplos, podemos citar a Alemanha e Portugal.

Por fim, existe a legislação de **terceira geração**. Neste grupo temos as leis que não estabelecem um rol de crimes antecedentes, ou seja, apresentam um rol aberto. Em outras palavras, qualquer ilícito penal pode configurar lavagem de

dinheiro. É o caso de Bélgica, Itália, Suíça, México, EUA e, após a Lei nº 12.683/12, o Brasil.

Não há dúvidas, com a nova lei, o Brasil mudou da segunda para terceira geração. Vale destacar o parecer da Comissão de Constituição e Cidadania do Senado Federal sobre o então projeto da Lei 12.683/12 em discussão:

A nova proposta deixa o rol em aberto; isto é, a ocultação e dissimulação de valores de qualquer origem ilícita – provenientes de qualquer conduta infracional, criminosa ou contravencional – passará a permitir a persecução penal por lavagem de dinheiro. Isso igualaria nossa legislação à de países como os Estados Unidos da América, México, Suíça, França, Itália, entre outros, pois passaríamos de uma legislação de “segunda geração” (rol fechado de crimes antecedentes) para uma de “terceira geração” (rol aberto).^[5]

3.3 Crimes antecedentes na Lei nº 9.613/98: críticas ao rol taxativo.

O artigo 1º da referida lei faz a descrição da conduta de “lavagem de dinheiro” e lista o rol taxativo de crimes antecedentes.

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002)

Sobre o crime antecedente na Lei nº 9613/98 destaca o doutrinador André Luís Callegri:

A lei faz menção expressa aos delitos precedentes que podem dar origem ao delito de lavagem de dinheiro. O legislador brasileiro acolhe o sistema restrito, segundo o qual o delito prévio está expressamente previsto na lei, que dizer, o legislador decidiu, por razões de política criminal, incluir um grupo de delitos concretos como idôneos para gerar os bens objeto material do delito de lavagem, pois os delitos prévios que podem gerar o objeto material do delito de lavagem são somente os que vêm descritos na Lei, é dizer, mesmo que outros delitos sejam graves e possam gerar o objeto material para o delito de lavagem ficariam impunes em relação a esse delito.^[6]

A taxatividade era alvo de diversas críticas doutrinárias à época. Já em 2005, magistrados federais que participam do "Encontro dos Juízes Federais das Varas Especializadas em Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro" sugeriram a retirada do rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro. Segundo eles, tal retirada possibilitaria a inclusão, como crimes antecedentes, dos delitos de menor potencial ofensivo (com pena não superior a dois anos) e também das contravenções penais. Os juízes federais justificavam a posição afirmando que a adoção dessa medida poderia coibir a lavagem de dinheiro, evitando a prática desse crime a partir de delitos como o jogo de bicho, por exemplo.[\[7\]](#)

O então Juiz Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e em lavagem de dinheiro, Fausto Martin De Sanctis, coordenador do grupo, afirmou que a intenção seria a de contribuir para o combate efetivo desses crimes: "Com essa alteração, a legislação brasileira se alinhará à legislação equivalente dos países desenvolvidos".[\[8\]](#)

Segundo o titular da Delegacia de Crimes Financeiros da Polícia Federal em São Paulo, Ricardo Saadi, o problema é que a Lei nº 9.613/98 limitaria os crimes antecedentes: "Hoje se uma pessoa cometer sonegação fiscal e tentar legalizar o dinheiro obtido, isso não é considerado lavagem de dinheiro", afirmou o delegado. [\[9\]](#)

Assim, como bem aponta Godinho Costa[\[10\]](#), a referida lei, ao pretender laborar com delitos supostamente de especial gravidade, esbarrou na ilogicidade do sistema, visto que, em face do princípio constitucional da reserva legal[\[11\]](#), não é possível considerar qualquer outro delito como antecedente da lavagem de dinheiro, senão somente aqueles previamente descritos como tais, por mais gravosa ou socialmente repulsiva que seja a conduta e seus efeitos.

Podemos citar como exemplo a omissão ou dissimulação de produtos obtidos com homicídio praticado mediante pagamento ou recompensa (artigo 121, §1º, inciso I do Código Penal) que não é um pressuposto da lavagem de dinheiro. Tal situação também ocorre com o crime de sonegação fiscal, que não consta no rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro por importar no manejo de valores econômicos consideráveis, mas a lei não a inclui no referido rol, conforme consta no item 34 da Exposição de Motivos da Lei 9.613/98:

Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.

Tal fato se mostra equivocado, fazendo-se necessário que este tipo penal se inclua nas hipóteses de crime antecedente. A sonegação fiscal constitui um acréscimo patrimonial, a exemplo do empresário que utiliza notas frias para operar o seu caixa dois e tem um acréscimo ilícito, ademais sabemos também que a economia informal movimentava valores altíssimos, uma cifra importante no mundo inteiro, especialmente no Brasil – exemplo apontado por Fausto Sanctis.^[12]

Lembram Marcia Bonfim e Edilson Bonfim que o estabelecimento de um rol taxativo de delitos prévios, além de dificultar a repressão da lavagem de dinheiro, irá compelir o legislador a uma nova previsão tipificadora tendente a sanar a lacuna existente a cada surgimento de um novo delito que ensejar a lavagem. Em face disso e frente à volatilidade das ações que se operam no campo da lavagem de dinheiro, a lei sempre andarà à retaguarda dos fatos^[13].

Como mostrado anteriormente, o rol taxativo dificulta a repressão todas as condutas passíveis de lavagem de dinheiro pela Polícia Judiciária. A nosso ver, ao fazer esta opção, o legislador brasileiro de 1998 acabou por suprimir algumas condutas que lesavam gravemente o bem jurídico tutelado, qual seja, a ordem econômica. Se o rol taxativo foi alvo de diversas críticas, veremos a seguir que também existem aspectos negativos na ampliação deste rol.

3.4 Crimes antecedentes na Lei nº 12.683/12: críticas ao rol aberto.

A Lei nº 12.683/12 apresentou uma mudança expressiva ao alterar a Lei nº 9.613/98. A relação do rol de crimes antecedentes foi extinta, formando agora um rol aberto. Ficou assim o Art. 1º da referida lei:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

- I - (revogado);
- II - (revogado);
- III - (revogado);
- IV - (revogado);
- V - (revogado);
- VI - (revogado);
- VII - (revogado);
- VIII - (revogado).

A modificação é bastante recente, sendo alvo de diversas críticas. São vários questionamentos a respeito do rol aberto de crimes antecedentes à lavagem. Procuraremos expor os mais variados argumentos de forma a posteriormente confrontar com as críticas feitas ao rol taxativo.

Acerca do tema, Heloisa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottina fazem a seguinte colocação:

A abertura do antigo rol para quaisquer infrações ampliará acentuadamente o espaço de incidência do

tipo. Nesse ponto, merece crítica parcial a alteração, posto que inclui as contravenções penais e as infrações de menor potencial ofensivo, cujas penas são menos severas justamente em razão da menor lesividade das condutas assim classificadas pelo legislador. Haverá situações de perplexidade nas quais o autor da contravenção antecedentes, como, por exemplo, aquele que promover jogo de azar, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (3 a 10 anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses a um ano e multa, art 50, LCP). Se a intenção era atingir o jogo do bicho, melhor seria ter transformado esta conduta em crime ao invés de sobrecarregar o sistema penal com um sem-número de condutas de pouca gravidade.[\[14\]](#)

Além da eliminação do rol taxativo dos crimes antecedentes, vale ressaltar a substituição do termo crime por infração penal. Tal fato proporciona que uma contravenção penal seja passível de incidir no tipo lavagem de dinheiro.

Dessa forma, percebemos um claro alinhamento do legislador com as legislações de terceira geração e, mais especificamente, com as orientações da Convenção de Estrasburgo, relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, e com a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional de 2000, que em seu artigo 6º determina que “os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados”. Tal convenção sugere claramente a ampliação da tipificação dos atos de lavagem.

Contrariando a postura adotada pelo legislativo e apontando críticas às doutrinas estrangeiras, afirma Rodrigo Sanchez Rios :

Em que pese tal busca de homogeneidade legislativa, sobretudo quando se depara com o alcance da criminalidade organizada com ramificações transnacionais, a receptividade a esta nova realidade

sempre esteve acompanhada de um acentuado pensamento crítico doutrinário, seja no âmbito pátrio, seja na experiência comparativa. [...] Não é de se estranhar, portanto, que na doutrina estrangeira se considera “*aberrante, desmesurada, radical e incompreensível*” a ampliação do rol prévio dos crimes antecedentes. Caberia buscar adjetivos capazes de descrever a incongruência da sua total eliminação. Outrossim, denota, no mínimo, péssima técnica legislativa a incorporação da contravenção penal, que sequer reúne em seus contornos a dimensão do injusto pessoal, apta a avalizar os pressupostos de um fato punível.^[15]

Sobre o tema, Celso Sanches Vilardi faz uma outra abordagem, dizendo ser um retrocesso no Brasil tal mudança:

Agora, o sistema brasileiro tem por objetivo punir qualquer lavagem de bem, direito ou valor provindo de infração penal. Uma lei como essa pode ser considerada moderna – ou de última geração – em alguns países da Europa. No Brasil, pesa dizer, é retrocesso: nosso Judiciário não está preparado para o número de processos novos; as polícias estaduais ainda não sabem investigar o crime de lavagem; e muitos operadores do Direito ainda confundem a ocultação da lavagem com o exaurimento do crime anterior, sem falar que, 14 anos após a edição da Lei 9.613, são poucos os casos que apuraram, de fato, a dissimulação e a reintrodução do bem, direito ou valor no sistema econômico com aparência de licitude.^[16]

Concordamos com VILARDI quanto a capacidade da Justiça em suportar novos processos. Agora, com a nova lei, pode-se discutir se ocorreu lavagem de dinheiro com qualquer delito no qual tenha havido transação financeira, como roubo, furto ou jogo do bicho. Isso possibilita que os processos se tornem mais lentos, caso o Judiciário não aguarde esta demanda. Temos um receio de uma maior morosidade

por conta do aumento do número de processos, e talvez até uma mudança de foco. Com a ampliação da incidência do tipo, é possível que as investigações de lavagem de dinheiro se voltem para os pequenos criminosos, ao invés de estarem focadas na punição dos grandes agentes do crime organizado.

O autor Diogo Tebet^[17] também faz críticas a tal mudança legislativa:

A referida alteração legislativa nos parece excessiva. A inclusão de novas figuras típicas como crimes antecedentes (que serão denominadas “infrações penais antecedentes”), resultado da abolição do rol taxativo, é absolutamente desnecessária em razão de as figuras típicas existentes nos incisos do atual art. 1.º já atenderem a preservação do suposto bem jurídico tutelado pela Lei da Lavagem, por mais criticável que seja sua identificação. Além dos decantados vetores contemporâneos do crime de lavagem de dinheiro, a atual lei tutela, ainda que de forma indireta, a segurança nacional, a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, o patrimônio, isso sem falar na liberdade individual, a integridade física e a vida, saúde pública e a paz pública. [...] A configuração do rol dos delitos antecedentes foi precedida por reflexão do legislador. Na exposição de motivos da Lei 9.613/1998 houve o cuidado de se definir ilícitos, *“de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores (...) crimes graves e com características transnacionais”*. Naquela oportunidade, enunciou-se que sem a definição exaustiva de crimes antecedentes *“o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação”*.

Como percebemos, são diversas as críticas doutrinárias a referida mudança legislativa. O legislador ampliou acentuadamente a abrangência do tipo penal visando facilitar a persecução policial e a diminuição dos efeitos socioeconômicos

da lavagem de dinheiro. No entanto, parece não ter havido preocupação com a alta pena que poderá ser aplicadas a condutas de menor potencial lesivo (mínimo de três anos de reclusão), com a capacidade do Judiciário em suportar novos processos e com o “risco de vulgarização”, que estudaremos adiante.

4 RISCO DE VULGARIZAÇÃO: EXPANSIONISMO PENAL E PROPORCIONALIDADE.

4.1 O risco de “vulgarização”

Iremos abordar neste tópico os riscos decorrentes da recente mudança estabelecida no rol de crimes antecedentes à Lavagem de Dinheiro. Nesse sentido, ressaltamos as palavras do Professor Rodrigo Sánches Rios: “Das principais consequências negativas apontadas, *“o risco de vulgarização”* é o mais preocupante, em decorrência da possibilidade do apenamento pelo tipo de lavagem ser superior àquele previsto para o delito antecedente, denotando injustificada desproporção.”^[18] Percebemos com a referida citação que o receio quanto vulgarização do crime de lavagem de dinheiro ao ponto deste se tornar banal aos aplicadores do Direito.

Diogo Tebet^[19] lembra a reflexão do legislador quando da promulgação da Lei nº 9.613/1998 que, ao analisar a exposição de motivos da definição de um rol exauriente de crimes antecedentes, assim dispôs: *“sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação”*.^[20]

Sergio Moro, à época do então projeto de lei que resultaria na nova lei de lavagem de dinheiro, considerava que com a referida reforma, algumas acusações esdrúxulas apareceriam nos foros criminais brasileiros. A título de exemplo, o autor aponta que o crime de furto simples poderá, a partir dessa reforma, figurar como crime antecedente à lavagem de dinheiro. Esse é o risco de vulgarização do crime de lavagem de acordo com o autor.^[21] Conforme veremos em seguida, não nos posicionamos completamente da mesma forma.

Entendemos que há sim o risco de vulgarização, ou seja, da aplicação deste crime se tornar mais comum pelos operadores do direito. Com a promulgação da nova lei pode-se discutir se ocorreu lavagem de dinheiro com qualquer infração na

qual tenha havido movimentação financeira, como por exemplo roubo e furto. Isso, obviamente, passará a ser uma questão mais trabalhada na Justiça. Torna-se, portanto, fundamental que o aplicador do direito saiba distinguir o exaurimento da infração anterior da prática de lavagem de dinheiro. Para que se configure o crime de lavagem de dinheiro é necessário que o sujeito tenha a intenção de ocultar/dissimular a origem do bem proveniente de infração penal. Se o criminoso utiliza o produto do crime com finalidade pessoal (compras no supermercado, por exemplo), não temos configurada a lavagem de dinheiro.

Há aspectos negativos desta vulgarização. Além de uma maior morosidade para o Judiciário é possível que as investigações se voltem para os pequenos criminosos, tirando o foco do crime organizado. Cabe ao operador do direito avaliar se o bem jurídico tutelado foi realmente lesado e se valer do princípio da insignificância quando necessário, de forma a evitar a banalização dos processos por lavagem de capitais. Explicaremos esse raciocínio adiante.

4.2 A expansão do Direito Penal frente a ordem econômica.

Tendo em visto que teremos como referência o posicionamento de Jesús-María Silva Sánchez quanto ao expansionismo do Direito Penal, faz-se necessário o aprofundamento deste tema. Após isso, buscaremos fazer uma análise crítica da ampliação da incidência do tipo penal da Lavagem de Dinheiro de acordo com o referido autor.

O Direito Penal é um instrumento de proteção a bens jurídicos de grande importância social. As teorias expansionistas basicamente defendem que somente com uma atuação firme, rígida, multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade.^[22] Tais teorias consideram que o Direito Penal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa.

Jesus-María Silva Sánchez é um dos doutrinadores que adota uma postura intermediária entre as teses expansionistas e garantistas do Direito Penal. O autor considera que o Direito Penal se expande de diversas formas, seja por um maior número de tipos penais, seja pelo aumento das penas ou antecipação da proteção. Trata-se de um fenômeno global. Sánchez avalia que o Estado utiliza a expansão do

sistema punitivo penal para reafirmar a sua legitimidade através de medidas eficazes de controle social.

Acerca da expansão do Direito Penal, Silva-Sanchez registra que:

é representada pela nova tendência dominante em todas as legislações, quando da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político criminais de garantia.^[23]

A principal manifestação da globalização da economia na área criminal são os delitos econômicos, que diferem, em muitos aspectos, dos delitos clássicos. Destaque-se que são padrões inteiramente diversos: “O crime de autor individual praticado contra vítima específica é sobremaneira diferente, por exemplo, de uma transação financeira fraudulenta que vitima milhares de cidadãos, cuja individualização é difícil, senão impossível”^[24].

Os crimes de caráter econômico têm dado mostras do seu crescimento, principalmente, nos países desenvolvidos, mas o fenômeno, também, é visível, naqueles países em via de desenvolvimento, dentre os quais o Brasil, onde a tendência expansionista manifestou-se a promulgação de diversas leis de caráter econômico, financeiro e tributário.^[25] Prova disso é a nova lei de lavagem de dinheiro que ampliou consideravelmente a incidência deste tipo penal, caracterizando-a como um marco claro do expansionismo penal.

4.3 Críticas a ampliação da incidência do tipo: expansionismo penal na lavagem de dinheiro.

O expansionismo penal, a nosso ver, claramente difundido na nova lei de lavagem de capitais, merece uma reflexão mais aprofundada. Nesse sentido, se posiciona também o periódico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas:

Enfim, a nova lei é mais uma manifestação do expansionismo penal, que, com o escopo de combater a grande criminalidade, acaba por criar regras e dispositivos que exageram a amplitude da norma punitiva, afetam com penas significativas atividades sem maior gravidade, passam para o setor privado a política de prevenção à lavagem e turbam o normal exercício de determinadas atividades. Errou na dose o legislador.[\[26\]](#)

Silva-Sánchez ressalta que “o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida”[\[27\]](#), fato que observamos na nova Lei de Lavagem de Capitais. O autor considera que cabe ao Direito Penal ter uma atuação preventiva em detrimento de uma atuação com caráter repressivo.

Nesse sentido afirma Silva-Sánchez:

Não é frequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva).[\[28\]](#)

Já no ano de 2002, o autor espanhol Silva-Sánchez analisava o instituto da Lavagem de Dinheiro da seguinte forma:

A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação de expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das

condutas, em relação às quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante).[29]

A nosso ver, o doutrinador considera que a tipificação de lavagem de dinheiro apresenta um viés razoável e outro irrazoável no que se refere a expansão do Direito Penal. Não há o que se discutir quanto ao viés razoável. A lavagem de dinheiro, em seu núcleo, é claramente prejudicial à ordem econômica, tornando-se penalmente relevante. No que se refere a outras condutas que não lesionam a ordem econômica de modo penalmente relevante, concordamos com o doutrinador. Com uma pena mínima de três anos de reclusão, não podemos considerar que qualquer ocultação ou dissimulação da origem, natureza ou disposição do bens provenientes de infração penal constitui lavagem de dinheiro.

A título de exemplo, consideremos uma situação de jogo do bicho, no qual o criminoso consegue o ativo financeiro de pequeno vulto de forma ilícita e, posteriormente, o introduz no mercado tornando-o com aparência ilícita. Haveria cometido lavagem de dinheiro? De acordo com a nova lei, sim. Entendemos que neste caso não há que se falar em crime de lavagem de dinheiro, mas somente na contravenção penal jogo do bicho. Afetar com penas significativas, atividades sem maior gravidade, não nos parece razoável. No entanto, caso este criminoso utilizasse um alto ativo financeiro, prejudicial a ordem econômica, vemos necessária a punição pela lavagem de dinheiro.

Consideramos que errou o legislador ao ampliar de forma acentuada as condutas antecedentes passíveis de punição por lavagem de dinheiro. A legislação, ao determinar uma severa pena mínima de 03 (três) anos, dificulta uma melhor avaliação pelo Poder Judiciário quanto às situações de menor potencial lesivo. O ideal seria que legislador tivesse incluído condutas relevantes ao rol taxativo, como sonegação fiscal e jogo do bicho, ou então, estabelecido um parâmetro claro para ocorrência da lavagem. É certo que a avaliação deve se dar no caso concreto. Contudo, um parâmetro financeiro como o estabelecido para os crimes tributários (Art. 20 da Lei 10.522)[30], auxiliaria os operadores do direito em uma melhor aplicação da lei. Como exemplo hipotético podemos citar o seguinte parâmetro: a configuração de lavagem só se dará em condutas de ocultação de bens provenientes de crimes que envolvam quantias financeiras superiores a R\$ 10.000,00. Dessa forma, condutas insignificantes que não lesem o bem jurídico

tutelado não seriam passíveis de configurar tal crime. Algo razoável, que a nosso ver simplificaria a aplicação da lei.

4.4 Princípio da Proporcionalidade

Antes de analisarmos a proporcionalidade da nova norma faz-se necessário o estudo do princípio da proporcionalidade. É inegável que o princípio da proporcionalidade é considerado um dos mais importantes para o direito penal. Tal princípio impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais excessivas, ou seja, que causem aos cidadãos danos mais graves que o necessário para a proteção do interesse público.

A grande questão é encontrar o verdadeiro limite de restrição de direitos, sem impor ao indivíduo uma restrição desproporcional a um direito fundamental. Dessa forma, podemos afirmar que o princípio da proporcionalidade determina que o Direito Penal não deve ser utilizado como mero instrumento de poder. Deve haver proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, como exigência indispensável a garantia da justiça. Ou seja, uma pena para ser proporcional não pode ser excessiva.

Nesse sentido, a proporcionalidade representa uma especial característica de garantia aos cidadãos, vez que impõe que as restrições à liberdade individual sejam contrabalançadas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e somente confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o ela determina.[\[31\]](#)

Ferraciolim, citando Demetrio Creso, considera que:

Em relação ao exercício do poder punitivo estatal, primeiramente o princípio da necessidade reclama que a incriminação de uma conduta seja meio imprescindível para a proteção de bens jurídicos e comporte a intervenção mínima possível sobre os direitos da pessoa para alcançar tal finalidade.

Em segundo lugar, o princípio da adequação requer que a incriminação da conduta e

consequência jurídica desta, pena, seja apta a alcançar o fim que as fundamentem.

Em último lugar, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que comporta a pena e o fim perseguido com a incriminação e com as penas previstas.^[32]

Paulo Queiroz afirma que “deve o castigo guardar proporção com a gravidade do crime praticado”.^[33] A ideia de proporção entre pena e crime tem relação direta com o conceito de igualdade, e, conseqüentemente, com o anseio de justiça.

4.5 Proporcionalidade da nova norma.

Buscaremos nesse tópico analisar a proporcionalidade da alteração realizada pelo artigo 1º da Lei nº 12.683/13 tendo em vista a possibilidade do apenamento por crime de lavagem ser muito superior à sanção prevista para o crime antecedente. O crime de lavagem de dinheiro tem como pena a reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos e multa. Em muitas situações a infração antecedente possui uma pena consideravelmente menor. Com a nova lei, tal situação se destaca ainda mais, uma vez que as contravenções penais agora podem ser um pressuposto para lavagem de dinheiro.

É proporcional a aplicação de uma pena mínima de 03 anos de reclusão para o crime de lavagem de dinheiro que teve como infração antecedente uma contravenção penal? A depender da gravidade do crime e da lesão ao bem jurídico tutelado, sim.

Assim exemplifica o Professor de Direito Penal da USP, Pierpaolo Cruz Bottini: “*ainda que bem intencionada, a norma é desproporcional, pois punirá com a mesma pena mínima de 3 anos o traficante de drogas que dissimula seu capital ilícito e o organizador de rifa ou bingo em quermesse que oculta seus rendimentos*”.^[34] Consideramos nesse exemplo um raciocínio com claro exagero. O que está em questão na tipificação da lavagem de dinheiro é a gravidade dos danos causados por esta. Não há como estabelecer um juízo *a priori* ao se comparar um traficante de drogas com um organizador de bingos. Se ambos realizam a

ocultação/dissimulação do dinheiro obtido com suas atividades, cabe a análise da aplicação da pena no caso concreto. Ora, se o organizador de bingos oculta milhões de reais e o traficante alguns milhares, é razoável que o primeiro tenha uma pena relativa à lavagem superior ao último.

Devemos relacionar a aplicação desse princípio da proporcionalidade com o bem jurídico tutelado e o princípio da insignificância. O bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro é a ordem econômica financeira. Para configuração do crime de lavagem é fundamental que o bem jurídico seja afetado. Se um criminoso que furta certa quantia e gasta em compra de bebidas alcoólicas, por exemplo, é claro que não ocorreu lavagem. A ordem econômica financeira não foi lesada. A lavagem é delito sócio econômico, relacionado com o bom funcionamento da economia, não é qualquer ocultação financeira que prejudica este bem jurídico.

Nesse sentido, também é necessário a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela). O princípio da insignificância reúne quatro condições essenciais para sua aplicação: a mínima ofensividade da conduta, a inexistência de periculosidade social do ato, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada.^[35] Deve ser adotado quando a conduta praticada pelo agente atinge de forma tão ínfima o valor tutelado pela norma que não se justifica a repressão. Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a crimes de pequena monta, devendo haver lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado.

A referida ampliação do conjunto de infrações susceptíveis à punição pela Lavagem de Dinheiro não afronta diretamente o princípio da proporcionalidade como afirma alguns autores. Cabe ao Judiciário a aplicação cautelosa da norma, valendo-se do princípio da proporcionalidade para determinação da sanção penal coerente com a gravidade do fato.

5 CONCLUSÃO

Tivemos como foco de discussão a recente modificação advinda da nova lei que foi promulgada com intuito de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. No *caput* do artigo 1º foi suprimido o rol de crimes que davam ensejo a lavagem, trocando-se o termo *crime* por *infração penal*,

permitindo que se configure como crime de lavagem a dissimulação ou ocultação da origem de recursos provenientes de qualquer crime ou contravenção penal. Com isso, surge o tema problema debatido ao longo do texto: o tratamento dado a infração antecedente.

A eliminação do rol de infrações penais antecedentes apresenta vantagens e desvantagens. Algumas infrações penais relevantes como o crime de sonegação fiscal e a contravenção penal jogo de bicho não estavam incluídos no rol taxativo da Lei nº 9.613/98, fazendo-se necessário a intervenção do legislador. Banqueiros do “jogo do bicho”, ao realizar o processo de lavagem de capitais não podiam ser acusados desse crime, porque o antecedente era uma contravenção penal (Lei de Contravenção Penais, art. 58) e não um crime. Sendo assim, consideramos que a ampliação dos crimes antecedentes à lavagem tem esse fator vantajoso, qual seja o de facilitar a criminalização, a persecução penal de lavadores profissionais e a inclusão de crimes relevantes até então suprimidos.

No entanto, buscamos apontar alguns pontos negativos da ampliação da incidência deste tipo penal. Vemos com receio a aplicação de uma pena de 03 anos de reclusão (pena mínima da lavagem de dinheiro) a condutas de menor potencial lesivo. Ou seja, afetar com penas significativas condutas sem maior gravidade. A nosso ver, cabe ao magistrado analisar no caso concreto a tipificação do delito de lavagem, valendo-se, caso necessário, do princípio da insignificância.

Constatamos também um possível problema com a nova norma. Com a ampliação da incidência do tipo, é possível que as investigações de lavagem de dinheiro se voltem para os pequenos criminosos, ao invés de estarem focadas na punição dos grandes agentes do crime organizado. Ou seja, concordamos com alguns autores quanto ao risco de vulgarização da aplicação da norma.

Dentro dessa questão da banalização da aplicação da nova norma, buscamos explicitar a diferença entre exaurimento da infração anterior e a prática da lavagem de dinheiro. Com a nova lei, a lavagem está atrelada a qualquer infração penal. No entanto, nem toda infração antecedente que resulta em uma aquisição patrimonial constituirá lavagem. Faz-se necessária para configuração da lavagem que o sujeito oculte/dissimule aquele bem proveniente da infração. Além disso, consideramos que seja imprescindível que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro – ordem financeira e econômica – seja afetado de forma considerável.

Também vemos com receio a capacidade do Judiciário em suportar novos processos. O fato de ser possível a discussão sobre a ocorrência de lavagem de dinheiro em qualquer delito no qual tenha havido transação financeira, como roubo, furto ou jogo do bicho, poderá sobrecarregar o judiciário. Vale ressaltar que o combate e a prevenção à Lavagem de Dinheiro encontra limitações de conhecimento até pelos próprios operadores do Direito. Como vimos, trata-se de uma lei subtilizada pelo Ministério Público e pelo Judiciário.

Ao longo do texto, com base no posicionamento do doutrinador Silva-Sanchez, percebemos que a nova lei apresenta nesse ponto uma marca do expansionismo penal, representando uma ampliação da incidência do tipo penal já existente. Não consideramos essa fato totalmente negativo. Tal ampliação permitiu, como já abordado, a inclusão de condutas importantes até então suprimidas. No entanto, vemos com preocupação a aplicação de penas significativas a condutas sem maior gravidade.

Além disso, ao ampliar o leque e passar a admitir qualquer crime ou contravenção penal como antecedente, é possível, como já dito, que a nova legislação se volte a pequenos delitos, perdendo seu foco. Dessa forma, consideramos que melhor seria se o legislador tivesse incluído condutas relevantes ao rol taxativo, como sonegação fiscal e jogo do bicho, ou então, estabelecido um parâmetro claro para ocorrência da lavagem. É certo que a avaliação deve se dar no caso concreto. Contudo, um parâmetro financeiro como o estabelecido para os crimes tributários (Art. 20 da Lei 10.522)[36], auxiliaria os operadores do direito em uma melhor aplicação da lei.

Buscamos analisar a proporcionalidade da ampliação da incidência do tipo penal Lavagem de Dinheiro. As penas impostas ao crime de lavagem de dinheiro são altas, sendo que deve haver uma adequação entre a infração anterior e a imputação dessa pena. Ou seja, a gravidade da sanção necessita de uma relação de adequação com o a relevância do bem jurídico protegido. A lavagem de dinheiro constitui um delito sócio-econômico, está relacionada com a regularidade e bom funcionamento da economia. Para configurar tal crime há de haver uma lesão considerável, sob pena de ferir o princípio da proporcionalidade.

Por fim, percebemos na inovação legislativa uma política de um Direito Penal mais repressivo, em detrimento de um Direito Penal preventivo. A nosso ver, a

legislação é bem intencionada, busca claramente aumentar a repressão ao crime de lavagem. No entanto, abre espaços para uma aplicação desproporcional por parte dos operadores do direito. É necessário cautela na aplicação da norma. Concluímos o texto com a frase: “A democracia precisa de virtude, se não quiser ir contra tudo o que pretende defender e estimular”. Ter a virtude de identificar a melhor forma de tutelar dos bens é essencial para a norma penal. Cabe a todos os operadores do direito envolvidos, primar pela aplicação sensata do texto legal, tornando proporcional a persecução penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARAS, Vladimir. **Críticas ao projeto da nova lei de lavagem**. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigos-docs/artigo-nova-lei-lavagem-dinheiro.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2013.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro**. *Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral 1, 14ª Edição, ED. Saraiva, 2009

BONFIM, Marcia Bonassi Mougenot e BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro**. O Estado de São Paulo, 27.06.2012, Seção B2.

BRAGA, Eduardo. **Parecer do Relator pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ao Projeto de Lei do Senado nº 209, de 2003**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/109203.pdf>>. Acesso em: 10/03/2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 04 de março de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940. Institui o Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>Acessado em: 04 de março de 2013.

BRASIL. Lei nº 9.613/98, de 03 de março de 1988. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acessado em: 03 de março de 2013.

BRASIL. Lei nº 12.683/12, de 09 de julho de 2012. **Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acessado em: 03 de março de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.522/02, de 19 de Julho de 2002. **Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acessado em: 28 de março de 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro.** Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luís. **O erro de tipo no delito de lavagem de dinheiro.** Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro.** Dizer o Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br>>. Acesso em 10/03/2013.

CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CNJ. Lavagem de dinheiro deve ser combatida com descapitalização da organização criminosa. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23897-lavagem-de-dinheiro-deve-ser-combatida-com-descapitalizacao-da-organizacao-criminosa>>. Acessado em: 19 de março de 2013.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Sobre Lavagem de Dinheiro.** Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1>>. Acessado em: 04 de março de 2013.

COSTA, Gerson Godinho. **O tipo penal da lavagem de dinheiro.** In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. Lavagem de dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Editorial. **Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 01, ago, 2012.

ESTELLITA, Heloisa. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Alterações na Legislação de Combate à Lavagem: Primeiras Impressões.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 02, ago, 2012

Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acessado em: 17 de março de 2013.

FERRACIOLIN, Jéssica. **Aspectos polêmicos da nova lei de lavagem.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174774,61044-Aspectos+polemicos+da+nova+lei+de+lavagem>>. Acessado em: 20 de março de 2013.

Lavagem de dinheiro: um problema mundial [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Brasília: UNDCP, 1999.

MACEDO, Fausto. **Juiz federal propõe mudanças no projeto de lei de lavagem de dinheiro.** Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juiz-federal-propoe-mudancas-no-projeto-de-lei-de-lavagem-de-dinheiro,838261,0.htm>>. Acessado em: 17 de março de 2013.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **O novo crime de “lavagem de dinheiro” e a infração penal antecedente: legislação de terceira geração.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardomachado/2012/07/11/o-novo->

[crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-legislacao-de-terceira-geracao/](#)>. Acesso em: 8 mar. 2013.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2006.

MILITÃO, Eduardo. **Delegados pedem modernização da lei de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <http://www.empresalimpa.org.br/index.php/noticias/delegados-pedem-modernizacao-da-lei-da-lavagem-de-dinheiro>> Acessado em: 10 de março de 2013.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 03, ago, 2012.

RONCATO. Clovis José. **Sonegação Fiscal e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/fis/supervisao/docs/monografiaclovisroncato.pdf>>. Acessado em: 09 de março de 2013.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Os antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional**. In: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo;

MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**; tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 62.

STF. **Supremo aplica princípio da insignificância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/.asp?idConteudo=104746>> Acessado em: 03 de Abril de 2013.

STJ. **Juizes sugerem retirada do rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77700> Acesso em: 10 de março de 2013.

TEBET, Diogo. **Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 18-19, ago, 2012.

VILARDI, Celso Sanchez. **A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 17, ago, 2012.

NOTAS:

[1] ESTELLITA, Heloisa. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Alterações na Legislação de Combate à Lavagem: Primeiras Impressões**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 02, ago, 2012.

[2] MACHADO, Leonardo Marcondes. **O novo crime de “lavagem de dinheiro” e a infração penal antecedente: legislação de terceira geração**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/leonardomachado/2012/07/11/o-novo-crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-legislacao-de-terceira-geracao/>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

[3] PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes. **Lavagem de Dinheiro. A tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 109

[4] SANCTIS, Fausto Martin de. **Os antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional**. In: BALTAZAR JUNIOR,

José Paulo; MORO, Sergio Fernando. Lavagem de dinheiro – Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. p. 59.

[5] Eduardo Braga. **Parecer do Relator**, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ao Projeto de Lei do Senado nº 209, de 2003. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/109203.pdf>. Acesso em: 10/03/2013.

[6] CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 137

[7] STJ. **Juízes sugerem retirada do rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro**. http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77700> Acesso em: 10 de março de 2013.

[8] STJ. **Juízes sugerem retirada do rol taxativo dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro**. http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=77700> Acesso em: 10 de março de 2013.

[9] Militão, Eduardo. **Delegados pedem modernização da lei de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <http://www.empresalimpa.org.br/index.php/noticias/delegados-pedem-modernizacao-da-lei-da-lavagem-de-dinheiro>> Acessado em: 10 de março de 2013.

[10] COSTA, Gerson Godinho. **O tipo penal da lavagem de dinheiro**. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. **Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

[11] Art. 5º, XXXIX, CRFB: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[12] SANCTIS, Fausto Martin de. **Os antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional**. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). **Lavagem de dinheiro. Comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 60.

[13] BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 60 e 61.

[14] ESTELLITA, Heloisa. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Alterações na Legislação de Combate à Lavagem: Primeiras Impressões.** *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 02, ago, 2012.

[15] RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 03, ago, 2012.

[16] VILARDI, Celso Sanchez. A ciência da infração anterior e a utilização do objeto da lavagem. *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 17, ago, 2012.

[17] TEBET, Diogo. **Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes.** *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 18-19, ago, 2012.

[18] RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações na lei de lavagem de dinheiro: breves apontamentos críticos. *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 03, ago, 2012.

[19] TEBET, Diogo. **Lei de lavagem de dinheiro e a extinção do rol dos crimes antecedentes.** *In* Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 18-19, ago, 2012.

[20] **Exposição de Motivos da Lei 9.613/1998.** Disponível em: < <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1/exposicao-de-motivos-da-lei-9.613>>. Acessado em: 17 de março de 2013.

[21] Moro, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

[22] SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 62.

[23] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais;** tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

[24] PEREIRA, Flavia Goulart. PEREIRA, Flavia Goulart. **Os crimes econômicos na sociedade de risco.** RBCCRIM, 2004.p. 122

[25] Exemplos de leis: Lei n. ° 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular; A Lei n. ° 4.137, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre a repressão aos abusos do poder econômico; A Lei n. ° 4.729, de 14 de julho de 1965 - Lei de Sonegação Fiscal; A Lei n. ° 8.884, de 11 de junho de 1994 - Lei de Prevenção e

Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica -, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a Ordem Econômica; Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995 - Lei de Repressão às organizações criminosas -, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas; A Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998 - Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro -, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei.

[26] Editorial. **Nova lei de lavagem de dinheiro: o excesso e a banalização.** In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 01, ago, 2012.

[27] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais;** tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 139.

[28] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais;** tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 23.

[29] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal : aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais;** tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

[30] BRASIL. **Lei nº 10.522/02**, de 19 de Julho de 2002. Art. 20: **Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033 , de 2004)**

[31] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.59.

[32] FERRACIOLIN, Jéssica. **Aspectos polêmicos da nova lei de lavagem.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174774,61044-Aspectos+polemicos+da+nova+lei+de+lavagem>>. Acessado em: 20 de março de 2013. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. RODRÍGUEZ YAÛE, Cristina (Coordinación). Curso de Derecho Penal Parte General. 2ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, SL, 2010, p. 69-70.

[33] QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 48.

[34] BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Sobre a nova Lei de Lavagem de dinheiro**. O Estado de São Paulo, 27.06.2012, Seção B2

[35] STF. **Supremo aplica principio da insignificância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/.asp?idConteudo=104746>> Acessado em: 03 de Abril de 2013.

[36] BRASIL. **Lei nº 10.522/02**, de 19 de Julho de 2002. Art. 20: **Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033 , de 2004)**

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES À LUZ DA DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

BRUNO DE UGALDE MELLO:
Advogado, formado pela Universidade
Federal de Santa Maria - UFSM.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo a respeito da aplicação das teorias da responsabilidade civil em razão do exercício das atividades dos notários e registradores frente a Lei n.º 8.935/94, Constituição, doutrina e jurisprudência. Utilizou-se do método dedutivo, dividindo o estudo em três grandes capítulos: o primeiro capítulo se presta a analisar o instituto da responsabilidade civil em um sentido mais amplo, no segundo capítulo foram feitas considerações sobre as atividades desenvolvidas nessas serventias registras e notariais, para só então, em um terceiro capítulo, ser feito um estudo, unindo estes dois tópicos, a respeito da responsabilidade civil dos notários e registradores propriamente dita. No primeiro tópico a análise da responsabilidade civil é feita desde a sua trajetória histórica, demonstrando toda a evolução sofrida até os entendimentos atuais, analisando os seus elementos caracterizadores, suas teorias e modalidades, ainda, neste capítulo é destinado um tópico para o estudo e contextualização da responsabilização do ente estatal. No capítulo 2, o trabalho se dedicou a tratar dos serviços de registros públicos, elencando seus aspectos históricos, seus princípios informativos, a natureza jurídica de tais serviços e as atribuições inerentes aos seus titulares. Por fim, em um terceiro capítulo o estudo se fundamenta na junção dos dois primeiros capítulos sendo abordada a competência para delegação e fiscalização desses serviços pelo Poder Público, a responsabilidade civil dos titulares e a responsabilização do ente estatal.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil, Serventias Notariais e Registrais, Responsabilidade Estatal, Subsidiariedade, Solidariedade.

SUMÁRIOS: Introdução. 1 Proposições Iniciais Sobre o Instituto da Responsabilidade Civil. 1.1 Histórico da Responsabilidade Civil. 1.2 Elementos da Responsabilidade Civil. 1.2.1 Conduta Humana: Ação ou Omissão. 1.2.2 Culpa ou Dolo Do Agente. 1.2.3 Dano ou Prejuízo. 1.2.4 Nexo de Causalidade. 1.3 Teorias e Modalidades da Responsabilidade Civil. 1.3.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. 1.3.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva 1.4 A Responsabilidade Civil do Estado. 1.4.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

Estatal. 1.4.2 A Responsabilidade Civil do Estado no Brasil. 2 Aspectos Gerais da Atividade Notarial e Registral. 2.1 Evolução Histórica do Sistema Notarial e Registral no Brasil. 2.2 Princípios Informativos Que Regem as Atividades Notariais e Registrais. 2.2.1 Princípio da Publicidade. 2.2.2 Princípio da Autenticidade. 2.2.3 Princípio da Segurança Jurídica. 2.3 Considerações Gerais Sobre a Atividade Notarial e Registral. 2.4 Natureza Jurídica da Atividade Desempenhada Pelos Notários e Registradores. 2.5 Atribuições dos Notários e Registradores. 3 A Responsabilidade Civil dos Titulares De Serventias Notariais e Registrais 3.1 Competência Para Delegação e Fiscalização das Serventias Pelo Poder Público 3.2 A Aplicação das Teorias da Responsabilidade Civil em Face dos Serviços Notariais e Registrais 3.3 A Responsabilidade Civil do Estado em Relação às Atividades Notariais e Registrais. 4 Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objetivo fazer uma análise da responsabilidade civil dos notários e registradores frente a doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores e, principalmente, a lei n.º 8.935/94 e suas alterações promovidas pela lei n.º 13.286/2016, sem prejuízo dos demais ordenamentos legais que serão abordados no decorrer do trabalho.

O objetivo principal deste trabalho é o aspecto particular do instituto da responsabilidade civil aplicada ao exercício profissional dos notários e registradores, buscando analisar como a matéria é tratada desde a sua origem no Brasil, ou seja, desde os primórdios da colonização brasileira até a atualidade.

Far-se-á uma evolução histórica da legislação vigente no Brasil, até os tempos atuais, momento que estão em vigor as leis n.º 8.935, 6.015 e suas alterações, que tratam da atividade notarial e de registro em especial.

Em relação a atividade desenvolvida nos cartórios e tabelionatos, a pesquisa foi direcionada ao estudo da natureza jurídica de tais serviços, uma vez que, já nesse aspecto, pode-se encontrar divergências doutrinárias e jurisprudenciais. De um lado considerando ser um serviço público desenvolvido por particulares, e, de outro, uma atividade exercida por agentes públicos. Essa análise faz-se

imprescindível para o presente tema, pois dela se ramifica, como consequência, a análise da responsabilidade civil.

No corpo do trabalho, foram colhidos e selecionados diversos posicionamentos contemplando as correntes e teorias inerentes ao instituto da responsabilidade civil, fundamentando as respectivas linhas de pensamento, tais quais as teorias da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, e o conceito da solidariedade e subsidiariedade da responsabilidade estatal em relação a eventos danosos.

Em um primeiro capítulo, buscou-se fazer uma apresentação geral do tema da responsabilidade civil, sem adentrar, nesse momento, no mérito do assunto deste trabalho, sendo feito um estudo histórico da responsabilidade, seus elementos caracterizadores, as modalidades e teorias aplicáveis e, por fim, a responsabilidade do Estado em face aos serviços prestados por seus delegados.

No capítulo 2, pretendeu-se elaborar um panorama em relação às atividades desenvolvidas no âmbito dos serviços de registro e notariais a quais foram as principais modificações na natureza jurídica desses serviços com o advento da Constituição da República de 1998 e da Lei n. 8.935/94. Far-se-ão considerações a respeito das características e peculiaridades inerentes a estas atividades, demonstrando a trajetória histórica do sistema registral e notarial no Brasil, com uma abordagem principiológica inerente a tais atividades, para, posteriormente, adentrar no estudo da natureza jurídica pela qual o serviço é desenvolvido e as consequentes atribuições dos titulares.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-á especificamente o tema da responsabilidade civil aplicada às atividades desenvolvidas pelos notários e registradores, analisando acerca da competência para delegar e fiscalizar esses serviços pelo Poder Público. Após, serão abordadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da incidência da teoria da responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Será feita uma abordagem sobre a possibilidade de responsabilização do Estado juntamente com o particular, e quanto à forma da responsabilização daquele, se solidária ou subsidiária. Por fim, abordar-se-ão as alterações legislativas promovidas na n.º 13.286.

1 PROPOSIÇÕES INICIAIS SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Histórico da Responsabilidade Civil

A ideia central do tema da responsabilidade civil decorre de um dos princípios basilares ou de uma obrigação natural de não lesar outrem, possibilitando assim o convívio em sociedade.

Pode-se dizer que a responsabilidade *lato sensu* ou dever de reparar se divide em responsabilidade penal ou criminal e a responsabilidade civil propriamente dita. Enquanto que aquela o agente causador do dano, em regra, responde com o seu direito de locomoção, neste, o agente responde, na medida do possível com o seu patrimônio, seja na tentativa de restabelecer o patrimônio do lesado, seja como medida punitiva ao próprio causador do dano.

As primeiras delineações acerca da Teoria da Responsabilidade Civil surgiram no Direito Romano. O instituto da responsabilidade civil nasceu, inicialmente, misturado com a responsabilidade criminal.

“O Estado assumiu assim, ele só, a função de punir. Quando a ação regressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal”^[1].

Foi a Lei Aquília que trouxe o primeiro conceito jurídico do princípio geral regulador da reparação do dano. Com o advento da *Lex Aquilia da damno* é que surgiu o instituto hoje conhecido como a Responsabilidade Civil Extracontratual, muitas vezes ainda chamada simplesmente de *Responsabilidade Aquiliana*. Esboçou a noção de culpa como fundamento para a responsabilidade, sendo que caso o agente agisse sem culpa, estaria isento de qualquer responsabilidade^[2].

Posteriormente, as ideias românicas foram gradativamente aperfeiçoadas pelos franceses, que introduziram o princípio geral da responsabilidade civil, sendo esse conceito inserido no Código de Napoleão em seu art. 1.382 :*“Tout fait*

quelconque, l'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

O fundamento de responsabilidade civil também sofreu uma evolução com os franceses, ou seja, a culpa deixou de ser o único argumento para que a responsabilidade ficasse caracterizada, pois passou a reconhecer que a existência do risco de dano caracterizaria a responsabilidade civil.

Enquanto no direito romano, os casos de responsabilidade civil já eram pré estipulados para Lei Aquília era imprescindível a caracterização da culpa causadora do dano, já no direito francês bastava a existência da culpa pelo dano gerado ou apenas o risco pelo dano, não se falando também em casos de responsabilidade pré dispostos pela lei.

Importa ressaltar que com o reconhecimento do risco também como fundamento para a responsabilidade civil, não houve nenhuma supressão da culpa como fundamento para tal, o que aconteceu foi simplesmente uma ampliação do conceito e das hipóteses de reparação na esfera patrimonial e sobre isso escreve Antônio Chaves:

“numa ocasião em que se contam às centenas de milhares as vítimas de acidentes de trânsito e das negligências ou imperícias profissionais, apresenta-se não sob o manto de conveniência, mas de necessidade imperiosa de lançar mão da teoria do risco”[3].

No Brasil, primordialmente, o Código Criminal de 1830 passou a ser entendido como um código criminal e civil, pois estabelecia reparações na esfera criminal, assim como na esfera cível. No entanto, essa reparação civil era condicionada a condenação criminal, o que por muitas vezes impossibilitava a restituição de um dano que, por ventura, não resultava de um ilícito penal.

Esse sistema evoluiu, inevitavelmente, com a adoção do princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.

Inicialmente, a responsabilidade exclusivamente civil era baseada em uma teoria subjetiva, conforme o Código Civil de 1916, para a qual era imprescindível a prova de culpa ou dolo para que a responsabilidade civil ficasse caracterizada.

Acontece que com o surto das revoluções industriais advindas dos movimentos europeus ocorreu uma multiplicação exacerbada dos danos, o que propiciou o estudo e a aplicação de novas e diversas teorias acerca do instituto da responsabilidade civil. A teoria que conquistou o seu espaço foi a já referida teoria do risco, a qual, sem substituir a teoria da culpa, passou a encarar a responsabilidade como um aspecto objetivo, ou seja, sem mais a necessidade de prova da culpa ou dono do agente causador do dano, bastando a comprovação nexo causal e do dano, elementos esses que serão estudados a seguir.

Em suma, a responsabilidade civil objetiva ocorria nos casos em que os operários sofriam acidentes em decorrência do exercício de suas funções, uma vez que exerciam atividades perigosas. Os patrões eram responsabilizados independentemente de terem culpa pelo dano causado, ou seja, eram responsabilizados objetivamente.

Atualmente, apesar de o Código Civil de 2002 em seus art. 186 e art. 927 se assentarem na ideia da culpa subjetiva, diversos outros dispositivos, mesmo em leis esparsas denotam que o instituto da responsabilidade objetiva é adotado, conforme o próprio parágrafo único do art. 927, *in verbis*:

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

Segundo, o art. 936 e o art. 937 que tratam da responsabilidade objetiva do dono do animal e do dono do edifício em ruína, quando houver danos a terceiros em ambos os casos; a lei de acidentes de trabalho e o Código Brasileiro de Aeronáutica também demonstram claramente a possibilidade da responsabilidade sem a observância da culpa.

Como não bastasse isso, o Código Civil de 2002 inova mais uma vez quando prevê que não somente as atividades previamente consideradas perigosas serão reconhecidas como tal para fins de responsabilidade objetiva. A lei dispõe que, sem revogar as já reconhecidas, caberá ao julgador analisar a questão da periculosidade a fim de considerar ou não a responsabilidade em decorrência do risco.

1.2 Elementos da Responsabilidade Civil

A caracterização dos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil não é uma tarefa fácil, pois a doutrina é bastante divergente quanto às condições necessárias.

O art. 186 do Código Civil de 2002 é a base fundamental para o estudo a respeito dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, uma vez que dispõe que ninguém tem o direito de causar prejuízo a outrem, veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.[\[4\]](#)

Da redação deste dispositivo a doutrina majoritária conceitua quatro elementos principais que caracterizam o dever de reparar, os quais são: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade; e, dano; assim dispõe Carlos Roberto Gonçalves[\[5\]](#). Henrique Bolzani[\[6\]](#), por sua vez, considera pressupostos da responsabilidade civil o fato, a imputabilidade, a ilicitude, o nexo causal e o dano. Maria Helena Diniz, assim como Gonçalves, dispõe que a responsabilidade civil requer uma ação, a ocorrência de um dano e um nexo de causalidade entre a ação e o dano evidenciado.

Para fins didáticos, adota-se a classificação de Silvio de Salvo Venosa que classifica os elementos da responsabilidade em conduta humana (ação ou omissão); culpa ou dolo do agente; dano ou prejuízo; e, nexo de causalidade[\[7\]](#).

Nesse momento, far-se-á uma análise particular de cada elemento que foi mencionado.

1.2.1 Conduta Humana: Ação ou Omissão

Como primeiro elemento constitutivo da responsabilidade civil, tem-se a conduta humana, representada na ação ou omissão de um indivíduo em determinada situação. Trata-se da conduta humana, comissiva ou omissiva, voluntária ou involuntária e contrária ao ordenamento jurídico[\[8\]](#).

Segundo Maria Helena Diniz, a ação poderá ser considerada lícita ou ilícita. Entende-se que a ilicitude de uma conduta humana baseia-se na ideia de culpa, pois a responsabilidade sem culpa remonta às disposições da teoria do risco, ou seja, da responsabilidade objetiva.

O comportamento do indivíduo causador do dano poderá ser comissivo ou omissivo, sendo aquele a prática de um ato contrário a legislação vigente, e este baseado em uma omissão, ou seja, quando o agente deixa de tomar alguma atitude que dele era esperada.

Ressalta-se que essa conduta, tanto comissiva, quanto omissiva, deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pelo agente ao qual se imputa o fato danoso. Quando ela decorrer, por exemplo, de coação absoluta, delírio febril, sonambulismo, hipnose, ato falho, casos fortuitos e força maior, não quer se falar em voluntariedade do agente, não existindo assim a conduta, bem como o dever de indenizar.

1.2.2 Culpa ou Dolo do Agente

Em geral, trata-se da culpa a violação do cumprimento de um dever, o qual o agente deveria observar e ter ciência^[9].

Conforme o entendimento de Maria Helen Diniz, culpa se trata da:

“Violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo dano de não ter-se apercebido do ser ato nem medido as suas conseqüências”^[10].

Rui Stoco, mais especificamente, considera o presente pressuposto como o: “comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou de violar

direito, mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que o erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*”[\[11\]](#).

O dolo e a culpa são abrangidas pela culpabilidade. O dolo se trata da vontade e da consciência de violar o direito de outrem, através de um meio ilícito, enquanto que a culpa ocorre através da imprudência, imperícia ou negligência. A imprudência é um comportamento desprovido de cautela, ou seja, o indivíduo causa o dano por precipitação; a imperícia se dá quando falta ao sujeito a devida habilidade ou até mesmo o dom para a realização de tal atividade; e, por fim, a negligência ocorre quando através de uma atitude omissiva, na qual o sujeito deixa de observar algumas normas referentes ao agir com atenção, discernimento e capacidade[\[12\]](#).

Em regra geral, não se pode falar em responsabilidade isenta de culpa, uma vez que ela é elemento essencial a caracterização da responsabilidade civil. A única possibilidade de ocorrer a responsabilização sem culpa é o caso da responsabilidade objetiva, teoria esta que será abordada a seguir[\[13\]](#).

Em relação ao *quantum* indenizatório, não há diferenciações a respeito da conduta culpo ou doloso, conforme o entendimento expresso por Carlos Roberto Gonçalves:

“Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano. Em outras palavras, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. Adotou o legislador a norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (in lege Aquiliaet levíssima culpa venit)”[\[14\]](#).

O diploma civil dispõe nesse sentido, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização. [\[15\]](#)

No entanto, em diversos casos de responsabilização da esfera cível, a forma na qual ela é fundamentada não foi capaz de oferecer solução satisfatória frente aos prejuízos ocasionados em razão dos progressos tecnológicos, premido de um conseqüente aumento nos acidentes. Em vista disso, a corrente objetiva da responsabilidade civil desvinculou a necessidade da comprovação ou da ocorrência da culpa ou dolo em tais situações, fundando-se assim, a responsabilidade, apenas na atividade ilícita, ou no risco produzido por ela [\[16\]](#).

Dessa forma, o indivíduo terá o dever de indenizar sempre evidenciado o dano, independentemente de culpa, até mesmo de presunção, pois a responsabilidade civil objetiva decorre da lei [\[17\]](#).

A responsabilidade objetiva, imposta a determinadas pessoas em razão da lei ou até mesmo pelo desenvolvimento de determinada atividade de risco, trata-se da obrigação de reparar o dano causado pela atividade realizada no interesse do agente, sob seu controle e fiscalização, sem questionar a respeito da culpa do causador do dano, estando presente somente o nexos causal que liga o dano à conduta omissiva ou comissiva do agente.

O Código Civil de 2002, em seu art. 927, dispõe a respeito da responsabilidade civil subjetiva, mas fazendo a ressalva a respeito da teoria objetiva em parágrafo único, veja-se:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. [\[18\]](#)

Mister destacar a questão da imputabilidade, elemento constitutivo da culpa, pois ela deverá observar os elementos e as circunstâncias pessoais de quem

causou o dano[19]. Conforme Maria Helena Diniz: “são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Portanto, ter-se-á imputabilidade quando o ato advier de uma vontade livre e capaz”[20].

A imputabilidade é caracterizada pela capacidade de discernimento e auto determinar-se[21].

No entanto, há exceções ao instituto da imputabilidade, que ocorrem quando o agente não possui a capacidade ou a liberdade para definir o seu ato como ilícito, como ocorrem em algumas situações, por exemplo, que as circunstâncias obriguem o agente agir da tal forma contrária a lei.

Nesse sentido, o art. 928, do CC/02, dispõe que o menor de 18 anos poderá ser responsabilizado quando a pessoas responsáveis por ele não puderem fazê-lo, desde que tal reparação não reduza o responsável a condições insuportáveis de sobrevivência, devendo, dessa forma, a indenização ser equitativa[22], *in verbis*:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.[23]

Pode-se dizer que estão excluídos do dever de responsabilidade os “loucos” ou dementes, uma vez que responderão de forma subsidiária quando a vítima não conseguir a reparação através dos responsáveis legais.

Ainda é excluída a responsabilidade daquele que atendendo a praticamente todos os requisitos da imputabilidade, deverá escolher um interesse em detrimento de outro[24]. São inimputáveis aqueles que causarem danos decorrentes do exercício irregular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade e legítima defesa, uma vez que tais condutas não configuram atos ilícitos, conforme dispõe o art. 188, do Código Civil[25].

Derradeiramente, não será responsabilizado o agente quando o nexos causal não estiver evidenciado, ou seja, nas situações de fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior e eventuais disposições contratuais.

Feito isso, passa-se a análise do dano.

1.2.3 Dano ou Prejuízo

Conforme a lição de Rui Stoco^[26], não é possível tratar de responsabilidade sem prejuízo, sendo este evidenciado pela ocorrência do dano. A ocorrência do dano é elemento essencial na caracterização da responsabilidade do agente, independentemente que oriunda de ato ilícito, lícito ou de descumprimento contratual. Conforme o jurista, a existência do dano se faz necessária independentemente de responsabilidade civil na modalidade subjetiva ou objetiva.

A obrigação de indenizar quando da ocorrência de um dano, ou seja, é imprescindível que o fato culposos, lícito ou ilícito, tenha ocasionado um prejuízo para um indivíduo ou uma coletividade. Nesse sentido o jurista estrangeiro, João de Matos Antunes Varela, assevera:

Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras de trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. Este surge penas quando ao facto ilícito sobrevém um dano.^[27]

Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, entende que o dano é o principal elemento da responsabilidade civil, uma vez que “não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”^[28].

Os danos decorrentes de atos lícitos ou ilícitos podem ser de várias formas, tais como o dano material, dano moral, dano estético, que ocasiona a incapacitação física ou intelectual, entre outros. Ressalta-se que em regra, a reparação deve ser

pleiteada pelo lesado, mas a doutrina também explica o dano indireto e o direto[29]. Este é aquele que deve ser pleiteado especialmente por quem auferiu o prejuízo, enquanto que aquele, pleiteado por seus familiares e excepcionalmente por um terceiro[30].

É imprescindível para a verificação do dano, que ele seja certo e efetivo. O prejuízo nunca poderá ocorrer de forma hipotética ou irreal, será necessária a demonstração do dano e efetiva lesão ao patrimônio da vítima, ressalvado os casos do dano *in re ipsa*, que acontece nos casos de dano moral[31].

Ainda cabem considerações a respeito da certeza do dano quando ele decorre da “perda de uma chance”. Essa situação se apresenta quando a pessoa perde a oportunidade de obter ganhos pessoais no futuro; mas, por óbvio, essa modalidade deve ser analisada conjuntamente com a certeza do prejuízo, uma vez que se trata da perda de uma chance que era prevista e não simplesmente uma situação hipotética, tal como o exemplo: se o carro não tivesse quebrado eu poderia ter feito a aposta a tempo e poderia ter ganhado na loteria[32].

Conforme fora mencionado, o dano pode ser dar de forma indireta, que se dá em decorrência mediata da perda sofrida pelo lesado de forma direta, através da repercussão em outros bens ou indivíduos que não os atingidos diretamente. É o denominado dano por mero reflexo ou ricochete, ou como pela denominação francesa *dommage par ricochet*[33]. Quando este dano, de forma indireta, estiver comprovado de forma direta efetiva, haverá o dever de reparação.

O dano pode, por fim, ser posto de duas formas: o dano patrimonial ou material e o dano extrapatrimonial ou moral; ramificando-se em danos emergentes, que é aquilo que efetivamente se perdeu, e lucros cessantes, representado por tudo aquilo que se deixou de ganhar. O art. 402 do Código Civil dispõe a respeito:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.[34]

Dano moral ou extrapatrimonial é aquele que abala o psicológico da vítima, ferindo interesses não patrimoniais. A reparação de tais prejuízos não pode ter uma

equivalência em pecúnia, uma vez que essas lesões não se exprimem financeiramente, dessa forma, o valor da indenização será representado por um valor convencionado, que não poderá o agente causador ser levado à ruína, bem como a vítima ao enriquecimento sem causa[35].

A Súmula 37 do STJ[36] dispõe pela possibilidade de cumulação de dano material e moral, desde que oriundos do mesmo fato.

Portanto, o *dano* pode ser considerado a condição de existência da reparação civil, uma vez que inexistente o dano patrimonial ou, ao menos, dano o extra patrimonial, ou seja, dano moral não há que se falar em responsabilização. Dessa forma prevalece o entendimento de que, mesmo havendo violação de um dever jurídico com culpa, e até mesmo dolo por parte do agente, não existe a obrigação de indenizar se não se verificar o prejuízo por uma das partes.

1.2.4 Nexo de Causalidade

O nexo causal ou nexo de causa é o liame subjetivo que vincula a conduta do sujeito com a do dano causado. Não se trata de um conceito jurídico, mas simplesmente uma relação entre a conduta e o resultado lesivo. Maria Helena Diniz pondera:

Não será necessário que o dano resulte imediatamente do fato que produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá ser a causa imediata, mas se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência.[37]

A doutrina formula três teorias principais a fim de explicar e fundamentar o instituto do nexo causal, diante das diversas situações em que a identificação dessa relação se tornou problemática. São elas: teoria da equivalência de condições; teoria da causalidade adequada; e, teoria da causalidade direta ou imediata[38].

A teoria da equivalência de condições é aquela que leva em conta todos os fatores causais que possam ter influenciado no evento danoso. Essa teoria foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13[39]. No direito civil, essa teoria se torna um pouco inviável, pois poderia levar a uma investigação infinita de fatos externos que poderiam ou não ter influenciado no fato lesivo[40].

Na teoria da causalidade adequada, só leva-se em consideração o que é, de fato, idôneo e capaz de caracterizar o evento danoso[41], ou seja, não se analisa praticamente nenhum fator externo a relação jurídica capaz de causar eventuais danos.

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata considera, necessariamente, antecedente fático o evento estritamente ligado à causa do prejuízo, sendo o dano uma consequência imediata ou direta da conduta. Também é conhecida como teoria da interrupção do nexa causal[42].

A doutrina e juristas adotam as teorias da causalidade direta ou imediata e a teoria da causalidade adequada, não dispondo de um posicionamento pacífico. O Código Civil, por sua vez, adota expressamente a teoria da causalidade imediata, conforme a disposição do art. 403, *in verbis*:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.[43]

Dessa forma, o *nexo de causalidade* ou *relação de causalidade* é considerado na relação existente entre a conduta do agente e o dano ocasionado. É um elemento essencial para a caracterização da responsabilidade, pois é por meio da relação de causal que podemos identificar o fato causador do dano e, por conseguinte, contra quem será imputado o dever da indenização. Na responsabilidade civil objetiva, conforme em seguida será abordada, apesar de prescindir da comprovação da culpa, a ocorrência do nexa da causalidade se faz necessária para haver a indenização. Segundo Henrique Bolzani[44], as excludentes que rompem com o nexa de causalidade, elidindo a responsabilidade civil, até mesmo nos casos de responsabilidade objetiva são de culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, e a fato exclusivo de terceiro.

Assim, uma vez estudados os elementos da responsabilidade civil, deverão ser observados dentro de cada modalidade de responsabilidade, as quais serão apresentadas, pois em certas modalidades alguns são imprescindíveis, enquanto que outros podem não estar presentes, como é o caso da responsabilidade civil objetiva, onde a culpa e o dolo não serão analisados.

1.3 Teorias e Modalidades da Responsabilidade Civil

Os tipos de modalidades de responsabilidade civil que se estuda no presente trabalho podem ser analisados de duas formas, contratual ou extracontratual, quando versar a respeito da origem da tal obrigação; e também poderá certa subjetiva ou objetiva, quando a análise for a respeito da necessidade ou não de existência de culpa para o dever de reparação.

1.3.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Primeiramente, cabem comentários à respeito da origem dessa responsabilidade civil, ou seja, de ponderações em relação a reparação de ato lesivo por fato contratual ou extracontratual.

A responsabilidade civil contratual, como a própria denominação sugere, decorre da inobservância de um acordo prévio estipulado entre as partes. Maria Helena Diniz entende a respectiva modalidade da seguinte forma:

Inexecução de negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, ou seja, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar.[\[45\]](#)

A responsabilidade civil contratual é aquela que decorre da violação de um dever jurídico pré-estabelecido em um negócio jurídico, bilateral ou unilateral. Nessa modalidade, a culpa se presume, pois se fundamenta única e exclusivamente no inadimplemento de uma obrigação contratual, cabendo ao devedor ilidi-la, alegando inexistência da culpa ou excludente de obrigação de reparar, conforme os artigos 389 e 393, do CC[\[46\]](#).

Já a responsabilidade civil extracontratual, também denominada de responsabilidade civil aquiliana, é aquela que se origina do dever geral de não lesar outrem, e encontra fundamento legal nos artigos 186 a 188, e art. 927[\[47\]](#).

Para Rui Stoco a responsabilidade civil aquiliana é conceituada da seguinte forma:

O encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão, violar direito e causar dano a outrem. [48]

Marie Helena Diniz, por sua vez, define como:

Resultante do inadimplemento normativo, ou melhor, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz (CC, art. 927), visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual. A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. [49]

Dessa forma, conforme os ensinamentos expostos, compreende-se que na responsabilidade civil extracontratual o encargo da prova é da vítima, a qual deverá comprovar a culpa do causador do dano, bem como os demais elementos da responsabilidade, como, em regra, o nexos causal, o dano e a conduta do agente.

Entende-se ainda, que ambas as responsabilidades baseiam-se nos mesmos princípios fundamentais, pois, conforme o posicionamento adotado por STOCO [50], a ideia de responsabilidade é uma.

1.3.2 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

O já estudado elemento da culpa poderá ser ou não essencial para que o dever de indenizar seja caracterizado. Para essa análise é necessário adentrarmos no tema da responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A respeito da modalidade de responsabilidade subjetiva, GONÇALVES tece os seguintes comentários:

Diz-se, pois, ser “subjéitiva” a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.[\[51\]](#)

A responsabilidade civil subjéitiva é aquela que se justifica pela presença da culpa ou do dolo, por ação ou omissão lesiva a determinada pessoa, como requisito necessário para que haja o dever de indenizar[\[52\]](#). Conforme a doutrina subjéitiva, a noção de responsabilidade é princípio pelo qual cada um responde conforme a sua culpa – *unuscuíque sua culpa nocet*, cabendo assim, ao autor, o ônus de provar a culpa ou dolo do réu[\[53\]](#).

No Código Civil, sendo a regra geral, vem prevista nos artigos 186, 187 e 927, veja-se:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

(...)

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.[\[54\]](#)

No entanto, em virtude da industrialização e urbanização decorrentes da Revolução Industrial, em várias situações as vítimas passaram a ficar desamparadas, sem receber qualquer ressarcimento em caso de danos, uma vez

que a comprovação da culpa ou dolo do agente se tornou um fardo pesado e muitas vezes intransponível[55].

VENOSA corrobora o entendimento:

“O âmbito da responsabilidade civil sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos dos fatos sociais. (...) A questão tem a ver com os princípios de dignidade humana do ofendido e da sociedade como um todo. Muito cedo se percebeu no curso da história que os princípios da responsabilidade com culpa eram insuficientes para muitas situações de prejuízo, a começar pela dificuldade de prova da própria culpa.”[56].

A fim de resolver a problemática foi criado o instituto de responsabilidade civil objetiva, atualmente prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro[57].

Essa espécie de responsabilidade civil prescindia da comprovação ou até mesmo da inexistência do dolo ou da culpa do agente, percebendo somente os outros requisitos da responsabilidade, quais sejam: o nexo de causa, dano e conduta omissiva ou comissiva do agente[58].

O Código Civil adota a responsabilidade civil de forma expressa e *numerus clausus*, conforme disposto no parágrafo único do artigo 927, e os artigos 928, 932 e 938[59]. Ressalta-se também que não só a referida lei civil adota tal modalidade, ela também tem previsão no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90); Lei n. 6.453, que dispõe sobre a responsabilidade do operador nuclear; Lei de Acidentes do Trabalho; Código Brasileiro de Aeronáutica; entre outras.

Portanto, entende-se que ordenamento jurídico brasileiro, adota um sistema dual quando se refere à responsabilidade civil subjetiva e objetiva, uma vez que ambas coexistem simultaneamente, sendo a responsabilidade subjetiva a regra e a responsabilidade objetiva a exceção, sempre dependendo de previsão legal expressa. Elas são fundamentadas no *neminem laedere*, ou seja, o preceito de que ninguém deve ser lesado pela conduta de outrem[60].

1.4 A Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado pode ocorrer nas duas modalidades já estudadas, a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. A contratual, em regra, se dá em conformidade com a teoria da responsabilidade subjetiva, nos termos da lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)[61]. No entanto, não será o foco do presente trabalho, uma vez que o tema deverá ser analisado em conjunto com assuntos do Direito Administrativo.

Dessa forma, em relação ao tema da responsabilidade extracontratual do Estado, percebe-se que ele poderá causar danos aos administrados, seja por condutas comissivas, seja por condutas omissivas, devendo assim responder pelos prejuízos ocasionados. Assim é o entendimento de DI PIETRO:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.[62]

É importante destacar que o tema da responsabilidade civil do Estado e seus agentes já foi alvo de ferrenhas discussões e diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Desde já, ressalta-se que o foco do trabalho é especificamente a responsabilidade civil dos notários e registradores no exercício de suas atividades, bem como a de seus prepostos, mas o estudo da responsabilidade do ente estatal se faz necessária para a compreensão do respectivo regime jurídico daqueles.

1.4.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil Estatal

Historicamente, evidenciam-se três marcos importantes acerca da teoria da responsabilidade civil do Estado. O primeiro deles vem a ser a Teoria da Irresponsabilidade; o segundo representado a fase da culpa do ente estatal, foi quando surgiram as teoria civilistas; e por ultimo, a teoria publicista, que defendia a responsabilidade do Estado fundada no risco. DI PIETRO corrobora a exposto:

A regra adotada, por muito tempo, foi a da irresponsabilidade; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, ainda hoje

aceita em várias hipóteses; evolui-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para o outro, de acordo com normas impostas pelo direito positivo. [63]

A teoria da irresponsabilidade era predominantemente adotada pelos governos absolutistas, ficando conhecido o brocardo “*the king can do no wrong*”, que significava que o rei não erra, eximindo o Estado de qualquer dever de reparação.

Posteriormente, com a quebra do poder absolutista, a responsabilidade do Estado entrou em uma fase de transição, na qual deveria haver a distinção dos atos de gestão e dos atos de império. Nesta fase transitória, quanto aos atos de império vigorava ainda a teoria da irresponsabilidade, mas quanto aos atos de gestão, começou a surgir o dever de indenizar do Estado [64].

Em meio ao século XIX, a teoria da irresponsabilidade restou completamente ultrapassada, admitindo-se assim a responsabilidade do Estado desde que comprovado o dolo ou culpa, ou seja, da mesma forma que respondiam os particulares entre si, sem fazer qualquer distinção entre os atos de império e de gestão. Essa responsabilidade era baseada nos princípios civilistas da responsabilidade civil.

Já no século XX vigoravam ideias de que o Estado deveria se sujeitar a regras especiais, e dessa forma não poderia responder de forma igualitária com os particulares, ou seja, na forma subjetiva. Nesse meio surgiram as teorias publicistas da responsabilidade civil, segundo elas, o Estado deveria fundar no princípio da igualdade de ônus e encargos sociais, conforme as sábias palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

(...) entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do ônus proveniente de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa das atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o

princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.[\[65\]](#)

Dentre as teorias publicistas, podemos citar a teoria da culpa administrativa e a teoria do risco. A teoria da culpa administrativa procurava desvincular a necessidade da comprovação da culpa pelo ente particular em face do ente estatal para que houvesse o dever de indenizar. Trata-se da responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço.

Mesmo assim, não tendo que comprovar a culpa do Estado, mas apenas a falta do serviço, em muitas situações esse encargo se tornou intransponível para que a vítima tivesse o seu prejuízo reparado e foi nesse sentido que advieram a teoria do risco, subdividida em risco administrativo e risco integral.

Em geral, na teoria do risco é necessária apenas a comprovação do dano e do nexo causal entre o prejuízo sofrido e a conduta estatal, sendo indiferente que o serviço tenha funcionado bem ou mal, certo ou errado. A teoria do risco administrativo é aquela que admite as excludentes do dever de indenizar, com a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiros, caso fortuito ou força maior e etc., enquanto que a teoria do risco integral não admite excludentes, uma vez que o Estado será sempre responsabilizado quando houver danos[\[66\]](#).

1.4.2 A Responsabilidade Civil do Estado no Brasil

No Brasil, a teoria publicista foi adotada na Constituição Federal de 1946, adotando a teoria do risco administrativo e abandonou as teorias civilistas, até então vigentes. A teoria adotada permaneceu até a Constituição 1967, onde foi disposto que, para a ação de regresso, era necessário o dolo do agente público.

Na Constituição Federal de 1988 permaneceu a teoria do risco administrativo, com o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, no entanto, inovou o art. 37, parágrafo 6º, veja-se:

§ 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.[\[67\]](#)

O dispositivo supracitado dispõe expressamente à respeito da responsabilidade também objetiva das empresas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sejam elas permissionárias, concessionárias ou integrantes da Administração Pública indireta, e não mais somente das pessoas jurídicas de direito público.

Nestes casos, o Estado responderá de forma subsidiária, ou seja, primeiro deverá ser exaurido o patrimônio da pessoa jurídica privada, só assim poderá a vítima se voltar contra o Estado. Conforme entende BOLZANI, pensar diferente disso implicaria em um retrocesso à evolução do sistema de responsabilidade civil[\[68\]](#).

Apesar de a doutrina minoritária entender que o Estado, em caso de danos provocados por atos omissivos, deveria responder de forma subjetiva, o Supremo Tribunal Federal já proferiu julgado[\[69\]](#) dispondo que o Estado deveria responder de forma objetiva, mesmo que o prejuízo decorre de conduta omissiva, sendo esta a causa imediata e direta do dano ocorrido.

Por fim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 43, adotou direcionamento da CF/88 em relação ao tema, veja-se:

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.

A matéria não poderia ter sido tratada de outra forma, uma vez que o tema é matéria abordada na própria Constituição, mas apesar da desnecessidade, andou bem a lei civil a reforçar o entendimento da Magna Carta.

2 ASPECTOS GERAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

2.1 Evolução Histórica do Sistema Notarial e Registral no Brasil

Logo nos primeiros anos do descobrimento do Brasil por Portugal, a Coroa Portuguesa passou a delegar algumas tarefas a determinados funcionários de Portugal, a fim de vincular das terras do Brasil ao Rei de Portugal e essas terras receberam o nome de sesmarias[70]. Já nessa época, elas eram devidamente registradas para que o Rei pudesse exercer um maior controle sobre tais.

Esse sistema de sesmarias vigorou até a independência do Brasil, que com a Constituição do Império ficou ressalvado o direito a propriedade[71], mas nada referindo a respeito do registro de tais propriedades[72].

Com a entrada em vigor da chamada Lei de Terras (Lei n. 601/50), surgiram as chamadas terras devolutas, e foi atribuído ao vigário de cada freguesia lançar no Livro de Registro as declarações dos possuidores de terras. O vigário também tinha do dever de lançar tais declarações ao Delegado Diretor-Geral de Terras Públicas da respectiva província. Sobre o tema, os comentários de RIBEIRO:

O referido Registro do Vigário foi criado pelo Decreto n. 1.318/1854 em regulamentação à Lei n. 601/1850 e tinha por base tão-somente natureza declaratória, ou seja, não realizava qualquer tipo de transferência da propriedade, pois até aqui a propriedade não se transmitia por contrato, mas sim pela entrega do bem.[73]

Em 1864 foi criado o Registro Geral, que instituiu que a transferência de bens imóveis deveria ser transcrita no registro, não se operando mais pela simples tradição e conferindo um caráter de publicidade ao ato formal.

No entanto, esse Registro Geral não fazia prova de domínio do bem imóvel, fato este que só foi sanado com o advento do Código Civil.

O Código Civil Brasileiro de 1916 substituiu o Registro Geral pelo Registro de Imóveis, dispondo que a propriedade se adquire pela transcrição do título de propriedade no âmbito do registro de imóveis, conforme os seus dispositivos 530, I, e 856 e seguintes[74].

Ainda sobre a vigência do Código Civil de 1916, a Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) aprimorou a atividade registral, criando o sistema de matrícula dos imóveis e sistematizando os atos em registro e averbação.

Atualmente, na vigência do Código Civil de 2002, percebe-se que foi dada maior ênfase a atividade de registro de imóveis, conforme o disposto nos artigos 1.227 e 1.245:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

(...)

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.[\[75\]](#)

Uma vez vista a evolução histórica da atividade notarial e registral no Brasil, passa-se à análise de seus princípios.

2.2 Princípios Informativos que Regem as Atividades Notariais e Registrais

Pode-se citar uma vasta gama de princípios aplicáveis ao sistema notarial e registral, tais como: publicidade, fé pública, segurança jurídica, imparcialidade, cautelaridade, tecnicidade, autonomia funcional e etc. No entanto, baseia-se, principalmente, em dois dispositivos norteadores da atividade, o artigo 236, caput, da Constituição Federal, e o artigo 1º da lei 8.935/94:

Art. 236, CF – Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.[\[76\]](#)

Art. 1º, lei n. 8.935/94 – Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.[\[77\]](#)

Da exegese dos dispositivos supra-elencados extraiu-se quatro princípios fundamentais da atividade notarial e de registro: princípio da publicidade; princípio da autenticidade; princípio da segurança jurídica, e o princípio da eficácia[\[78\]](#).

2.2.1 Princípio da Publicidade

A publicidade inerente às atividades notariais de registro resulta da própria natureza de tal atividade, uma vez que são revestidas de caráter eminentemente público.

É norma de observância básica de qualquer ato do serviço notarial e registral, pois tais atos, por si só, geram publicidade e, por conseguinte, passam a ser de conhecimento de todos, ou seja, passa a ser uma condição oponível erga omnes.

Segundo CENEVIVA, o princípio da publicidade possui uma tríplice função:

a) transmite ao conhecimento de terceiros interessados ou não interessados a informação do direito correspondente ao conteúdo do registro, excetuados apenas os sujeitos ao sigilo;

b) sacrifica parcialmente a privacidade e intimidade das pessoas, informando sobre bens e direitos seus ou que lhes sejam referentes, a benefício das garantias advindas do registro;

c) serve para fins estatísticos, de interesse nacional ou de fiscalização pública.[\[79\]](#)

Em muitos casos, a publicidade é a própria condição de validade do ato, em casos de se adquirir, transmitir, modificar, resguardar ou extinguir direito.

2.2.2 Princípio da Autenticidade

O princípio da autenticidade remete-nos a presunção de veracidade do ato de registro, ou seja, pelo fato de o documento passar por um exame formal, a atestação dos oficiais e dos notários confere autenticidade aos referidos documentos. Uma vez registrados, os documentos passam a constituir prova plena na justa expressão da lei.

Ressalta-se que a autenticidade é do ato de registro e não a respeito do negócio jurídico realizado, pois o registrador não acordam de realizar tal análise[80].

CENEVIVA profere ensinamentos a respeito de tal princípio:

Qualidade do que é confirmado por ato de autoridade: de coisa, documento ou declaração de verdadeiros. O registro cria presunção relativa de verdade. É retificável, modificável e, por ser o oficial um receptor de declaração de terceiros, que examina segundos critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não da autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina. Só o próprio registro tem autenticidade.[81]

Sobre o princípio da autenticidade não há demais delongas, assim analisaremos a questão da segurança jurídica.

2.2.3 Princípio da Segurança Jurídica

A segurança conferida pelo ato registral se dá uma vez que a atividade é fiscalizada pelo Poder Judiciário, conforme fora referido, devendo ser obedecido o rigoroso controle quanto às formalidades necessárias, sendo assim capaz de alcançar terceiros (princípio da publicidade)[82].

A matrícula é uma expressão desse princípio, visto que através dela se pode identificar o dono de um imóvel, e só com o registro na respectiva matrícula pode-

se alterar a propriedade. Esse entendimento está expresso no artigo 1.245, parágrafo 1º do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título no Registro de Imóveis.

Parágrafo 1º. Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.[\[83\]](#)

Por fim, passa-se a análise do princípio da eficácia dos atos notariais e de registro.

2.2.4 Princípio da Eficácia

Pelo princípio da eficácia entende-se que é o ato ou documento passa a estar apto para produzir seus efeitos jurídicos e, como já referido, apto a produzir prova.

Além de conferir publicidade ao ato ou documento que foi levado a registro, em sentido amplo, produz o efeito da afirmação da boa-fé dos que praticaram tal ato ou firmaram o documento, tudo isso decorrente da presunção de verdade dos assentamentos[\[84\]](#).

O princípio da eficácia e o da publicidade se entrelaçam, produzindo assim alguns efeitos práticos:

O registro imobiliário do contrato ou da escritura, bem como da decisão judicial, por força da publicidade inerente a este ato de registro, imprime ao negócio e à decisão uma expansão eficaz, na medida em que esta passa a produzir e a irradiar efeitos também para a órbita de direitos de terceiros, conferindo ao ato jurídico abrangência erga omnes.

Ocorre, portanto, esse alargamento eficaz provocado pelo registro, que é uma das marcas ínsitas ao direito de propriedade, que tem como característica a sua

oponibilidade contra todos e não só contra o alienante ou ex-titular do domínio.[\[85\]](#)

Como já foi mencionado, poderíamos citar e aprofundar-nos em diversos outros princípios inerentes a atividade notarial e registral, mas como a principiologia não é o foco deste trabalho, ater-nos-emos aos que foram expostos.

Prosseguindo, mister algumas considerações a respeito da atividade em si que está sendo estudada.

2.3 Considerações Gerais Sobre a Atividade Notarial e Registral

A atividade registral e notarial tem a finalidade primordial de conferir publicidade, autenticidade e eficácia aos atos jurídicos, conforme melhor explicado nos princípios anteriormente. Uma vez que esse serviço é oferecido a toda sociedade, deve ser feito com eficiência e organização. Tratam-se de verdadeiros serviços públicos desenvolvidos por particulares dotados de fé-pública[\[86\]](#).

MEIRELLES conceitua serviço público de uma forma genérica:

Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.[\[87\]](#)

Já PARIZATTO dispõe a respeito da atividade de registros especificamente:

Inscrições ou as transcrições de documentos em livros públicos mantidos pelos órgãos de registro, realizadas por oficiais públicos, para imprimir existência legal, dando forma pública a certos atos jurídicos que para terem validade dependem de tal inscrição ou transcrição, embora o registro possa ser feito facultativamente pelo interessado como medida de segurança, nos casos em que o mesmo é dispensado.[\[88\]](#)

Antes da CF/88, os serviços notariais e registrais eram um privilégio concedido às famílias “bem” relacionadas, sendo este um benefício hereditário e vitalício, pois quando o titular da serventia falecia, seus herdeiros passavam a ser os responsáveis.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 algumas alterações se sucederam, tal como a do caput do artigo 236 que dispõe que: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.”[\[89\]](#)

Dentre estas alterações, duas merecem destaque.

A primeira importante alteração diz respeito a forma pela qual a atividade notarial e registral é exercida, uma vez que o texto legal refere que ela será exercida em caráter privado e por delegação do Poder Público. Trata-se de uma delegação *sui generis*, pois não é desempenhada por delegação, nem por permissão, assumindo assim, contornos próprios.

Ainda sobre o assunto, surgiu a dúvida quanto qual poder era responsável pela delegação e fiscalização de tais serventias, mas a interpretação sistemática da lei n. 8.935 terminou com as discussões, dispondo sobre a competência do Poder Judiciário para com as atividades notariais e registrais[\[90\]](#).

Outra alteração importante é a contida no parágrafo 3º do art. 236, CF/88, que dispõe a respeito do ingresso na atividade, *in verbis*:

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.[\[91\]](#)

Com o advento da Constituição vigente passou a ser obrigatório o concurso público para ingresso notarial e registral, buscando corrigir falhas, distorções e privilégios constatados no passado, e de modo a garantir a aplicação dos princípios da impessoalidade, moralidade e transparência, inerentes a Administração Pública, a qual o serviço em foco integra.

Cabe referir que será permitido ao titular da serventia contratar funcionários e até mesmo prepostos e substitutos, desde que sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, que poderão agir em seu nome sob sua total responsabilidade[92].

Aspecto a ser observado é em relação à natureza jurídica da atividade notarial e registral, uma vez que resulta de uma miscigenação, pois quem exerce serviço público por delegação, deve fazê-lo por meio de concessão ou permissão da Administração, bem como aquele que é aprovado em concurso público para provimento de um cargo público exerce exatamente um cargo público, e não uma atividade em caráter privado. A presente atividade é uma figura ímpar e sem igual na estrutura administrativa da União. Ressalta-se que haverá tópico específico onde será estudado sua natureza jurídica

Outra particularidade que merece ser destacada é quanto a definição legal do Notário e do Registrador. Atualmente são definidos como profissionais do Direito e portadores de fé-pública quando do exercício de suas atividades. Importa ressaltar que essa definição proveio primeiramente do Congresso Internacional do Notariado Latino de Buenos Aires (1948)[93], quando os notários e registradores passaram a ser considerados efetivamente profissionais do Direito. Quanto a fé-pública, sábias os ensinamentos de CENEVIVA:

A fé pública afirma a certeza e a verdade dos assentamentos que o notário e oficial do registro pratiquem e das certidões que expeçam nessa condição, com as qualidades referidas no art. 1º. A fé pública: a) corresponde à especial confiança atribuída por lei ao que o delegado declare ou faça, no exercício da função, com presunção de verdade; b) afirma a eficácia de negócio jurídico com base no declarado ou praticado pelo registrador e pelo notário. O conteúdo da fé pública se relaciona com a condição, atribuída ao notário e ao registrador, de profissionais do direito.[94]

Para finalizar as ponderações a respeito da figura do notário e do registrador, cabem simples referências aos artigos 20[95] e 21[96] da lei 8.935 de 1994, pois estes dispositivos confirmam o caráter particular no qual essas

atividades são desenvolvidas, dispondo de maior autonomia quanto gerenciamento de suas serventias.

2.4 Natureza Jurídica da Atividade Desempenhada Pelos Notários e Registradores

O estudo deste tópico é de grande relevância para entender o vínculo da atividade em foco com o Estado, visto que se faz importante a análise da responsabilidade dos atos praticados.

Como já mencionado, antes da Constituição Federal de 1988 os serventuários de cartórios eram considerados servidores públicos, ou seja, mantinham um vínculo empregatício com o Estado. Com o advento da vigente CF a atividade passou a ser desempenhada através de delegação do Poder Público, em especial, pelo Poder Judiciário.

No entanto, mesmo dispondo a Constituição Federal pelo caráter privado das atividades desenvolvidas pelos cartórios e tabelionatos, o Supremo Tribunal Federal permaneceu entendendo que a atividade era desempenhada em caráter público, conforme as decisões que seguem:

EMENTA: - Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público - estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). Recurso de que se conhece pela letra c, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento. (RE 178236, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 11-04-1997 PP-12207 EMENT VOL-01864-08 PP-01610 RTJ VOL-00162-02 PP-00772)[97]

EMENTA: Serventuário extrajudicial (Oficial Registrador/Tabelião de Notas). Sua qualificação como servidor público. Atividade estatal. Função pública. Sujeição à mesma disciplina constitucional aplicável aos demais servidores públicos, em tema de aposentadoria compulsória (70 anos de idade). Precedentes do Supremo Tribunal Federal. RE não conhecido. - Os Oficiais Registradores e os Tabeliães de Notas - que são órgãos da fé pública e que desempenham atividade de caráter eminentemente estatal - qualificam-se, no plano jurídico-administrativo, como servidores públicos, sujeitando-se, em consequência, ao mesmo regime constitucional de aposentação compulsória, por implemento de idade (70 anos), aplicável aos demais agentes públicos. - O regime instituído pela vigente Constituição Federal (art. 236) não afetou a condição jurídico-administrativa dos Serventuários extrajudiciais, cuja qualificação, como servidores públicos, foi preservada, em seus aspectos essenciais, pela Lei Fundamental promulgada em 1988. **DECISÃO:** O acórdão de que se recorre extraordinariamente ajusta-se, com integral fidelidade, à jurisprudência firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que, a partir do julgamento do RE nº 178.236-RJ, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, deixou assentado, na matéria ora em exame, que os Serventuários extrajudiciais, titulares de Serventias não-oficializadas, sujeitam-se ao mesmo regime constitucional de aposentação compulsória, por implemento de idade (70 anos), aplicável aos demais servidores públicos. O leading case, firmado por esta Suprema Corte sob a égide da vigente Constituição Federal, acha-se consubstanciado em acórdão assim ementado: "Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público - estão os serventuários de notas e de

registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). Recurso de que se conhece pela letra c, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento." (RTJ 162/772-773, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - grifei) É indiscutível que os tabeliães e os oficiais registradores qualificam-se, juridicamente, à luz do art. 236 da Constituição Federal, como servidores públicos, e, precisamente por ostentarem essa específica condição funcional, submetem-se, enquanto serventuários extrajudiciais, ao regime constitucional de aposentação por implemento de idade (setenta anos). Os tabeliães e os oficiais registradores - que são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado e que desempenham atividade essencialmente revestida de estatalidade - dependem, para efeito de ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, além de estarem sujeitos a concurso de remoção, sempre que o preenchimento da Serventia autorizar essa modalidade de investidura (CF, art. 236, § 3º). Essas notas constituem elementos que claramente definem o perfil do agente público, consoante ressalta, em preciso magistério, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Comentários à Constituição de 1988", vol. IX/4626, 1993, Forense Universitária), de tal modo que se torna inafastável a qualificação dos Serventuários extrajudiciais como típicos servidores do Estado, por este incumbidos de velar pela segurança, registro, publicidade e autenticidade dos atos jurídicos, além de investidos da relevantíssima função inerente à tutela administrativa dos interesses privados (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Manual de Direito Processual Civil", vol. 1, p. 259/264, itens 216-221, 13ª ed., 1990, Saraiva; MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", vol. 1/134, item n. 103, 14ª ed., 1990, Saraiva, v.g.). Cumpre ter presente, neste ponto, o autorizado magistério do eminente jurista e Advogado,

WALTER CENEVIVA ("Direito Constitucional Brasileiro", p. 312, item n. 2, 1989, Saraiva), que, ao expender valiosas considerações sobre a disciplina jurídico-constitucional das Serventias extrajudiciais, observa: "As serventias notariais ou registrárias, previstas na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), são exercidas em caráter privado (art. 236) porque recebem retribuição não-oficial, mas oriunda de pagamentos pelas partes interessadas. Mesmo assim prestam serviço público. São órgãos aos quais o Estado incumbe a atividade de típica ordem pública, para alcançar efeitos específicos, definidos em lei. Em fidelidade à regra geral do art. 37, II, o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público. O concurso é aberto para provimento ou remoção no prazo máximo de seis meses a contar da vacância. A lei federal, por força da competência específica da União (art. 22, e, em particular, o inc. XXV), deve regular a atividade, a disciplina, a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, definindo formas de fiscalização, pelo Poder Judiciário, dos atos que praticarem ou que, sendo-lhes impostos por lei, omitirem. Os serventuários de registros e de notas são nomeados de acordo com o estabelecimento nas leis de organização administrativa e judiciária do Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados, observada a exigência do concurso. A competência estadual (ou do Distrito Federal) compreende todos os aspectos administrativos, disciplinares e funcionais do trabalho dos cartórios. A lei da divisão e organização judiciária do Estado é elaborada pelo Poder Legislativo local, mediante proposta de competência privativa do respectivo Tribunal de Justiça." (grifei) Inquestionável, portanto, que as Serventias extrajudiciais constituem órgãos administrativos, sujeitos a regime de direito público, instituídos pelo Estado, com o objetivo de preservar a segurança das situações jurídicas de caráter individual ou de natureza social. Os Tabeliães de Notas e os

Oficiais Registradores, nesse contexto - e no desempenho de seu ofício público - dispõem de uma prerrogativa singular, ínsita à própria e suprema autoridade do Estado, consistente no exercício do poder certificante, destinado a atestar a veracidade e a legitimidade de determinados fatos e atos jurídicos. Essa circunstância só faz acentuar a estatalidade que qualifica as atribuições dos Serventuários extrajudiciais, como enfatizou JOÃO MENDES JÚNIOR, em obra clássica ("Órgãos da Fé Pública", 2ª ed., 1963, Saraiva). Os Serventuários extrajudiciais, portanto, exercem função eminentemente pública e, considerados os elementos que emergem da norma inscrita no art. 236 da Carta Política, são suscetíveis, no plano estritamente jurídico-administrativo, de qualificação formal como servidores públicos (RE 189.736-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES), na linha do próprio entendimento que tem prevalecido, desde o regime constitucional anterior, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RDA 54/281 - RTJ 68/283 - RTJ 126/550 - RTJ 162/772-773). Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 24 de junho de 1999. Ministro CELSO DE MELLO Relator 4 (RE 234935, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/06/1999, publicado em DJ DATA-09-08-99 P-00117)[98]

Esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial só alinhou nos moldes do texto constitucional com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998 que alterou o texto do art. 40 da CF/88, ficando com a seguinte redação:

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 (...)[99]

A alteração se deu especialmente na mudança da expressão “servidor público” para a expressão “servidores de cargos efetivos”, excluindo expressamente os notários e registradores do referido dispositivo^[100].

A orientação jurisprudencial e doutrinária, hodiernamente, já é majoritária, entendendo ser o titular da serventia um agente público, considerando-os agentes delegados do Poder Público, assim se posicionando MEIRELLES^[101], CENEVIVA^[102], apesar do posicionamento de BOLZANI considerar a atividade de natureza jurídica híbrida ou atípica:

(...) mantiveram-se preceitos administrativos que se aplicam somente a servidores públicos, evidenciado-se sua natureza jurídica híbrida, atípica. O ingresso na atividade notarial se dá somente via concurso público, que é o meio próprio para a admissão no serviço público. A delegação de serviço público, sabido, não se dá via concurso, mas através de processo de licitação, em que se habilitam os que desejam prestá-lo. Reforçando este entendimento da natureza jurídica híbrida, atípica, a Lei n. 8.935/94 determina, em seu artigo 25, a proibição de acumulação de exercício da atividade notarial ou de registro com a ocupação de qualquer cargo público.

Interessante o posicionamento adotado, mas conforme mencionado a posição dominante considera a atividade como uma perfeita delegação do Poder Público, ainda que não observe os procedimentos de concessão ou permissão.

Feitas as considerações à respeito da natureza jurídica da atividade desenvolvida nas serventias cartorárias e notariais, passa-se a análise das atribuições, propriamente ditas, dos agentes públicos responsáveis e seus prepostos no exercício de tais serviços.

2.5 Atribuições dos Notários e Registradores

O artigo 12 da Lei n.º 8.935/94 dispõe a respeito das atribuições dos notários e registradores, in verbis:

Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete à prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.[\[103\]](#)

Os dispositivos 167 e 168 da Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/73), também faz menção quanto às atribuições inerentes aos notários e registradores, no entanto, conforme entende Walter Ceneviva, a enumeração é meramente exemplificativa.

Também são consideradas atribuições desses agentes o recebimento e a análise de documentos para fins de registro e averbação. Por conseguinte, deverá o oficial assentá-lo nos livros competentes. Poderá também o oficial utilizar do processo de suscitação de dúvida ao juiz, que na maioria das vezes só ocorre a requerimento da parte interessada[\[104\]](#). Deverá, o oficial da serventia, manter a documentação conservada e segura, conferindo a devida publicidade ao ato[\[105\]](#).

A Lei dos Registros Públicos refere como obrigatórios alguns livros, os quais o oficial deverá mantê-los:

Art. 173 - Haverá, no Registro de Imóveis, os seguintes livros:

- I - Livro nº 1 – Protocolo;
- II - Livro nº 2 - Registro Geral;
- III - Livro nº 3 - Registro Auxiliar;
- IV - Livro nº 4 - Indicador Real;
- V - Livro nº 5 - Indicador Pessoal.

Parágrafo único. Observado o disposto no § 2º do art. 3º, desta Lei, os livros nº 2, 3, 4 e 5 poderão ser substituídos por fichas.[\[106\]](#)

Outras obrigações que são incumbidas aos oficiais registradores é a comunicação trimestral, sobre as aquisições de imóveis rurais realizadas por pessoa jurídica ou física estrangeira à Corregedoria-Geral de Justiça do Estado e ao INCRA. Se eventualmente este imóvel, objeto da aquisição estiver em área de segurança, a comunicação deverá ser remetida à Secretaria Geral do Conselho de Defesa Nacional[107].

O oficial também será responsável pela conferência da quitação do ITR (Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural) antes de realizar qualquer transferência de tais propriedades, sob pena de arcar com essa responsabilidade[108].

Portanto, percebe-se que são muitas as atribuições dos oficiais de registro e notários, inexistindo um rol taxativo a respeito de tais atividades. Podemos citar as diversas leis esparsas onde alguns de seus deveres podem ser encontrados, tais como as já referidas leis n.º 8.935/94 e 6.015/73, bem como as leis n.º 4.947/66, 8.847/94, 5.709/71, entre outras.

Não se pretende aqui esgotar o assunto em relação as suas atribuições, apresentando apenas uma perspectiva geral, demonstrando que suas funções são diversas e compreendem muitos ramos do Direito.

Assim passa-se a análise da responsabilidade civil dos titulares das delegações dos serviços registrares e notariais.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TITULARES DE SERVENTIAS

NOTARIAIS E REGISTRAIS

3.1 Competência Para Delegação e Fiscalização das Serventias Pelo Poder Público

O artigo 236[109] da Constituição Federal de 1988 refere-se que os serviços registrares serão exercidos em caráter privado através de delegação do Poder Público, conforme já fora referido na presente monografia.

Ocorre que, conforme entende CENEVIVA, existem diversas espécies de delegação de serviços públicos, as quais podem se dar no âmbito Legislativo, Executivo e Judiciário. O jurista entende ser a delegação do artigo 236 da CF/88 de caráter administrativo, sendo assim, o Poder Executivo o responsável pela delegação[110].

No entanto, o Presidente da República vetou o artigo 2º da Lei n.º 8.935/94, o qual foi mantido pelo Congresso Nacional. O dispositivo vetado referia competência para delegação dos serviços registrais ao Poder Judiciário, que passou a ser do Poder Executivo e a fiscalização, apenas, do Poder Judiciário[111].

CENEVIVA expõe os seus entendimentos sobre o assunto:

“Ao dispor que os serviços notariais e de registro seriam exercidos por delegação da União Federal, o projeto originário era inconstitucional, pois o texto magno alude à delegação do Poder Público, preservando a competência concorrente dos Estados.

Já o projeto n. 16/94 – que deu origem à lei vigente – restringia a regra constitucional, para dizer, sendo seguindo nesse passo pelo texto aprovado no Congresso, que os serviços seriam exercidos por delegação do Poder Judiciário.

A restrição incluída (Poder Judiciário e não Poder Público) foi vetada.

(...).

As razões do veto examinaram de modo correto a impropriedade do texto aprovado. O Poder Judiciário fiscaliza, mas não delega. A Carta, ao tornar expresso que a competência do Poder Judiciário é para a fiscalização – não acrescentando qualquer outra, que, aliás, também é estranha aos demais dispositivos constitucionais, estabeleceu a fronteira para a intervenção da Magistratura nos serviços notariais e re registro, acrescida da verificação disciplinar que dela decorre.”[112]

Portanto, conclui-se que a delegação incumbe ao Poder Executivo, enquanto que a fiscalização ao Poder Judiciário, devendo observar os atos praticados em desconformidade com os preceitos legais, nos termos do artigo 37 da lei n.º 8.935/94[113].

Feito isso, procede-se na abordagem da teoria da responsabilidade civil aplicada às atividades desempenhadas pelos notários e registradores.

3.2 A Aplicação das Teorias da Responsabilidade Civil em Face dos Serviços Notariais e Registrais

É certo que os usuários dos serviços notariais e registrais, e até mesmo terceiros, deverão ser indenizados em caso de eventual dano ocorrido na execução de tais serviços, na busca de uma reposição patrimonial.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 236, parágrafo 1º, remeteu a questão da responsabilidade civil à lei ordinária, veja-se:

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.[114]

A referida lei foi então publicada em 18 de novembro de 1994, a Lei n.º 8.935, no entanto, ela não alcançou os seus principais objetivos, que eram de regulamentar o instituto da responsabilidade civil dos notários registradores, uma vez que tratou do assunto somente no artigo 22, segundo sua redação original:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.[115]

É primordial que, para o entendimento da responsabilidade civil desses sujeitos, seja feita uma análise a respeito das teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva, e os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito da aplicação de cada uma delas às atividades desenvolvidas pelos notários e

registradores. Encontram-se posições em ambos os sentidos, as quais serão demonstradas em seguida.

A corrente objetiva da responsabilidade dos titulares das serventias e seus prepostos entende que o agente público responde pelo dano independentemente de culpa, sendo suficiente para o dever de indenizar a comprovação da conduta omissiva ou comissiva do delegado, do dano patrimonial ou extrapatrimonial e do nexó causalidade entre a conduta e o dano evidenciado. Assim nascerá a responsabilidade objetiva.

Essa corrente tem como argumento basilar a interpretação da redação original do artigo 22 da lei n.º 8.935/94, uma vez que previa expressamente que em caso de direito de regresso aos prepostos a responsabilidade será subjetiva, inferindo-se que, por não fazer previsão em relação a forma de responsabilidade no primeiro caso, e sim no segundo, será naquele objetiva^[116].

Nesse sentido entende Cláudio Antônio Soares Levada, acrescentando que a exegese do art. 22 lei 8.935/94 deveria se dar em conformidade com o art. 37, parágrafo 6º da CF/88, que, por sua vez, mesmo sem previsão expressa consagra a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público e a possibilidade de exercerem o direito de regresso contra o causador do dano através da responsabilidade subjetiva.

§ 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.^[117]

Este entendimento também era compartilhado por SARTORI, referindo que, uma vez que o legislador não menciona a necessidade de dolo ou culpa, somente fazendo em relação aos prepostos, ficaria evidenciado o caráter objetivo da responsabilidade civil dos notários e registradores. Este doutrinador adota também comparação já mencionada com o artigo 37, parágrafo 6º da CF/88, equiparando aos titulares das serventias em tela às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público^[118].

Mesmo que os notários exerçam suas atividades através de sua personalidade física e não pela constituição de uma pessoa jurídica, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão pela equiparação de tal atividade com a das pessoas jurídicas previstas no artigo 37, parágrafo 6º da CF/88, no RE 201.595/SP:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ESTADO - RECONHECIMENTO DE FIRMA - CARTÓRIO OFICIALIZADO. Responde o Estado pelos danos causados em razão de reconhecimento de firma considerada assinatura falsa. Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos - § 6º do artigo 37 também da Carta da República. (RE 201595, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 28/11/2000, DJ 20-04-2001 PP-00138 EMENT VOL-02027-09 PP-01896)[[119](#)]

Alguns posicionamentos, tal como o de Maria Helena Diniz, ainda trazem outras alternativas para a configuração da responsabilidade civil objetiva. A corrente entendia haver uma lacuna na lei n.º 8.935/94, aplicando-se subsidiariamente o Código Civil de 2002, em especial os artigos 927 e 932, III.

O artigo 927, parágrafo único do CC dispõe a respeito da teoria do risco, que seria aplicável a tais atividades uma vez que a atividade, mesmo que desenvolvida normalmente, ocasionaria um risco para os usuários, in verbis:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.[[120](#)]

Aduz ainda como fundamento a previsão legal contida no artigo 932, inciso III do CC, o qual prevê a responsabilidade civil dos subordinados, na qualidade de prepostos do titular:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;[\[121\]](#)

Outra corrente em relação à responsabilidade civil dos notários e registradores é a que entende ser aplicável a teoria da responsabilidade subjetiva.

Este posicionamento possui uma forte carga doutrinária e jurisprudencial, apesar da decisão do STF acima colacionada[\[122\]](#).

A teoria da responsabilidade subjetiva da responsabilidade dispõe que para que haja o dever de indenizar seja comprovado a conduta omissiva ou comissiva do titular da serventia ou de seus prepostos, a demonstração do dolo ou da culpa, a existência de dano, e o chamado nexo causal entre a conduta e o dano ocasionado.

Dentre os principais fundamentos que norteiam tal corrente temos a interpretação da redação original do artigo 22 da lei n.º 8.935/94 conjuntamente com o artigo 37, parágrafo 6º da CF/88, permanecendo o entendimento da existência de uma cadeia de direitos de regressos, conforme leciona BOLZANI:

O Estado responderia objetivamente frente ao lesado e, posteriormente, teria direito de regresso frente ao notário ou registrador em caso de dolo ou culpa de seu agente, que, por sua vez, poderia buscar o prejuízo junto a seu funcionário, também, em caso de dolo ou culpa. Uma verdadeira cadeia de direitos de regresso.[\[123\]](#)

Entende o autor, portanto, que o delegado do serviço público responderia de forma subjetiva, devendo somente o Estado responder de forma objetiva.

Tal posicionamento também é compartilhado por Rui Stoco que, fazendo referência aos artigos 22 da lei n.º 8.935 (redação original), e 38[124] da lei n.º 9.492/97, entende o legislador não quis modificar o que já estava bem definido desde as constituições imperiais. Não se pretendeu estabelecer a responsabilidade civil dos registradores e tabeliães, mas apenas construir uma cadeia de direitos de regresso. Uma vez sendo condenado o Estado, nasce para este o direito de regresso em face ao titular, desde que comprovado o dolo ou a culpa. Por conseguinte, caso condenado, o delegado, da mesma forma, teria direito de regresso contra os seus funcionários que tivessem agido com dolo ou culpa, uma vez que estes se submetem ao regime privado de contratação, devendo observar o disposto da Consolidação das Leis Trabalhistas[125].

Segundo o jurista, a adoção da responsabilidade objetiva nesses casos implicaria em ofensa ao princípio da isonomia.

CENEVIVA, por sua vez, estuda a questão baseando-se inicialmente na nomenclatura utilizada pela legislação, pois o verbo “responder” infere ao titular da serventia, podendo ser direcionada a ação indenizatória ao referido sujeito. Nesses casos deverá ser observada a referida cadeia dos direitos de regresso, a qual também é reconhecida pelo jurista.

Dessa forma, caberá ao lesado escolher em face de quem pretende ajuizar a demanda, devendo observar a teoria aplicada a cada demandado, ou seja, se for proposta em face do Estado, poderá requerer a aplicação de teoria objetiva da responsabilidade. No entanto, caso faça o ajuizamento em face do delegado do serviço público, ou contra o próprio preposto, deverá ater-se a responsabilidade subjetiva, comprovando todos os requisitos inerentes a essa teoria.

Compõem ainda a corrente que defende a aplicação da teoria da responsabilidade civil Décio Antônio Erpen, Sonia Marilda Péres Alves, Ricardo Dipe Juliana Hörlle Pereira.

ERPEN se baseia na impossibilidade de responsabilização objetiva quando os registradores e notários agirem estritamente dentro do dever legal, ou seja, mesmo que o ato venha a causar danos a terceiros não haveria como imputar tal evento ao titular da serventia, pois não devem responder por falhas do sistema.

Da mesma forma se posiciona Sonia Marilda Péres Alves, entendendo que:

É irrelevante consignar que o exercício da função é regulado, ainda, suplementarmente, por normas e provimentos emanados da Corregedoria do Tribunal de Justiça de cada Estado. Nesse contexto, ainda que os titulares das Serventias venham a causar dano, deverão ficar isentos de responsabilidade se agirem em rigorosa conformidade com o sistema normativo, pois não poderão responder pelas falhas do sistema que lhes são impostas.^[126]

A aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às atividades exercidas pelos notários registradores, além da frágil fundamentação jurídica, é passível de causar diversos danos aos referidos agentes, muitos deles irreparáveis, que conseqüentemente impossibilitariam o exercício de tal função.

A título de ilustração toma-se o exemplo trazido por Henrique Bolzani:

(...) é lavrada pelo tabelião de notas uma escritura pública de compra e venda de um imóvel de vultoso valor. Mais tarde, tal negócio jurídico vem a ser anulado judicialmente por um vício de consentimento não perceptível quando do momento da lavratura da escritura pública. Sob a égide da imputação objetiva, o tabelião poderia ser responsabilizado pelos prejuízos decorrentes desta invalidação de seu instrumento público, mesmo não tendo concorrido de qualquer forma para os motivos que ensejaram.^[127]

O exemplo trazido denota uma clara hipótese em que, caso fosse adotada a teoria da responsabilidade objetiva, o tabelião seria responsabilizado por uma situação que não poderia ser evitada, sendo colocado frente a uma evidente injustiça.

Um dos argumentos que fundamentam a teoria objetiva seria a aplicação do Código Civil, pois, segundo seus defensores, a lei n.º 8.935 apresentaria lacunas que possibilitariam a analogia.

Trata-se da aplicação subsidiária do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que reconhece a responsabilidade objetiva das atividades que, por sua natureza impliquem em risco para os usuários mas não é o que ocorre na presente relação jurídica, uma vez que a atividade notarial e de registro se presta exatamente para conferir segurança, autenticidade e fé-pública aos autos e negócios jurídicos^[128].

Outrossim, entender pela aplicação do referido diploma civil em face da lei n.º 8.935 implicaria na inobservância da regra que prevê que a responsabilidade civil objetiva não se presume, nem pode ser aplicada por analogia, devendo decorrer de lei expressa.

Outro argumento utilizado pelos defensores da teoria objetiva da responsabilidade civil é o da aplicação do artigo 37, parágrafo 6º da CF/88, por ser a redação deste muito semelhante ao dispositivo da lei n.º 8.935. Essa interpretação peca em três aspectos: o texto do dispositivo constitucional se refere a “pessoa jurídica” e não pessoa física, pela qual são desenvolvidas tais atividades; incompatibilidade com a natureza dos serviços notariais e registrais; e, violação do princípio da isonomia.

Acerca da forma pela qual os serviços são prestados nas serventias registrais e notariais, são pertinentes os ensinamentos de Sonia Marilda Péres Alves:

O § 6º do art. 37 da CF direciona-se, tão-somente, às pessoas jurídicas, de direito público ou privado. Ora, serventia não é pessoa jurídica – não é empresa. A afirmação torna-se inequívoca pela análise da relação jurídica existente entre o titular da serventia e o Estado ou mesmo porque a organização é regulada por lei e os serviços prestados ficam sujeitos ao controle e fiscalização do Poder Judiciário. Ainda, serventia não tem capacidade processual, não tem patrimônio, não tem personalidade jurídica, a qual só se adquire com o registro dos atos constitutivos na Junta Comercial ou do Registro Civil das Pessoas Jurídicas (...).^[129]

Acrescenta-se ainda que ao equiparar os titulares das serventias notariais e registrais as pessoas jurídicas seria entender pela aplicação somente do que lhes prejudica, vedando o que os beneficia, uma vez que para fins tributários são considerados como pessoas físicas, o que aumenta consideravelmente a sua carga tributária[130].

Quanto à incompatibilidade da aplicação do art. 37, § 6º, CF/88, cabe lembrar que a natureza jurídica desses agentes públicos é híbrida e atípica. Dessa forma, eles necessitam de um sistema particularizado de responsabilidade, como bem determina o artigo 236 da CF/88, o qual foi regulamentado na lei n.º 8.935/94. Trata-se de um instituto jurídico inovador e por tal motivo não pode ser tratado simplesmente analogicamente pelo regime inerente às permissionárias e concessionárias de serviços públicos[131].

Além de todos os fundamentos que defendem a teoria subjetiva da responsabilidade, cumpre mencionar recente alteração legislativa. Trata-se a lei n.º 13.286 de 10 de maio de 2016, que modificou substancialmente a redação do art. 22 da lei 8.935 fulminando, ao menos no âmbito legal, com a divergência quanto a responsabilidade civil objetiva ou subjetiva dos notários e registradores:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).[132]

Em plano legal, não resta mais dúvidas de que, a partir do advento da referida lei, a responsabilidade civil dos notários e registradores é subjetiva, corroborando com todos os fundamentos apresentados acima que defendiam tal posicionamento.

É verdade que essa alteração não está imune a análise de sua constitucionalidade, o que provavelmente irá ocorrer. O fato é que, no momento atual, em decorrência do Princípio da Legalidade e de todos os outros que regem o nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade dos titulares das serventias aqui estudadas respondem civilmente de forma subjetiva, com a demonstração do dolo e/ou culpa.

Por fim, a aplicação do princípio da isonomia para configuração da teoria subjetiva da responsabilidade civil encontra respaldo no art. 38 da lei n.º 9.492/97 que prevê expressamente a responsabilidade subjetiva dos tabeliães especificamente. Nesse ponto incide o princípio da isonomia, pois todos os responsáveis pelos serviços notariais e de registro possuem a mesma essência, não podendo ser dado tratamento diverso ao instituto da responsabilidade em relação somente aos tabeliães.

Portanto, admite-se e interpretação extensiva do art. 38 da lei n.º 9.492/94 para que o instituto da responsabilidade civil expressamente previsto no referido dispositivo se aplique a todos os titulares das serventias registras e notariais.

3.3 A Responsabilidade Civil do Estado em Relação às Atividades Notariais e Registrais

É pacífico o entendimento quanto ao dever do Estado em ser responsabilizado civilmente pelos danos ocasionados em razão dos serviços de registro e notariais pela modalidade contratual, quando em relação ao usuário do serviço; e pela modalidade extracontratual ou aquiliana, quando em relação a eventuais terceiros prejudicados^[133]. A questão gira em torno de eventual benefício de ordem, ou seja, se a responsabilidade do Estado seria subsidiária ou solidária com os titulares das serventias.

Os doutrinadores que adotam a responsabilidade subsidiária do ente estatal advertem que primeiro o prejudicado deverá se voltar em face do notário ou registrador, uma vez esgotado o patrimônio deste, poderá direcionar a demanda contra o Estado^[134].

SARTORI, defensor da teoria da responsabilidade objetiva dos notários e registradores, afirma o posicionamento pela responsabilidade subsidiária do

Estado, visto que os delegados assumem diversas vantagens inerentes a função que exercem, ficando dessa forma mitigada a responsabilidade civil do Estado a primeiramente ser direcionada em face da pessoa física do registrador ou notário, para assim, posteriormente, ser reclamada do ente estatal. Aduzindo que:

Se os delegados fizerem a sua vez, assumindo todos os encargos da atividade, justamente porque auferem todas as vantagens, inconcusso que fica mitigada a responsabilidade do Poder Público, a ocorrer somente supletiva ou subsidiariamente. (...) Mas, com a 'devida vênua' essa posição, se não existe essa supletividade, então não se vê razão para a delegação constitucional, parecendo mais adequado que o próprio Estado exerça as atividades sob exame. Ademais, o entendimento ao revés contraria o interesse público, em benefício do privado, minimizando a responsabilidade do notário ou registrador, que, como dito, desfruta de todas as vantagens da delegação.[\[135\]](#)

Alguns defensores da teoria da responsabilidade subjetiva dos titulares, tal como Ricardo Dip, também entendem pela aplicabilidade da responsabilidade subsidiária do ente estatal, devendo este responder somente nos casos de comprovada insolvência passível de prejudicar a recomposição do prejuízo patrimonial ou eventual dano extrapatrimonial[\[136\]](#).

Pode-se citar ainda o julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que decide nesse sentido, ou seja, reconhecendo a responsabilidade subsidiária do ente estatal em frente a responsabilidade dos notários e registradores.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTRUMENTO DE PROTESTO LAVRADO EQUIVOCADAMENTE POR TABELIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. JULGADOS DO STF E DO TJRS. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O art. 236, caput, estabelece que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder

Público. Ora, considerando que tais serviços exercem suas funções por delegação do Poder Público, deve-se responsabilizar subsidiariamente o Estado pelos danos causados por notários e oficiais. Aliás, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade é objetiva, tanto do Estado como do serventuário titular de cartório e registro extrajudicial. (Agravo de Instrumento Nº 70012118543, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 24/06/2005)

Em contrapartida, em caráter majoritário, há a corrente que defende a responsabilidade solidária do Estado, afirmando que a ação poderá ser proposta tanto em face do titular da serventia quanto em face do ente estatal, devendo em cada caso observar os institutos da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Os defensores principalmente da responsabilidade subjetiva dos titulares fundamentam a adoção da responsabilidade solidária com base na, já mencionada, interpretação dos artigos 22 da Lei n.º 8.935 e no artigo 37, § 6º da CF/88, fundamentando a referida responsabilização na cadeia de direitos de regresso. Disciplinam que caso o prejudicado queira demandar em face ao Estado, poderá fazê-lo com base na teoria objetiva, tendo esta ação regressiva contra os demais (titular e seus prepostos, respectivamente). Podendo também, se assim preferir, pleitear a indenização em face do próprio titular, devendo nesse caso, comprovar o dolo ou culpa, visto que seria caso da aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil^[137].

CENEVIVA, compartilhando de tal posicionamento, dispõe:

A dupla condição de agente público e de atuante de caráter privado suscita a persistência da responsabilidade do Estado pelos danos causados, como decorrência do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição. (...) Para saber quem vai responder pelo prejuízo, na interpretação literal do art. 22, é irrelevante determinar qual o causador do resultado prejudicial (o titular, o escrevente que responde

pelo serviço, os escreventes substitutos, os auxiliares). A vítima pode assestar a prestação reparadora diretamente contra o titular, pois para tanto a autoriza o uso do verbo “responder”. (...) à vista do que determina o art. 37, § 6º, da Constituição e da interpretação dada pelo Pleno do Supremo Tribunal federal quanto à natureza da relação entre o delegado notarial ou registrário e o Estado, este responde, nos termos da responsabilidade objetiva, tendo direito de regressivo contra o titular do serviço em caso de dolo ou culpa. Assestando o pedido diretamente contra o oficial, incumbe comprovar-lhe a culpa.[\[138\]](#)

Rui Stoco, por sua vez, demonstra ser um dos adeptos de tal corrente, uma vez que assevera a impossibilidade da responsabilização do ente estatal e do delegado ao mesmo tempo, não sendo possível a exigibilidade com base no mesmo fundamento, enaltecendo, mais uma vez, a referida cadeia de direitos de regresso. Nas suas palavras:

III – Nos termos do art. 22 dessa Lei, do art. 38 da Lei n.º 9.492, de 10.9.1997, e do art. 37 da CF/88, os notários e registradores responderão, por via de regresso, perante o Poder Público, pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, nos casos de dolo ou culpa, assegurando--lhes o direito de ação regressiva em face do funcionário causador direto do prejuízo; IV – Nada impede, contudo, que e o prejudicado ajuíze ação diretamente contra o titular do Cartório, desde que se disponha a provar-lhe a culpa (lato sensu), posto que, contra o Estado, tal seria dispensado, bastante a demonstração do nexo de causalidade e do dano.[\[139\]](#)

Também corrobora a tese que se apresenta Sônia Marilda Peres Alves, uma vez que entende que para ser proposta a ação perante os notários e registradores deve haver comprovação da culpa ou dolo, seja através do direito de regresso exercido pelo Estado quando demandado diretamente ou quando ajuizada a demanda diretamente em faço dos delegados de tais serviços[\[140\]](#).

Por fim, a jurisprudência também se demonstra inclinada para o posicionamento adotado pelos eminentes juristas, inobstante àqueles posicionamentos jurisprudenciais e os entendimentos minoritários acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade subsidiária, veja-se:

Ementa: PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. Ação indenizatória; ato ilícito; procuração falsa. Cabimento de denunciar-se a lide o titular do tabelionato, na forma da lei 8935/94. Função exercida por delegação do poder público. Responsabilidade solidária de Estado e notário, em casos assim. Parecer do MP. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032768863, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 09/03/2010)

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COISA JULGADA. PRELIMINAR. ATO DE TABELIÃO. DANOS MATERIAIS. NECESSIDADE DE PROVA. RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO POR LAVRATURA DE PROCURAÇÃO FALSA POR INSTRUMENTO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DO TABELIÃO. A coisa julgada atinge somente as partes. Preliminar rejeitada. O Estado é co-responsável pelos danos causados em razão de lavratura de procuração falsa por instrumento público. Os tabeliães exercem atividade de caráter privado, mas por delegação do Poder Público, nos termos do art. 236 da Constituição Federal. Portanto, o Estado responde solidariamente por eventuais prejuízos causados por notários e tabeliães. Precedentes do E. STF. A responsabilidade civil do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Com o advento da Lei nº 8.935/94, que regulou o art. 236 da Constituição Federal, a responsabilidade civil dos notários e tabeliães também passou a ser objetiva. Demonstrada a lavratura de procuração falsa por instrumento público, por meio da qual

os autores adquiriram imóvel, cuja negociação veio a ser anulada, causando-lhe sérios prejuízos morais e materiais, impõe-se a obrigação do tabelião de ressarcir os danos causados. O Estado e o tabelião são solidariamente responsáveis em tal caso. É presumível o dano moral de alguém que é vítima de fraude, vindo a adquirir imóvel por meio de procuração lavrada em tabelionato, cuja negociação posteriormente é anulada em virtude da constatação de fraude no instrumento lavrado pelo tabelião. O ressarcimento do dano moral não caracteriza a restituição do dano causado como se patrimonial fosse. Possui mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que compense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Dano moral é reputado como sendo a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. A jurisprudência tem-se preocupado com a razoabilidade e a proporcionalidade no que tange ao grau da culpa, a dimensão da lesão causada e o caráter pedagógico. Em caso similar ao dos autos, esta Câmara entendeu que 300 salários mínimos é uma quantia satisfatória para indenizar os danos morais. Devem ser indenizados os danos materiais comprovados nos autos. REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES E DO ESTADO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO CO-RÉU LAURO ASSIS MACHADO BARRETO, MANTENDO A SENTENÇA, NO MAIS, EM REEXAME. (Apelação e Reexame N^o 70008695058, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 21/06/2006)

Diante de todo o exposto, parece ser mais plausível fática e juridicamente a corrente que adota a responsabilidade solidária entre Estado e os titulares das serventias de registro e de notas. Cabendo exclusivamente ao próprio prejudicado

escolher em face de quem irá ajuizar a eventual demanda reparatória, uma vez que tal pretensão se refere à reparação do lesado e não em relação aos meios que poderão ser levantados para eivar a obrigação de reparar. Ressalta-se que o lesado, escolhendo quem irá figurar no polo passivo da demanda, irá arcar com o ônus de comprovar o dolo ou a culpa quando for caso de responsabilidade subjetiva, da mesma forma que não precisará demonstrar tais elementos quanto à teoria adotada que será objetiva.

4 CONCLUSÃO

A presente monografia tratou de um estudo sobre as atividades exercidas pelos notários e registradores no âmbito de suas serventias, reconhecendo tal atividade como um serviço público essencial, organizado de forma efetiva, com a finalidade mestra de conferir publicidade, autenticidade e eficácia aos atos jurídicos levados a registro. Reflexo do princípio da segurança jurídica.

Esses serviços públicos, segundo o artigo 236 da Constituição Federal, são exercidos pelo particular, através de delegação do serviço público. Sendo assim um serviço público prestado por um particular, que, através de aprovação em concurso público, recebeu a outorga da serventia. Com base nisso, entende-se por uma delegação *sui generis*, uma vez que não é fundada em permissão, sequer em concessão de serviço público, conforme fora demonstrado, adquirindo assim características próprias e peculiares.

A respeito da natureza jurídica dos notários e registradores, entendemos ser de uma espécie atípica e híbrida, considerando-os agentes públicos. Por tal motivo necessitam de um regime próprio de responsabilidade civil, conforme prevê a própria Constituição Federal no dispositivo supra citado, o qual foi regulamentado, ainda que de forma insatisfatória, pela lei n. 8.935/94, uma vez que não atingiu com eficiência tal objetivo, proporcionando a presente reflexão sobre o tema. Portanto, entende que o instituto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, da lei n. 8.935/94, é completamente inovador, não podendo ser comparado, sequer analogicamente, com qualquer outro já existente no Direito Brasileiro.

Em relação à teoria da responsabilidade civil aplicada ao instituto atípico, analisou os aspectos da teoria objetiva e subjetiva. Assepticamente de alterações legislativas recentes, parece-se mais razoável a incidência da teoria da responsabilidade civil subjetiva em relação aos titulares das serventias notariais e registrais, uma vez que entender pela aplicação da responsabilidade objetiva implicaria em diversas situações injustas que inviabilizariam muitas vezes o exercício da atividade. Dessa forma, a interpretação que mais se amolda a exegese dos parcos dispositivos legais é pela adoção da responsabilidade civil subjetiva dos respectivos agentes públicos, baseado nos argumentos apresentados no decorrer do trabalho. A nova redação do art. 22 da lei 8.935 só veio a corroborar com este posicionamento.

Por outro lado, buscou-se tratar também do tema da responsabilidade civil do ente estatal em razão das atividades desenvolvidas das respectivas serventias notariais e registrais, onde o estudo girou em torno da responsabilização subsidiária ou solidário do Estado. Adotou-se o posicionamento pela responsabilidade solidária do Estado, com vistas a preservação da vítima, uma vez que caso esta tenha de se submeter primeiramente a uma exaustão do patrimônio do delegado, para só assim se voltar contra o Estado, poderia em muitos casos frustrar uma pretensão indenizatória. A responsabilidade civil solidária do ente estatal consistiria, portanto, na possibilidade de figurar tanto o ente estatal, quanto o titular da serventia no polo passivo da demanda, seja em litisconsórcio passivo ou individualmente, facultado o eventual direito de regresso, conforme fora demonstrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sonia Marilda Péres. **Responsabilidade civil dos notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação.** In: revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25 n.º 53, p. 95, jul./dez.

BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BOLZANI, Henrique. **A responsabilidade civil dos notários e registradores**. São Paulo: LTr, 2007.

BORGES, Antonio Moura. **O registro de imóveis no direito brasileiro**. São Paulo: CLEdijur, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 de novembro de 2011.

_____. Lei n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

_____. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. – 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. – 6ª ed. – São Paulo – Saraiva, 2007.

_____, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. – 16ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005.

CHAVES, Antonio. **Responsabilidade civil**. – 1. ed. – São Paulo: Bushatsky, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. – 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

DIP, Ricardo. **Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores**. In: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, jul./dez., 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. – ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. – 15ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PARIZATTO, João Roberto. **Serviços notariais e de registro, de acordo com a lei n. 8.935 de 18/11/94: atribuições dos tabeliães de oficiais**. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Notarial e Registral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALLES, Venício. **Direito registral imobiliário**. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. **Responsabilidade civil e penal dos otários e registradores**. In: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, julho-dezembro, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. – 7ª ed. – São Paulo: 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. – 10 ed. – Coimbra: Almedina, 2008.

VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7.

[2] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. – 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

[3] CHAVES, Antonio. *Responsabilidade civil*. – 1. ed. – São Paulo: Bushatsky, 1972, p. 36.

[4] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, pp. 35-37.

[6] BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e registradores*. - São Paulo: LTr, 2007, p. 17.

[7] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. – 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

[8] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. – 7ª ed. – São Paulo: 2007, p. 129.

[9] VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 22.

[10] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 41.

[11] STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 130.

[12] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 41.

[13] *Ibidem.*, p. 41.

[14] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 532.

[15] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

[16] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 50.

[17] *Ibidem.*, p. 50.

[18]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

[19]VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 63.

[20]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 45.

[21]Ibidem., p. 45.

[22]GONÇALVES, Carlos Roberto. *op.cit.*, p 21.

[23]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 de novembro de 2011.

[24]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 47-48.

[25]Ibidem., p. 48-50.

[26]STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 129.

[27]VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral.* – 10 ed. – Coimbra: Almedina, 2008,p. 597.

[28]CAVALIERI FILHO, Sérgio.Programa de responsabilidade civil. – 8 ed. – São Paulo: Atlas, 2008, p. 71.

[29]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 63.

[30] VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 65-66.

[31]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 63.

[32]VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 33-34.

[33]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 64.

[34]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 de novembro de 2011.

[35]STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 128.

[36]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37. SÃO CUMULAVEIS AS INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E DANO MORAL ORIUNDOS DO MESMO FATOS. Julgado em 12/03/1992, DJ17/03/1992 p. 3172, REPDJ 19/03/1992 p. 3201. Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0037.htm>. Acesso em:24 de novembro de 2011.

[37]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 107.

[38]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:responsabilidade civil.* – ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 86.

[39]Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[40]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 86.

[41]Ibidem., p. 88.

[42]Ibidem., p. 90.

[43]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 de novembro de 2011.

[44]BOLZANI, Henrique. *op. cit.*, pp. 22-23.

[45]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 127.

[46] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

[47]Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[48]STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 140.

[49]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 128.

[50]STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 141.

[51]GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*, p. 22.

[52]DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p.128.

[53]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 14.

[54]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de novembro de 2011.

[55]BOLZANI, Henrique. *op. cit.*, p. 33.

[56]VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.*, p. 11.

[57]BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 de novembro de 2011.

[58]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 14.

[59]STOCO, Rui. *op. cit.*, p. 156.

[60]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 16.

[61]BOLZANI, Henrique. *op. cit.*, p. 33.

[62] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2001, p. 512.

[63] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 512.

[64] BOLZANI, Henrique. *op. cit.*, pp. 35-36.

[65] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. – 15ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 849.

[66] BOLZANI, Henrique. *op. cit.*, p. 38.

[67] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 de novembro de 2011.

[68] BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade civil dos notários e registradores*. p. 40-41.

[69] Precedente exemplificativo: RT, 765:88

[70] BORGES, Antonio Moura. *O registro de imóveis no direito brasileiro*. São Paulo: CLEdijur, 2007, p. 99.

[71] BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

[72] RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito Notarial e Registral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 102.

[73] *Ibidem.*, p. 102.

[74] RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *op. cit.*, p. 103.

[75] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 de novembro de 2011.

[76] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 de novembro de 2011.

[77] BRASIL. Lei n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[78] BORGES, Antônio Moura. op. cit., p. 125.

[79] CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. – 16ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 37-38.

[80] BORGES, Antonino Moura. op.cit., p. 125.

[81] CENEVIVA, Walter. op. cit., p. 05.

[82] BORGES, Antonino Moura. op.cit., p. 126.

[83] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 de novembro de 2011.

[84] CENEVIVA, Walter. op.cit., p. 05.

[85] SALLES, Venício. Direito registral imobiliário. – 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 04.

[86] BOLZANI, Henrique. op.cit., p. 42.

[87] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. – 24ª ed. – São Paulo: Malheiros, 1999, p. 297.

[88] PARIZATTO, João Roberto. Serviços notariais e de registro, de acordo com a lei n. 8.935 de 18/11/94: atribuições dos tabeliães de oficiais. Brasília/DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995, p.13.

[89] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 de novembro de 2011

[90] BOLZANI, Henrique. op. cit., p.44.

[91] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 de novembro de 2011.

[92] BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 47.

[93] “Em 1948, no Primeiro Congresso Internacional do Notariado Latino de Buenos Aires, começou a ser feito o enquadramento do notário e do registrador como profissionais do direito, que foi considerado a melhor forma de os definir, pois afirmou, ao mesmo tempo, o exercício de função pública e a liberdade própria de quem trabalha em caráter privado.” CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). p. 30.

[94] CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). – 6ª ed. – São Paulo – Saraiva, 2007, p. 30.

[95] Art. 20. Os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho.

[96] Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento pessoal, cabendo-lhes estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos e de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

[97] Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+178236.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+178236.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 9 de novembro de 2011.

[98] Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000052374&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

[99] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 de novembro de 2011

[100] BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 63.

[101] “Particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nesta categoria encontram-se os concessionários e os permissionários de obras e

serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo” MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 75.

[102] “No direito brasileiro, notário e registrador são agentes públicos, considerando-se que o Poder lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras colhidas no regime único previsto na Constituição, sem jamais atingirem, porém, a condição de servidores públicos” CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). p. 32.

[103] BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 9 de novembro de 2011.

[104] CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. p. 351.

[105] CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). p. 125.

[106] BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 9 de novembro de 2011.

[107] CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. p. 351.

[108] PARIZATTO, João Roberto. op. cit., p. 37.

[109] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011

[110] CENEVIVA, Walter. Lei dos registros públicos comentada. – 16ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

[111] Ibidem., p. 7.

[112] CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). – 6ª ed. – São Paulo – Saraiva, 2007, p. 29.

[113] “A fiscalização judiciário dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federa, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância

de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.”

[114] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[115] BRASIL. Lei n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[116] BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 75.

[117] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[118] SARTORI, Ivan Ricardo Garísio. Responsabilidade civil e penal dos otários e registradores. In: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, julho-dezembro, 2002, p. 53.

[119] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000019713&base=baseAcordaost>. Acesso em 16 de maio de 2017.

[120] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[121] BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

[122] BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 79.

[123] Ibidem., p. 79.

[124] Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

[125]STOCO, Rui. op. cit., pp. 575-576.

[126] ALVES, Sonia Marilda Péres. Responsabilidade civil dos notários e registradores: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. In: revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25 n.º 53, p. 95, jul./dez., pp. 96-97.

[127]BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 87.

[128]BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 89.

[129]ALVES Sonia Marilda Péres. op. cit., pp. 96-97.

[130]BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 90.

[131]BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 91.

[132] BRASIL. Lei n.º 8.935 de 18 de novembro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

[133]Ibidem., p. 93.

[134]Ibidem., p. 93.

[135]SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. op. cit., p. 106-107.

[136] DIP, Ricardo. Da responsabilidade civil e penal dos oficiais registradores. In: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.º 53, jul./dez., 2002.

[137]BOLZANI, Henrique. op. cit., p. 96.

[138]CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). p. 185.

[139]STOCO, Rui. op. cit., p. 577.

[140]ALVES, Sonia Marilda Péres. op. cit., p. 95.

A DEVOLUÇÃO DE CHEQUES POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS, COMO AÇÃO PENAL INCONDICIONADA

JOSE ANGELO BAROZZI: Bacharelado do
Curso de Direito da Universidade Brasil -
Fernandópolis/SP.

Prof. Me. **André de Paula Viana.**

(orientador)[1]

RESUMO: O ordenamento jurídico em seu art. 171 do CP, caput com foco no inciso VI, o objeto é a lesão patrimonial. Os comportamentos estão divididos em duas fases alternativamente previsíveis, no primeiro esta o ato de emitir, de colocar em circulação o cheque não bastando o fato de preencher e assinar. No segundo a intenção é de evitar, obstar o pagamento através do bloqueio da conta, retirando o seu saldo ou dando contraordem de pagamento. O artigo visa apresentar a atual posição da jurisprudência brasileira sobre o crime de estelionato mediante a emissão do cheque sem provisão de fundos, verificando assim, as implicações na seara criminal.

Palavra chave: Cheque, Provisão, Crime, Estelionato, Sumulas

ABSTRACT: This article aims to address the crime of estelionato, with emphasis on article 171 of the Criminal Code, Caput, subsection VI. In which the legal object is the property damage. Two are the behaviors alternatively predicted: the first is the act of issuing, that is, putting the check into circulation, not simply the act of filling it or signing it; The second is the intention to frustrate, that is, to prevent their payment by means of account blocking, withdrawal of the balance or counter-order of payment. Then making a brief concept of check with the purpose of obtaining certain notions for the understanding of this article, also discussing some summations for completeness. The article aims to present the current position of Brazilian jurisprudence on the crime of stellation through the issuance of the check without provision of funds, thus verifying the implications in criminal law.

Key words: Check, Provision, Crime, Estelionato, Sumulas

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Origem, conceito e natureza jurídica do cheque. 1.1 - Da Origem do cheque. 1.2 – Do conceito de cheque. 1.3 – Natureza jurídica do cheque.

2 - A provisão de fundos como pressuposto para a emissão de cheque. 3 - Aspectos penais da emissão do cheque sem provisão de fundos. 4 - Tipicidade. 5 - Conclusão.
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Introdução

O presente artigo pretende tratar de um emblema jurisdicional, e enfatizaremos a emissão do cheque pré ou pós-datados, que rendeu uma ficção jurídica há muitos julgados por todo o Brasil.

Abordaremos dois aspectos para recheiar o presente artigo: aspectos do cheque a nível de título crediário e a nível criminal.

Para alicerçar os argumentos à posteriori, observemos o que diz o art. 32 do comando legal, lei 7.357/85, também conhecida como [lei do cheque](#), in verbis:

Art. 32 O cheque é pagável à vista. Considera-se não-estrita qualquer menção em contrário.

A lei é clara e não comporta exceção a qualquer nomenclatura que indique as expressões “pré-datado ou pós-datado”.

A emissão de cheques pré-datados sem fundos configura inadimplemento contratual, e não estelionato. A definição do estelionato (*stellionatus*) é o crime patrimonial mediante fraude, “quando o agente emprega meio fraudulento, induzindo ou mantendo alguém em erro, e, assim, conseguindo, para si ou para outrem, vantagem ilícita, com dano patrimonial alheio” (Magalhães Noronha, *Direito Penal*, 2º volume, 20ª Edição, 1984, p. 379).

O acusado realizou compras e pagou com cheques pré-datados, os quais foram devolvidos por insuficiência de fundos. Segundo a Turma, não existem provas de que o réu agiu com dolo anterior e específico de induzir as vítimas em erro para obter a vantagem ilícita, elemento subjetivo do tipo penal estelionato.

Desde sua introdução no sistema legal brasileiro através da Lei 2591 de 07 de Agosto de 1912, o cheque devido a sua importância na circulação de riquezas, sempre preocupou o legislador penal nos casos de emissão do título sem a provisão de fundos.

Todavia com o passar dos anos, essa natureza de “ordem de pagamento à vista”, vem sendo relativizada pela hoje prática comuníssima de pós-pagamento do cheque, tornando assim uma espécie de promessa de pagamento, com efeitos diretos.

1 – ORIGEM, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CHEQUE

1.1 - Da Origem do cheque

A origem do nome cheque também gera polêmica. Por um lado, os ingleses pensam que a palavra cheque teve origem na palavra francesa *echequier*, que quer dizer “tabuleiro de xadrez”. Isso por que, segundo os ingleses, as mesas utilizadas nos bancos eram como um tabuleiro de xadrez.

Em contrapartida, os franceses sustentam a idéia que a palavra cheque tem origem no inglês *tocheck*, que significa “conferir, verificar”

.O que se sabe de fato, é que por volta de 1500, em Amsterdã, Holanda, já era costume depositar o dinheiro em *cashiers* (caixas), por motivo de segurança. Esses *cashiers*, após algum tempo, passaram a realizar operações como depósitos e cancelamento de débitos apenas com ordens escritas (cheques) de seus clientes.

Em 1605, o banco da Inglaterra passou a emitir blocos em branco a seus clientes, de acordo com o quanto guardavam em ouro no estabelecimento. Esses blocos em branco, a serem preenchidos pelo cliente com o valor da retirada que desejavam fazer, eram muito parecidos com os talões de cheque como os conhecemos atualmente, inclusive com um canhoto, onde os clientes faziam suas anotações.

As primeiras Leis que atuaram sobre o cheque foram criadas em 1865, na França. Embora tenha sido na Inglaterra a expansão mais rápida da utilização dos cheques, a legislação só foi criada em 1882.

No Brasil, o cheque, ainda com o nome de cautela, surgiu em 1845, quando foi fundado o banco Comercial da Bahia. Em 1893, a palavra cheque foi citada pela primeira vez em uma Lei brasileira.

1.2 – Do conceito de cheque

Por se tratar de um título de crédito, no qual o sacador dá uma ordem a uma instituição financeira onde mantém sua conta corrente (sacado), autorizando o pagamento a vista de quantia certa ao portador do cheque.

Para efeito da Lei nº 7.357/1985, o cheque é ordem de pagamento à vista, não existindo na legislação, a previsão para cheque pré-datado, muito comum nas vendas a prazo.

Por ser muito popular, tornou-se uma das formas mais comuns de saldar compromissos financeiros, sendo uma das formas de recebimento de crédito utilizada pelas empresas e profissionais.

Para sua existência deve haver três partes, a primeira é o sacador (correntista) que por meio do saque cria o cheque, a segunda é o sacado, o qual recebe a ordem de pagamento e necessariamente deverá ser um banco, o terceiro é o tomador ou beneficiário, esse é o credor que deverá receber o pagamento.

Tanto o cheque como a letra de câmbio são títulos de créditos pelos quais se efetua ordem de pagamento, no entanto, o cheque é uma ordem de pagamento à vista, que sempre deverá ter como sacado uma instituição bancária e nele é proibido o aceite, enquanto que a letra de câmbio pode ser com vencimento futuro, não é necessário que o sacado seja um banco e é cabível o aceite.

1.3 – Natureza jurídica do cheque

Em Setembro de 1985 a lei 7357 do cheque foi sancionada no Brasil, por se tratar de uma ordem de pagamento a vista com valor determinado, emitida contra uma instituição financeira, por conta da reserva de valores que o emitente possui junto ao banco, que procede de contrato de depósito bancário ou de abertura de crédito.

Sendo uma ordem de pagamento a vista, este se caracteriza em um instrumento de função e natureza jurídica. Emitido o cheque tem-se uma característica de crédito, no ato de aceitar o possuidor não tem o dinheiro, mas sim um título no qual contém o valor especificado.

No ato da emissão, o emitente do cheque determina ao banco destinado o pagamento imediato do valor indicado em moeda corrente, declarando a existência de crédito para honrar o pagamento do mesmo, assumindo a obrigação de saldar a dívida.

Por se tratar de um direito que o emitente tem de receber a quantia certa, sem poder substituir a moeda corrente, sou seja, apesar de ser uma ordem de pagamento como a letra de câmbio o cheque não depende de aceite. Sendo que o cheque é considerado um título de crédito, pode ser garantido seu pagamento por aval, que poderá ser prestado por terceiro.

Existem diversas vertentes sobre a natureza jurídica do cheque, se este é um título de crédito ou um instrumento de pagamento, pois possuem uma grande amplitude em seu uso.

Sendo entendido por muitos que não se trata de um título de crédito, mas de uma forma de pagamento, pois não possuem requisitos essenciais, por outro lado a doutrina entende que o cheque é um título de crédito, pois contém elementos indispensáveis, como: instrumento autônomo, independente, circulável, literal e formal, onde pode ser afiançado por aval.

2 - A PROVISÃO DE FUNDOS COMO PRESSUPOSTO PARA A EMISSÃO DE CHEQUE

No ato da apresentação do cheque, é verificada a existência de fundos.

Verifica-se que a não é apenas exigível a existência de fundos, mas também que tais fundos estejam disponíveis, ou seja, para que possa ser movimentada pelo sacador sem que nenhum óbice impeça a sua movimentação, não é apenas exigível a existência de fundos, mas também que os fundos estejam disponíveis. Deve o emitente dispor de suficiente provisão de fundos em poder do sacado.

Deve existir fundos na apresentação do cheque para o pagamento, de forma que diante deles o sacado deve pagar o consignado no cheque.

Por se tratar de um elemento normativo, a existência de provisão de fundos, consiste na existência de numerários disponíveis em poder do sacado (banco) e tem que ser suficientes para efetuar o pagamento na apresentação do referido título (art. 4º da lei 7357 de 1985).

Nesse diapasão, a emissão do cheque sem a suficiente provisão de fundos, ou melhor, em a devida garantia de fundos que possam originar a satisfação do débito, tipificando o crime de estelionato, conforme os ensinamento do mestre Fabio Ulhoa.

3 - ASPECTOS PENAIIS DA EMISSÃO DO CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS

Sujeitos do delito e elemento subjetivo o art. 171 do Código Penal prevê como uma das modalidades do crime de estelionato, a emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou a frustração de seu pagamento.

O sujeito ativo do delito é aquele que emite o cheque ou frustra seu pagamento, admitindo-se co-autoria (conta conjunta) e participação, podendo, inclusive, ser o representante de pessoa jurídica. Já o sujeito passivo é o beneficiário do cheque.

Se antes do recebimento da denúncia, terceiro promove o ressarcimento da vítima, no lugar do autor do delito, entende-se que mesmo assim pode haver extinção da punibilidade nos termos da súmula 554 do Supremo Tribunal Federal: “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”

Também comete o delito em tela, quem emite cheque especial com valor superior ao crédito concedido pela instituição financeira, ou emite o cheque estando encerrada a conta. Todavia, se o cheque emitido sem provisão de fundos refere-se a conta corrente encerrada, configura-se o estelionato na modalidade do caput e não a figura do § 2º, inciso VI do art. 171 do Código Penal.

Os elementos centrais do crime de estelionato no inciso VI do art. 171 do CP, devidamente explanado a figura do cheque e tecidas as considerações, torna mais tranquilo po entendimento dos seus reflexos na seara penal.

4 - TIPICIDADE

A fraude no pagamento por meio de cheque está elencada no inciso VI do artigo 171 do Código Penal.

Os comportamentos se dividem em duas alternativas previstas. O primeiro esta no ato de emitir, na colocação, por em circulação o cheque, não basta o simples ato de preencher e assinar, já no segundo quando tem a intenção de frustrar-lhe, obstar o seu pagamento, mediante o bloqueio da conta, ou a retida do sando e ainda a contra-ordem do pagamento. Esse entendimento encontra acolhimentonos estudos do professor Cezar Bittencour

Segundo o entendimento de Tourinho Filho ao postular em seus estudos que “não se caracterizará a infração penal, sem que a emissão ou a frustração represente prejuízo novo para a vitima, por exemplo, quando o cheque é dado em troca de outro título (promissória, duplicata) que o credor já possuía garantindo a mesma dívida”.

Outrossim, importante esclarecer que o fato de ser o cheque pós-datado (pré- datado), por si só não descaracteriza o delito de estelionato.

Se a emissão do cheque pós-datado tem por escopo a obtenção de indevida vantagem econômica, meio para a consecução do engodo, onde o autor tinha a intenção de pagá-los e já sabia que eles não seriam resgatados, tem-se a figura básica do art.

Muitos artigos são confeccionados abordando a não ilicitude criminal na emissão de cheques, porém, tais indagações, refletem a temática do “pré ou pós-datados” aliados à noção de contrato inter partes.

5 - CONCLUSÃO

Há relativa divergência sobre a natureza do cheque, o cheque é instrumento de exigir, e não de prorrogação, não tem data de vencimento, é pagável no ato de sua apresentação, ou seja, à vista, baseia-se na exceção condicional dos títulos de crédito, ninguém o contesta.

Entretanto a doutrina classifica o cheque entre os títulos de crédito, posto entender que contem os elementos indispensáveis para tal, pois é um instrumento

autônomo, independente, circulável, literal e formal, podendo ainda ser garantido por aval.

O cheque é simultaneamente uma ordem de pagamento de um título de crédito, uma vez que ao se efetuar sua emissão (saque) o emitente (sacador) não está apenas determinando ao banco destinatário (sacado) o pagamento imediato da quantia expressamente indicada na cártula em moeda corrente, mas também está declarando a existência de um crédito daquele valor e, assim, está assumindo a obrigação de paga-lo, caso a ordem não seja acatada pelo banco sacado.

O Ministério Público não dá o tratamento adequado para essa prática delituosa, por falta de conhecimento do delito, necessitando que seja feita a queixa, caso essa não seja apresentada pelo ofendido, o titular do direito de queixa (artigo 113 do Código Penal e artigo 49 do Código de Processo Penal) o Ministério Público fica sem efetividade para intervir e conhecer do crime.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BITTENCOUR. Cesar Roberto, Código Penal Comentado, 72 edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrinni, Código Penal Interpretado, 4 edição, São Paulo, Editora Atlas, 2013.

MARTINS, Fran, Títulos de Crédito, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

MAGALHÃES, Noronha, Direito Penal, 2º volume, 20ª Edição, Editora Saraiva, 1984.

<https://juliobernardino.jusbrasil.com.br/artigos/245435138/emissao-de-cheque-sem-fundos-da-cadeia-sim>

<http://blogdetestedarenatadeboston.blogspot.com.br/2008/07/curiosidade-historia-do.html>

<http://docplayer.com.br/8376437-A-natureza-juridica-do-cheque.html>

<http://www.infoescola.com/economia/historia-do-cheque>

<http://www.infoescola.com/economia/historia-do-cheque>

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS: DA BIOÉTICA E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DA LISTA DE ESPERA

MICHELLE MARCHINI MENDES:
Bacharelada do curso de Direito da
Universidade Brasil, Campus
Fernandópolis - SP.

Prof. Me. **Rodrigo Freschi Bertolo**

(Orientador)[1]

RESUMO: Este artigo tem por objeto analisar como funciona a Lei 9.434/97, que se trata da Doação de Órgãos e Tecidos, avaliando suas definições e limites, tanto em doação entre pessoas vivas (Inter Vivos), e depois do óbito (Post Mortem). Durante as pesquisas foram utilizados como fontes, materiais como livros, artigos científicos, sites, leis e CRMs. Os resultados demonstram a importância da doação de órgãos e tecidos, como pode ser feita, e a legalidade para que tal ocorra.

Palavras-chave: Doação, órgãos, tecidos.

ABSTRACT: This article has to objective analyze how the Law 9.434 / 97, that refers the donation of organ and tissue , evaluating yours definitions and limits, both in donation between living people (Inter Vivos) and after death (Post Mortem). During the research were used as sources, materials as books, scientific articles, websites, laws and CRMs. The results demonstrate the importance of donating organs and tissues, how it can be done, and the legality of this.

Keywords: Donation, organs, tissues.

SUMARIO: INTRODUÇÃO. 1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A AUTONOMIA DA VONTADE. 1.1 DOAÇÃO POST MORTEM. 1.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS INTER VIVOS. 1.3 A VENDA E A DOAÇÃO. 1.4 DA BIOÉTICA E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DA LISTA DE ESPERA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado nesse artigo científico, versa sobre o transplante de órgãos e tecidos, a sua importância as pessoas, e maneira como afeta diretamente e indiretamente os indivíduos.

Desde sempre o transplante é um tema de suma importância na vida das pessoas, porém apresenta uma limitação quando se fala de órgãos. De acordo com pesquisas, a lista única de espera é demasiadamente grande, tendo alguns critérios a serem seguidos até chegar ao transplante.

Uns dos objetos de estudo desse trabalho, refere-se ao mercado de órgãos e tecidos humanos, com ênfase na fila única de espera para sua obtenção. A partir dessa problemática, sucedeu uma interpretação jurídica da bioética à lista de espera, decorrentes dos princípios como: Autonomia de vontade que prevalece a vontade do doador, ou em casos de não manifestação da sua vontade em vida, dependem da vontade da família; Princípio da Justiça que aduz a distribuição de maneira equitativamente e gratuita dos órgãos disponíveis, e; também o Princípio da Beneficência, onde o profissional da saúde deve preservar a vida do paciente na medida do possível.

No decorrer deste será detalhadamente analisado o assunto com base jurídica na Lei 9.434/97.

1 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A AUTONOMIA DA VONTADE

Transplante de órgãos e tecidos é o procedimento que consiste em retirar um órgão ou tecido, ou parte deles, de um indivíduo doador que faleceu recentemente, ou doador vivo, que é chamado de doador voluntário, para colocar em outro indivíduo que esteja necessitando, ou seja, um receptor. Existem casos de transplantes de tecido que o doador e o receptor são a mesma pessoa.

Na mesma linha de raciocínio segue:

O direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana. Assim sendo elas são bens

(res) da personalidade extra commercium, não podendo ser cedidas a título oneroso, por força da Constituição Federal, art. 199, § 4º e da Lei nº 9.434/97, art. 1º. Como as partes separadas accidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (res), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, gratuitamente, desde que não afete sua vida, não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, não acarrete perda de um sentido ou órgão, tornando-o inútil para sua função natural, e tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário (CC, arts. 13 e 14). (DINIZ, 2011, p. 344).

Como existe o direito e a possibilidade sobre as partes separadas do corpo humano, careceu de classificar os tipos de transplantes de acordo com a sua finalidade:

Autoplástico – é aquele que retira tecidos ou células de uma pessoa por meio de transferência é implantado em outro local do mesmo organismo.

Heteroplástico – é o que remove um sujeito e transfere para inserir em outro, células, tecidos ou órgãos.

Heterólogo – é o procedimento que retrai tecidos e órgãos de uma pessoa, para serem transferidos e implantados em outro organismo de espécie diferente.

Não estão compreendidos o sangue, o esperma, e o óvulo para efeitos dessa Lei. Realizará meramente por instituições de saúde, pública ou privada, e por equipes médicas de remoção e transplantes autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

1.1 DOAÇÃO POST MORTEM

A Lei 9.434/97, no capítulo II, artigos 3º ao 8º, traz as exigências para doação após a morte. Deverá ter ocorrido morte encefálica, diagnosticada e constatada por dois médicos que não participarão das equipes de remoção nem do transplante.

Somente será realizada a retirada mediante autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, e obedecida a linha sucessória. Mas, no artigo 14 do Código Civil de 2002, dispõe a possibilidade de o indivíduo dispor do seu próprio corpo após a morte. A vontade manifestada em vida deve prevalecer.

Não se trata mais de integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas determinações para depois da morte. Há, portanto, uma impossibilidade de se considerarem os direitos de personalidade um morto, porém, isso não implica que a garantia de proteção à dignidade humana cesse necessariamente. Pode-se dizer que existe um prolongamento da personalidade após a morte. (BANDEIRA, 2001, p. 157).

Sobre os casos de óbito em decorrência de causa mal definida, e sem assistência médica, ou outras situações nas quais houver designação de verificação da causa da morte, a retirada exclusivamente poderá ser realizada posteriormente à autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, e devidamente recomposto para ser entregue, em condições, aos responsáveis ou parentes do falecido, para sepultamento. Sua aparência física é respeitada, a doação após a morte não viola o corpo do doador.

RESPONSABILIDADE CIVIL ? Indenização ? Danos morais ? Retirada e doação de órgãos não autorizadas pelos familiares do falecido no Hospital Estadual do Grajaú ? A autora apenas ficou sabendo da retirada dos órgãos de seu filho ao constatar que no Laudo Necroscópico do Instituto Médico Legal foi atestado que "olhos com íris de cor não identificadas devido doação de olhos" ? Nexo de causalidade demonstrado ? Responsabilidade do Estado devidamente caracterizada, pois administrador e mantenedor do hospital ? Responsabilidade do Banco de

Olhos de Sorocaba também demonstrada, pois é o responsável pela captação e guarda das córneas doadas ? Sentença mantida e ratificada nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça ? Recursos não providos.(TJ-SP - APL: 00130441520098260053 SP 0013044-15.2009.8.26.0053, Relator: Aliende Ribeiro, Data de Julgamento: 14/05/2013, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/05/2013)

A morte cessa o fim da pessoa, e não dos seus direitos. Sendo assim interpretação da manifestação da vontade em prol do indivíduo, prevalecendo o direito à vida e à dignidade da pessoa humana debilitada devido a doenças que aguarda em uma infinita fila de espera do transplante.

1.2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS INTER VIVOS

Como prestação de um gesto de solidariedade humana, de modo gratuito, a doação inter vivos é uma decisão exclusiva do indivíduo doador, de maneira consciente, responsável, e explícita.

Pelo princípio da sociabilidade, as pessoas em boas condições de saúde e livre poderá doar a um necessitado enfermo parte do seu organismo, sob condição de que não seja imprescindível para sua vida e nem à sua saúde. Não se pode exigir que ninguém se sacrifique em favor de terceiros.

Segundo a Lei 9.434/97, artigos 9º e seus parágrafos, e 9º-A, sobre doações inter vivos, traz a hipótese de doação voluntária, por pessoa juridicamente capaz, preferencialmente feita por escrito, na presença de duas testemunhas, especificando o órgão, tecido ou parte do próprio corpo que será doada a cônjuge, ou parente consanguíneo até o quarto grau, ou qualquer outra pessoa mediante autorização judicial, dispensada em casos de doação de medula óssea.

Consequentemente, a doação Inter vivos é lícita quando se refere a órgãos duplos (rins), partes regeneráveis ou recuperáveis (fígado), ou tecido (pele, medula óssea), cuja remoção não exponha a vida à ameaça ou integridade física do doador, não comprometa seus recursos vitais e saúde mental, nem cause deformação

inaceitável ou mutilações, e equivalha a uma inevitabilidade terapêutica comprovada.

O indivíduo juridicamente incapaz será capaz de doar medula óssea, sob condição que disponha do consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais, autorização judicial e o ato não oferecer perigo a sua saúde. No mesmo sentido traz a Lei sobre doações de gestante, somente poderá doar medula óssea, e se o ato não oferecer nenhum risco à sua saúde e ao feto. A mulher voluntariamente poderá doar o sangue do cordão umbilical e placentário.

Ante exposto, pedido de transplante de medula óssea, por incapaz:

MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE LIMINAR. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. PROCEDIMENTO QUE OBJETIVA A SELEÇÃO DE EMBRIÃO SADIO E GENETICAMENTE COMPATÍVEL PARA FINS DE TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. MEDIDA CURATIVA DE PACIENTE PORTADORA DE ANEMIA FALCIFORME. PLAUSIBILIDADE DO PEDIDO. PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E, DE FORMA MEDIATA, À SAÚDE DA FILHA DOS IMPETRANTES. PERICULUM IN MORA DEMONSTRADO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 273, § 2º, DO CPC. LIMINAR CONCEDIDA(TJ-PI - MS: 00027386120158180000 PI 201500010027380, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/06/2015).

Já para o autotransplante necessita apenas do consentimento do próprio, registrado no prontuário médico, se juridicamente capaz. Se for incapaz depende do consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais.

Lembrando que a doação poderá ser revogada a qualquer momento, pelo doador ou pelos responsáveis legais, antes da concretização.

1.3 A VENDA E A DOAÇÃO

Notavelmente em seu capítulo V, das sanções penais e administrativas, impõe os crimes e suas penas em relação aos transplantes realizados de maneiras irregulares. Aduzindo sobre a venda, a doação de forma onerosa, que não se trata

mais de doação e sim de venda, proibida por lei, imposta nas penas reclusão e multa.

A Constituição Federal Brasileira de 88 também evidencia sobre a doação gratuita de órgãos e tecidos, não sendo permitido qualquer tipo de remuneração, recompensa ou comercialização, segundo seu artigo 199, § 4º:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Quem prejudica um indivíduo em busca de órgãos, sanção prevista no artigo 14º. Sequente, artigo 15º, explicitamente, sanção para aqueles que compram ou vendem. Os subsequentes, artigos 16º e 17º, punem os colaboradores da comercialização ou intermediar essa. No artigo 21º, penas às entidades, públicas ou privadas, ou turmas médicas, que agirem em desconformidade com a lei. O legislador preocupou em punir todos os envolvidos com o tráfico de órgãos e tecidos humanos, desde o que vender até o que transplantar, não esquecendo os intermediadores desse crime desumanizado.

Nota se que no artigo 11º, a veiculação é proibida, através de qualquer meio de comunicação de anúncio que configure publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, apelo ao público para doação de órgãos e tecidos ou parte deles para pessoa determinada identificada ou não, e apelo para arrecadação de fundos para financiamento para esses fins em benefício de particulares. Parágrafo único traz a exceção, possibilidade de propaganda mediante os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema Único de Saúde, através dos meios adequados de comunicação.

O REsp de número 1144720, traz a autorização para realizar o transplante de rim, sem ausência de violação da Lei de Transplantes:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1144720 DF
2009/0113695-5 (STJ)

Data de publicação: 16/12/2009

Ementa: BIODIREITO – DIREITO À SAÚDE – ALVARÁ – TRANSPLANTE DE RIM – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – NECESSIDADE – OBJETOS SINDICÁVEIS PELO PODER JUDICIÁRIO: INEXISTÊNCIA DE LESÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DO DOADOR, NÃO-OCORRÊNCIA DE COMÉRCIO OU DE QUALQUER TIPO DE CONTRAPRESTAÇÃO E POTENCIAL EFICÁCIA DO TRANSPLANTE DE RIM – INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO DO § 3º DO ART. 15 DO DECRETO N. 2.268 /97 PELA LEI N. 10.211 /01 QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO CAPUT DO ART. 9º DA LEI N. 9.434 /97. 1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2. A autorização judicial exigida no caput do artigo 9º da Lei n. 9.434 /97 tem três objetivos: (I) impedir lesão à integridade física do doador; (II) impedir o comércio de órgãos ou qualquer tipo de contraprestação; e, (III) assegurar, na forma do § 3º do artigo 15 do Decreto n. 2.268 /97, potencial eficácia ao transplante de rim. 3. Todas as exigências proporcionais e razoáveis colocadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo para evitar o comércio de órgão ou qualquer tipo de contraprestação e assegurar a potencial eficácia do transplante de rim (direito à saúde) são ratificadas pelo ordenamento jurídico pátrio. 4. É legal a exigência, para a retirada de rins, de comprovação de, pelo menos, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consanguíneos, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. 5. A Lei n. 10.211 /01, ao alterar o caput do art. 9º da Lei n. 9.434 /97, não revogou ou retirou

a eficácia do § 3º do artigo 15 do Decreto n. 2.268 /97, portanto correto o Tribunal de origem na aplicação da Lei e do Decreto. Recurso especial improvido.

1.4 DA BIOÉTICA E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DA LISTA DE ESPERA

Instituída como critério a lista única de receptores, pela Lei de Transplantes, a organização compete às Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos, que tem a responsabilidade de coordenar as atividades de transplantes no âmbito estadual.

A apelação cível a seguir traz obrigatoriedade do cadastro no sistema nacional de transplante e aguardar a fila única:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
APELAÇÃO CÍVEL. **TRATAMENTO MÉDICO OFTALMOLÓGICO E TRANSPLANTE DE CÓRNEA. SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS. FILA ÚNICA DE RECEPTORES. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** 1. A sentença negou prioridade no tratamento médico oftalmológico e transplante de córnea pela rede pública ou em hospital particular com custeio público, convencido o Juízo de que a sua imposição sem observância da fila de espera desestrutura o SUS e viola o princípio da isonomia. **2. O paciente com indicação de transplante deve cadastrar-se no sistema nacional de transplantes e aguardar em fila única de receptores, elaborada por equipes credenciadas do Ministério da Saúde, que utilizam critérios específicos para cada tipo de órgão, tecido, célula ou partes do corpo humano na ordenação dos potenciais receptores quanto à precedência.** Inteligência da Lei nº [9.434/1997](#), do Decreto nº [2.268/1997](#) e da Portaria GMS/MS nº [2.600/2009](#). 3. As deficiências do sistema, a precariedade no atendimento à população e a superlotação nos

hospitais públicos de referência são notórias. A necessidade é maior do que a disponibilidade física, mas tais problemas devem ser solucionados com a melhoria das políticas públicas e não apenas em favor de quem pede, pena de desestruturar-se o SUS no compromisso de preservar a saúde de um paciente sem desatender outros que também aguardam exames, tratamentos, cirurgias e medicamentos, impondo-se sopesar, tão somente, se a isonomia está sendo respeitada. **4. A atuação do Judiciário não pode implicar na mobilização indevida de recursos humanos e técnicos altamente especializados, que deixarão de ser dispensados a pacientes regularmente inscritos no programa nacional de transplantes, subvertendo a ordem pré-estabelecida pelo Ministério da Saúde. A distribuição dos órgãos e tecidos não se dá somente pelo tempo de inscrição, mas depende de parâmetros médicos complexos, devendo o julgador apenas verificar a observância dos critérios legais na ordem da fila única de receptores.** 5. Apelação desprovida. (TRF2, AC 201151010094151/AC 564826, Relatora Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo, Sexta Turma Especializada, E-DJF2R - Data::17/12/2013)

Essa lista única de espera, tem relação direta com o princípio da Justiça, que tem como propósito distribuir de maneira equitativamente e gratuita os órgãos disponíveis, utilizando para isso, critérios de ordem cronológica e de compatibilidade.

Mediante análise do Decreto nº 2.268/97, artigo 7º, incisos II e III:

Art. 7º Incumbe às CNCDOs:

II - promover a inscrição de potenciais receptores, com todas as indicações necessárias à sua rápida localização e à verificação de compatibilidade do respectivo organismo para o transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes disponíveis, de que necessite;

III - classificar os receptores e agrupá-los segundo às indicações do inciso anterior, em ordem estabelecida pela data de inscrição, fornecendo-se lhes o necessário comprovante;

De acordo com a Lei, após constatada a morte encefálica, o hospital deverá notificar a CNCDO, que avisarão a família, para que autorizem a doação de órgãos ou tecidos, caso em que o indivíduo não autorizou em vida; Aqui pode-se notar o princípio da Autonomia, respeitando a vontade do indivíduo doador ou sua família.

Após a autorização da doação, responsável, de forma livre, e gratuita, o transplante se fará por ordem de inscrição cronológica do receptor, e também deve haver a histocompatibilidade, ou seja, o receptor deve ser compatível com o doador, para haver o transplante. Princípio da Beneficência, o profissional da saúde deve preservar a saúde do paciente, na medida do possível.

No critério da histocompatibilidade, gozarão de prioridade os casos mais graves, analisando a urgência com que o receptor carece daquele transplante, critério esse também conhecido como periclitância, que não fere o princípio da Justiça, por se tratar de equidade de tratamento, significa tratar os desiguais na medida em que eles se desiguam. Prevalecendo os valores constitucionais como a vida, o respeito e a dignidade da pessoa humana.

O Juiz de Direito Antônio Vinicius Amaro da Silveira, da 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro da Capital, afirma o entendimento de ser possível alterar a ordem cronológica da lista de espera, decorrente da gravidade de cada caso, na situação a qual deferiu uma liminar no dia 14 de outubro de 2005, concedendo antecipação de tutela, para paciente ter prioridade na fila de transplante de fígado.

CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionada, a interpretação jurídica da lista de espera, à luz dos princípios da Bioética, a doação é realizada de forma justa, com critérios de compatibilidade e urgência, todos tem acesso a essas doações desde que necessitem com fins terapêutico ou humanitário.

O transplante é a maneira encontrada para tentar prolongar a vida humana, debilitada devido algumas situações de saúde, o direito procura evoluir junto com a sociedade para acompanhar suas necessidades, regulamentando as mesmas. Regido pelos principais princípios como a dignidade da pessoa humana, em busca da garantia do direito à vida.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, A. C. P. **Consentimento no transplante de órgãos: à luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores.** ___ Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL, **Decreto Lei nº 2.268 de 30 de julho de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL, **Lei dos Transplantes de Órgãos. Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão. Recurso Especial nº 1144720/DF. 2ª Turma. Biodireito.** Direito à saúde. Alvará. Transplante de rim. Ausência de violação do art. [535](#), [ii](#), do CPC. Relator Min. Humberto Martins. Brasília, 16 dez. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634612/recurso-especial-resp-1144720-df-2009-0113695-5-stj>>. Acesso em 28 abr. 2017

BRASIL, Tribunal de Alçada cível. Sexta Turma Especializada. Tratamento médico oftalmológico e transplante de córnea. Sistema nacional de transplantes de órgãos e tecidos. Fila única de receptores. Princípio da isonomia. Apelação desprovida. (TRF2, AC 201151010094151/AC 564826, Relatora Desembargadora Federal Nizete Lobato Carmo, E-DJF2R. Jusbrasil. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/269267989/agravo-de-instrumento-ag->

504775643 20154040000-5047756-4320154040000/inteiro-teor269268084. Acesso em 23 mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Mandado de segurança pedido de liminar. Fertilização in vitro. Procedimento que objetiva a seleção de embrião sadio e geneticamente compatível para fins de transplante de medula óssea medida curativa de paciente portadora de anemia falciforme. Plausibilidade do pedido. Proteção à dignidade da pessoa humana e, de forma mediata, à saúde da filha dos impetrantes. Periculum in mora demonstrado. Relativização da regra contida no art. 273, § 2º, do cpc. Liminar concedida. (TJ-PI - MS: 00027386120158180000 PI 201500010027380, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 16/06/2015). Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/290731061/mandado-de-seguranca-ms-2738612_0158180000-pi-201500010027380/inteiro-teor-290731110>. Acesso em 23 mai. 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Responsabilidade civil? Indenização? Danos morais? Retirada e doação de órgãos não autorizadas pelos familiares do falecido no hospital estadual do grajaú? A autora apenas ficou sabendo da retirada dos órgãos de seu filho ao constatar que no laudo necroscópico do instituto médico legal foi atestado que "olhos com íris de cor não identificadas devido doação de olhos" ? Nexo de causalidade demonstrado? Responsabilidade do estado devidamente caracterizada, pois administrador e mantenedor do hospital? Responsabilidade do banco de olhos de sorocaba também demonstrada, pois é o responsável pela captação e guarda das córneas doadas ? Sentença mantida e ratificada nos termos do art. 252 do regimento interno deste e. Tribunal de justiça? Recursos não providos.(TJ-SP - APL: 00130441520098260053 SP 0013044-15.2009.8.26.0053, Relator: Aliende Ribeiro, Data de Julgamento: 14/05/2013, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/05/2013). Jusbrasil. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116096001/apelacao-apl-130441520098260053-sp-0013044-152009_8260053?ref=juris-tabs>. Acesso em 23 maio. 2017.

CALDEIRA, G. G. **Transplante de órgãos e tecidos**. Conteúdo jurídico, Brasília- DF, 05 jul. 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/transplantes-de-orgaos-de-tecidos,48921.html>>. Acesso em 27 abr. 2017.

DINIZ, M. H. **O Estado atual do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EXPRESSO da Notícia. **Justiça determina prioridade de paciente em lista de transplante de fígado**. Jusbrasil. Disponível em: <https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/141661/justica-determina-prioridade-de-paciente-em-lista-de-transplante-de-figado?ref=topic_feed>. Acesso em 15 mai. 2017.

FONSECA, J. B. **Doação de órgãos e transplante: a interpretação jurídica da lista de espera à luz dos princípios da bioética**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155077534/doacao-de-orgaos-e-transplante-a-interpretacao-juridica-da-lista-de-espera-a-luz-dos-principios-da-bioetica>> Acesso em 27 abr. 2017.

OLIVEIRA, L. M. M. M. **Autonomia da vontade e a doação de órgãos: uma discussão acerca da classificação da doação post- mortem**. Jus, 09 de 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>>. Acesso em 27 abr. 2017.

RAMOS, M. G. C. **Transplante de órgãos e tecidos humanos**. Jus, 12 de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34889/transplantes-de-orgaos-e-tecidos-humanos>>. Acesso em 27 abr. 2017.

[1] <http://lattes.cnpq.br/9965215637160749>

A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

GLAUCO EDUARDO SALLES DOS SANTOS:

Advogado especialista em Direito Penal associado ao escritório Cutrim, Santos & Borges. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Assessor Jurídico Pharmacon Consultoria.

Resumo: O fenômeno da globalização, e as cicatrizes latentes pós-segunda grande guerra direcionaram a ordem jurídica a um novo panorama, ilustrado pela uniformização, em âmbito internacional, tanto quanto possível, de aspectos axiológicos. Nesse cenário, até pouco, envoltos pela capa de invisibilidade ao reconhecimento e à efetivação de direitos e garantias fundamentais, indivíduos que enfrentam a permanente dissonância entre concepções interna e externa de gênero são alvos vulneráveis a comportamentos discriminatórios. A tortuosa lida cotidiana tem nas retificações do nome e do sexo importantes avanços ao bem-estar social. Através de metodologia dedutiva e de pesquisas bibliográfica e documental, observa-se, em âmbito jurídico luso-brasileiro, notável recepção de modificações no registro civil para salvaguardar o sujeito de direitos das angústias relativas, destacando-se, para tanto, a atuação legislativa portuguesa, e o amparo jurisprudencial brasileiro, ambos, com supedâneo em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional; Direito ao nome; dignidade humana; retificação do registro civil de transexuais.

Abstract: The phenomenon of globalization, and the latent scars post-second great war, directed the juridical order to a new panorama, illustrated by the uniformization, at the international level, as far as possible, of axiological aspects. In this scenario, until recently, surrounded by the invisibility cloak to the recognition and the realization of fundamental rights and guarantees, individuals facing the permanent dissonance between internal and external conceptions of gender are targets vulnerable to discriminatory behavior. The tortuous daily struggle has important advances in social and social well-being in the rectifications of name and gender. It is observed, in Portuguese-Brazilian legal context, notable reception of modifications in the civil registry to safeguard the subject of rights of the relative anxieties, standing out for that reason, the Portuguese legislative action, and the Brazilian case law, both, In International Treaties on Human Rights.

Keywords: Human Rights; International right; Right to name; human dignity; Rectification of the civil registry of transsexuals.

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito ao nome enquanto manifestação da dignidade. 3. Os gêneros biológico, social e psicológico. 4. Direito ao nome sob a ótica internacional: exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais. 5. Transgêneros e o direito a alteração do nome nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao binômio Estado-Direito, coube a responsabilidade de manutenção da paz social (REALE, 2009, p. 64) a partir da utilização de mandamentos cogentes emanados de forma externa e institucionalizada (BOBBIO, 2010, p. 149). Destarte, interferências sensíveis aos direitos e garantias fundamentais, constituem desrespeito às normas do contrato social (ROUSSEAU, 2011, p. 26), razão pela qual não podem ser olvidadas por qualquer ordem jurídica, sob o risco de falha em seu alicerce de existência.

Os sentimentos inexprimíveis de horror, insegurança e descartabilidade humana, degradáveis frutos da Segunda Grande Guerra, elevam novo paradigma à estrutura jurídica mundial: a necessidade de reaproximação entre direito e moral, através do incentivo de normas-princípio, conceitos legais indeterminados e cláusulas abertas (LENZA, 2014). Todavia, ao passo em que se destaca o incipiente protagonismo constitucional, foi dado o pontapé inicial à reestruturação da ótica internacional, inaugurando a chamada “concepção contemporânea de Direitos Humanos” (PIOVESAN, 2007, p. 22), com visões de refletir *standarts* axiológicos a nível global.

Neste título, operar-se-á estudo relativo às possibilidades jurídicas de alteração do nome por razões de dissemelhança entre as ideias de gênero psicológicas, sociais e biológicas, a partir das disposições, específicas ou não, formadoras dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sob a ótica, respectivamente, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Para tanto, dedicar-se-á, inicialmente, ao que tange o direito ao nome, acertando seus contornos a partir da ótica pós-positivista, elencando-o enquanto expressão primordial aos direitos de personalidade, e, por esta razão, guarda estreito vínculo ao princípio da dignidade humana.

Logo após a fixação dos termos iniciais, a problemática do gênero será colocada em discussão, pautando os plurais significados da condição humana, reverberando, por assim, às ideias biológica, social e psicológica, firmando a importância da harmonização desses sentidos enquanto requisito primordial à construção dos direitos e garantias fundamentais à formação e ao florescimento humanos.

Reservou-se parcela dos presentes escritos ao exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Pacto de San José da Costa Rica, a fim de se elucubrar nova dimensão ao binômio Estado-Direito. Acrescenta-se, a este panorama, as diretrizes internacionais assinaladas pelos respectivos países em estudo, com o fito de melhor aclarar os imbróglis jurídicos concernentes ao direito de transgêneros em alterar seus registros de identificação junto ao órgão Estatal competente.

Por fim, será realizado estudo conjunto dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, à luz dos basilares formadores do Estado Democrático de Direito, acerca da possibilidade de retificação do nome em casos de dissonância entre os conceitos de gênero psicológico, social e biológico vivenciados pelo indivíduo. Examinar-se-á, nessa esteira, as respectivas ordens constitucionais, a legislação específica portuguesa, e o projeto de lei nº 5.002/2013, tramitação brasileira referente ao tema, tecendo, por sempre, acertos e faltas dos mesmos.

2. O DIREITO AO NOME ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA DIGNIDADE

Da série de comportamentos degradantes vivenciada pelo mundo na constância da Segunda Grande Guerra, germinou movimento de reflexão das normas de índole jurídica a partir do conjunto diretivo de cunho ético (LENZA, 2014, p. 64). A cinética de reaproximação, batizada por pós-positivismo, trouxe consigo o apreço a normas-princípio, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, além

de fomentar a elevação das normas constitucionais a novel patamar como modo de instrumentalizar tal ideal (FARIAS e ROSENVALD, 2009, p. 34).

A nova perspectiva jurídica modificou profundamente a ótica separatista entre Direitos público e o privado, fincando a Constituição enquanto construção fundamental às validade e hermenêutica das demais manifestações legais. Neste escorço de publicização do Direito (PAMPLONA FILHO e GAGLIANO, 2009, p. 48), o diploma civil passa a orbitar em torno das normas-regra e normas-princípio de natureza constitucional, convalidando sua base normativa com amparo no fundamento constitucional da dignidade humana, predicado basilar à edificação dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Macroprincípio de real onipresença às instruções normativas vindouras de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, a natureza abstrata do postulado 'dignidade humana' reúne consigo a amplitude de caracterizar um ser e, por consequência, os obstáculos epistemológicos em reduzir tais adjetivos a termo. A infindável jornada de pôr em concreto o essencialmente abstrato torna vasto o terreno de apreciações tautológicas (BOBBIO, 2002, p. 12). Nesta esteira, referenda-se a dignidade enquanto caractere diferenciador, extensão do ideal judaico *imago dei* (BARROSO, 2010, p. 4) plexo de direitos inerente à condição humana.

Sob esta égide, o reconhecimento de direitos relativos à personalidade –direitos de individualização da pessoa natural, de monta extrapatrimonial (DINIZ, 2008, p. 202) – dentre os quais à identificação e ao nome, ambos resguardados pelas ordens constitucionais portuguesa e brasileira, constituem ecos normativos do princípio da dignidade humana.

Nesse diapasão, a virada kantiana vivenciada em meados do século XX reverbera ao *holos* civilista, incidindo inclusive sobre os títulos normativos dedicados à tutela do nome. Deste modo, passou-se a observar tal proteção sob as lentes do princípio da dignidade humana, aliando os interesses de segurança nacional e conformidade psicossocial do ser, ambos ao que se refere à identificação do sujeito de direitos. A partir desta mudança de eixos axiológicos, hodiernamente, se faz possível incursões por vias judicial e administrativa, sopesando os interesses estatais e da pessoa natural, com o fito de examinar a possibilidade de consignar

alterações no registro civil, dentre as quais, modificações relativas ao nome e ao gênero assinalado.

3. OS GÊNEROS BIOLÓGICO, SOCIAL E PSICOLÓGICO

Legado lírico do contista francês Guy de Maupassant (2011), a ‘convenção dos sentidos’ é a razão primeira para se firmar a limitação das verdades humanas. Representativo da unicidade existencial inerente a cada ser em níveis biológico, social e psicológico, a ideia reflete as singulares percepções de mundo vivenciadas, e a impossibilidade de reduzi-las a termo. Em verdade, a complexidade vivenciada pelas ciências de cunho social em tecer considerações conta com similar arrimo: lidar com o irrepetível (DAMATTA, 2010, p. 23). A natureza humana polissêmica, todavia, não é abordagem recente, antevista pelos gregos, descrevia-se infindável o esforço de mapeamento dos sentidos humanos (SILVEIRA, 2006, p. 22).

Nessa esteira, dividem mesma lógica as discussões relativas ao gênero no tempo, perpassando por acepções biológicas, às quais se destaca a ordem cromossômica do indivíduo com o exame de suas genitálias; sociais, ocasião em que se observa a influência dos modos de vida de conjunto à formação de regras de comportamento e sentimento, trata-se de coletivo de disposições exteriores ao indivíduo as quais devem ser atendidas sob o risco de sanções; e psicológicas, ao se examinar o sentimento de pertencimento ao gênero frente as cominações destacadas pelas abordagens anteriores (COSTA, 1944, p. 11).

O conflito entre identidade psicológica e imposições das realidades biológica e social ganha traços memoráveis a partir das descrições autobiográficas de José Walter Nery (2011, p. 24), primeiro homem a realizar cirurgia de redesignação sexual no Brasil. Identificado ao nascer enquanto ser pertencente gênero feminino, relata dificuldades de adaptação aos modos agir, entre o se vestir, andar e cruzar de pernas, passando pelos interesses de lazer, e abordando o sentimento de identificação ao gênero masculino da infância à fase adulta^[1], momento em que realizou a operação de adaptação do fenótipo ao gênero mental^[2].

Nesse sentido, a identificação quanto aos gênero e nome representa importante passo à concretização dos direitos fundamentais relativos à dignidade

e igualdade, evitando constrangimentos sociais, e, assim, minorando consequências psicológicas ao ser cujo registro civil não guarda congruência à designação a qual psicologicamente mantém vínculo. Motivo pelo qual não pode passar despercebida à tutela jurídica.

4. DIREITO AO NOME SOB A ÓTICA INTERNACIONAL: exame da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais

A virada kantiana na ordem jurídica, cristalina reação aos horrores da Segunda Guerra Mundial, é observada pela reaproximação do Direito ao imperativo categórico, primando-se por abordagem axiológica universalista^[3]. Tal metodologia, fortemente reiterada pelo fenômeno de uniformização relativa (consequência ínsita ao processo de globalização^[4]) representa a nova concepção de direitos humanos. Trata-se pois, de movimento duplo, com eixo centralizado na internalização das prescrições dispostas em Tratados Internacionais assinalados à ordem jurídica local, com a recepção do arcabouço principiológico costurado ao patamar constitucional^[5]. Dessa maneira, constata-se, pois, sensível alteração ao panorama cujo protagonismo se concentrava no binômio Estado-Direito, de forte inspiração germânica. A concepção contemporânea de direitos humanos está calcada no papel reservado à conjuntura internacional, da qual o Estado assume a condição de signatário, como parâmetro simétrico-legislativo e, igualmente, na seara da execução de políticas públicas voltadas às disposições assinaladas.

Destarte, passa-se ao estudo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e da Convenção Americana de Direitos Fundamentais, com o fito de estabelecer alicerces ao direito ao nome, e à retificação de registro civil em casos de não identificação entre gêneros psicológico, biológico e social.

Inicialmente, cumpre frisar a complexidade da malha normativa europeia, ressaltando a existência de centenas de tratados esparsos, sobre os temas específicos. Nesse diapasão, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, datada de 1950, contenta-se a traduzir rol concernente aos direitos individuais clássicos, o que, para Fábio Konder Comparato (2010, p. 280), representou visível retrocesso, tendo em vista a abrangência da Declaração

Universal de Direitos Humanos de 1948, e mesmo alguns dos largos passos apresentados pela Constituição de Weimar, promulgada em 1919.

Quanto ao bojo do instrumento jurídico, grafa-se o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto supedâneo fundamental, com amplo espaço preambular, e protagonismo consolidado logo em sebe inicial[6]. Deste modo, conclama-se o respeito ao ser humano em suas especificidades, com lastro filosófico-normativo na complexa unicidade caracterizadora de cada ser. Corroborá este pilar o princípio da igualdade e não-discriminação, também positivado[7].

Frente a dispersão sistemática do arcabouço normativo referente a direitos humanos em orbe europeia, em âmbito americano, a malha pública internacional pode ser representada pela maior densidade de normas, aglutinadas em menor número de tratados firmados. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada no ano de 1969, em San José, e aprovado e promulgado apenas em 1992 pelo Brasil, constitui rico exemplo da diversidade e profundidade de temas elevados ao eixo continental, reservando capítulos aos direitos e garantias fundamentais de 1ª à 3ª gerações, discorrendo sobre limites de atuação do Estado a fim de se preservar o indivíduo da seara política à judicial, imprimindo a dignidade humana enquanto valor primeiro, e fundando a Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O caráter analítico do Tratado é ainda verificado através de plurais diretrizes firmadas em respeito às honra, dignidade, liberdade, igualdade e, ainda, por capitulação específica ao nome[8]. Destarte, torna-se imperiosa a assunção de políticas públicas em âmbito negativo, ao reconhecer o direito de expressão da identidade psicológica, e positivo, ao favorecer a construção de meios hábeis ao exercício social da mesma[9], livre de quaisquer formas e discriminação ou constrangimento, fomentando programas de desestigmatização do transgênero.

Deste modo, observa-se, pois, diante da conjuntura neopositivista com eixo no fenômeno de internacionalização axiológica, a necessidade de internalização das normas-regra e normas-princípio concernentes à verificação do nome enquanto elemento nevrálgico à dignidade, e à identidade, razão pela qual, diante da atmosfera de igualdade e não-discriminação, torna-se incabível qualquer conduta estatal em afronta ao livre exercício do direito, incluindo-se, nesta seara, a retificação de documentos de identificação.

Diante do exposto, passa-se a analisar os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com o fito de se verificar a internalização ou não das diretrizes traçadas pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 1950, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em 1969.

5. TRANSGÊNEROS E O DIREITO A ALTERAÇÃO DO NOME NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

O Direito, enquanto conjunto sistemático de normas-regra e normas-princípio com fito de manter a paz das relações sociais (REALE, 2009, p. 64) a partir de mandamentos externos e institucionalizados (BOBBIO, 2010, p. 149), falharia em suas razões fundantes ao olvidar tutela a tais conflitos entre registro civil, características biológicas e psicológicas, e suas implicações na qualidade de vida do ser. Por este motivo, data de 1980, em solo alemão, possivelmente, o primeiro registro legislativo da Europa pós-moderna acerca da mudanças relativas ao nome e ao sexo em documentação civil, o *Transsexuellengesetz* – TSG.

As diretrizes alemãs ressaltam a possibilidade judicial de mudanças de nome e sexo em registro civil enquanto direito subjetivo que pode ser perscrutado per si, ou, em caso de relativamente incapazes, por seus representantes legais. Para tanto, listou-se requisitos que cuidem assegurar o Estado da caracterização psicológica de transexualidade, contando, para isso, com entrevistas ao indivíduo e avaliação de peritos. À estes, inclui-se o cumprimento de, pelo menos três anos de manifestações de dissonância para a realização de alteração documental relativa ao gênero.

Em terreno Ibérico, antes de ser promulgada legislação específica para modificação do registro civil em tais itens, a situação jurídica ora enfrentada já encontrava vasta gama normativo-principiológica na Constituição Portuguesa de 1976.

Ab initio, ao declarar-se Estado Democrático de Direito, Portugal assume a responsabilidade de reconhecer e, ao mesmo tempo, efetivar a concretização do arcabouço histórico desenvolvido em eixos nacional e internacional – a partir dos Tratados Internacionais dos quais é signatário, a exemplo da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, acordada em 2000

– elevando a dignidade humana enquanto princípio basilar à edificação do Estado. Destarte, a tutela jurídica com vistas ao desenvolvimento humano e de suas potencialidades. A seguir, a Carta Magna elenca o dever Estatal de prezar pelo bem estar social, elencando enquanto tarefa fundamental o alcance da igualdade real entre os portugueses. Dessa forma, veda-se indistintamente ações de cunho discriminatório, qualquer que seja sua motivação. Sublinhando-se, nesse diapasão, o princípio da isonomia material.

Conforme exposto em Constituição, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, mesmo na ausência de manifestação legal específica acerca da retificação de registro civil, os princípios da dignidade humana e da isonomia material são oponíveis a terceiros também quanto à temática enfrentada. À luz deste arcabouço, reconhecia-se, a partir das vias judiciais, o direito à devida retificação sob a justificativa de evitar constrangimentos públicos à pessoa.

Os avanços reconhecidos, entretanto, esbarravam na necessidade de judicialização do pedido, o que confere grande burocratização ao pedido, com vistas nas dificuldades descritas por Cappelletti e Garth (1988, p. 6)[\[10\]](#).

Com vistas ao exposto, fora promulgada a lei nº 7, de 15 de Março de 2001, trazendo série de modificações ao Código Civil no que concerne à retificação de nome e sexo no registro documental correspondente.

A partir de então, registrou-se a possibilidade, por via administrativa, de retificação do registro civil quanto ao nome e ao sexo através de simples requerimento a qualquer conservatória de registro civil. A praticidade do requerimento, todavia, diverge das dificuldades estruturais para se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero. O constrangimento e a carência de profissionais reconhecidos pela ordem dos médicos obstaculizam o procedimento de retificação do registro (SANCHES, 2016, p.1). Sublinha-se, de todo modo, os visíveis avanços na efetivação do direito fundamental ao nome com a edição legislativa.

Isto feito, demarca-se, por agora, a possibilidade de se alterar o nome em razão da não identificação entre gênero psicológico e a realidade biológica e social com horizonte no ordenamento jurídico brasileiro.

Prima facie, in terra brasilis, ao contrário do que observa em Portugal, insta guisar a inexistência de disposições legislativas especiais à modificação do nome por disparidades entre a identificação de gênero. Contudo, a jurisprudência brasileira assente ao direito de retificação, por razão do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais^[11], procedendo a partir da integração de normas e princípios basilares à formação do ordenamento jurídico, razão pela qual se sublinha o périplo judicial como investidura necessária à se proceder a referida mudança. Dentre a série normativa de justificação, destaca-se, primordialmente, o Brasil enquanto Estado Democrático de Direito^[12] com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é vedada qualquer forma de comportamento discriminatório. O dever da República Federativa em prezar pelo bem estar de todos, construindo sociedade livre, justa e solidária, com fins de erradicar a marginalização de pessoas, traduz-se na importância de tutela da saúde mental de cada ser, possibilitando, dessa maneira, alterações relativas ao nome e ao sexo no respectivo registro civil.

Inicialmente, os tribunais locais inauguraram a possibilidade de alteração do nome e ao sexo, com supedâneo no exercício da liberdade, autonomia privada, e a constantes constrangimentos vividos, condicionando, todavia, este segundo à procedimento de cirurgia de reatribuição sexual. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem remodelado este entendimento, possibilitando as mesmas mudanças, todavia, sem a necessidade de realização de procedimento de reatribuição sexual^[13].

Frente a latente necessidade, no Brasil, tramita o Projeto de Lei 5.002/2013, alcinhado de José Walter Nery, albergando a possibilidade de retificação de nome e gênero sexual através preenchimento de formulário em cartório de registro de pessoas, sem que, para isso, se realize qualquer procedimento cirúrgico com vistas à alteração da aparência. Soma-se a isto a desnecessidade de se juntar qualquer parecer médico ou psicológico, sendo a alteração calcada na auto-denominação de gênero. Inicialmente, previa a possibilidade de pessoas relativamente capazes, a partir de idônea representação, procederem à retificação do registro, contudo, tal disposição fora vetada ainda na germinação legal^[14].

Ao que se percebe, os aspectos legislativos portugueses encontram-se, por muito, à frente do tratamento jurídico reservado pelo ordenamento jurídico

brasileiro. Entretanto, aquele não se encontra imune a críticas relativas à burocratização e falta de estrutura para se atestar perturbação de identidade de gênero. Este requisito reverbera, por assim dizer, viés de patologia à situação enfrentada, corroborando o tratamento dado pela Organização Mundial de Saúde (BENTO e PELÚCIO, 2012, p. 1). Por outro lado, a iniciativa brasileira lançada pelo projeto de lei José Walter Nery reconhece na autonomia privada o fator primordial à alterações do registro civil quanto a nome e sexo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teses contratualistas abordam a pactuação de parcela das liberdades individuais com a finalidade de se gozar pelo restante, em segurança. Com este pano de fundo, nasce o binômio Estado-Direito, ao qual assente o dever de manutenção da paz social a partir da institucionalização da coação. Neste aspecto, toda e qualquer ameaça ao continuísmo social deve ser alvo da atenção jurídica.

Assim, se introduziu a necessidade de percepção à camada social ainda invisível: àqueles que sofrem pela dissonância entre gêneros biológico, social e psicológico. Com vistas às nefastas consequências enfrentadas, de origens endógenas ou exógenas, a retificação do nome em registro civil constitui importante passo na vida social de todo transgênero.

Desta feita, discutiu-se acerca do binômio Estado-Direito sob a luz da nova concepção de direitos humanos, ao elevar à ótica internacional, diretrizes axiológicas comuns, cujos países signatários assumiriam compromisso de internalização. Assim, debruçou-se acerca das disposições ordenamentais portuguesas e brasileiras sobre o tema, momento em que se destacou a existência de legislação específica no país ibérico, ao passo em que, na carência de lei especial, se encontra grande esforço jurisprudencial no Estado latino.

A lei 7 de 15 de março de 2011 não resta, entretanto, imune à críticas. A desnecessidade de se judicializar demandas, certamente, foi a maior vitória galgada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais de transgêneros portugueses. Contudo, tal avanço esbarra na dificuldade de se juntar relatório assinado por equipe clínica multidisciplinar em sexologia, atestando perturbação de identidade de gênero, requisito essencial à mudança de nome, tendo em vista o

diminuto número de médicos habilitados e sua pequena dispersão em território português.

Por fim, destacou-se a tramitação do projeto de lei José Walter Nery, buscando assegurar a possibilidade de solução das disparidades entre gêneros psicológico, social e biológico, por via administrativa, seguindo o princípio da autodeterminação, tornando desnecessária a apresentação de parecer médico-psicológico.

Frente ao exposto, percebe-se, com felicidade, o gradativo caminhar histórico rumo ao reconhecimento e efetivação de direitos fundamentais de modo cada vez mais amplo e democrático, seguindo a internalização dos Tratados internacionais respectivamente assinalados.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Transsexuellengesetz* – Tsg. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tsg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 26/12/16.

BENTO, Berenice and PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Rev. Estud. Fem.* Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17/01/2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti - Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 00139862320138190208 RJ 0013986-23.2013.8.19.0208. Relator: Des. Edson Aguiar de Vasconcelos. Data de Julgamento: 12/03/2014, Décima sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 16/04/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116617824/apelacao-apl-139862320138190208-rj-0013986-2320138190208>>. Acesso em: 17/01/2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29/10/2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Ronaldo Pamplona da - Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana. Disponível em: <xa.yimg.com/kq/groups/21693799/1121815486/name/Os+11+sexos.pdf>. Acesso em: 27/12/16.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2009.

DAMATTA, Roberto. Relativizando: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito brasileiro, volume 1: parte geral. 25. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. Disponível em <[http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3o%20\(Sigmund%20Freud\).pdf](http://www.projetovemser.com.br/blog/wp-includes/downloads/Livro%20-%20O%20Mal-Estar%20na%20Civiliza%20E7%E3o%20(Sigmund%20Freud).pdf)>. Acesso em: 26/12/16.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direito Civil: Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY, João Walter. Viagem solitária: memórias de um transexual trinta anos depois. 1ª Ed. São Paulo: Leya, 2011.

OEA. Convenção Americana de Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 18/12/16.

PORTUGAL. Código Civil: decreto-lei n.º 16.563/29, de 25 de Novembro. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/12182.dre.pdf>>. Acesso em: 11/12/16.

_____. Código Civil: lei n.º 7 de 15 de Março de 2011. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1929. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1308&tabela=leis>. Acesso em: 30/12/16.

_____. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15/11/16.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 29ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUSSEAU. Jean Jacques. O Contrato Social. Martin Claret. São Paulo. 3ª Edição. 2011.

SANCHES, Andreia. **Quase 300 pessoas mudaram de sexo no registo civil.** Disponível em: <<https://www.publico.pt/2016/01/24/sociedade/noticia/quase-300-pessoas-mudaram-de-sexo-no-registo-civil-1721122#/follow>>. Acesso em: 03/01/17.

SILVEIRA, Esalba Maria Carvalho. De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual. **Disponível em:** <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5180/1/000379780-Texto%2bCompleto-o.pdf>>. Acesso em: 23/12/16

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** São Paulo: Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>>. Acesso em: 18/12/16.

NOTAS:

[1] Com vistas ao preciosismo de sua autobiografia, destaca-se trecho do dilema enfrentado na obra Viajante Solitário: “Não conseguia entender por que me tratavam como se fosse uma menina! Faziam questão de e ver como nunca fui. Sabiam que não gostava disso! Por que insistiam em me entristecer, em me ridicularizar? Algo estava errado. Restava saber se com eles ou comigo. Tornei-me um ser acuado. Geralmente, crianças adoram ganhar roupas novas nos dias de festa. Entrava em pânico quando mamãe nos carregava para a costureira. Relutava. A única coisa que conseguia reivindicar era que, pelo menos, o vestido tivesse gravata e bolsos. Mamãe não entendia ou fingia não entender. [...] Aos poucos, fui sentindo vergonha do meu corpo. Não ficava nu diante de ninguém. Era como se tivesse um defeito físico, um aleijão. Não trocava mais de roupa na frente das meninas e me envergonhava quando o inverso ocorria.” (NERY, 2011, p. 24)

[2] Acerca do sentimento de angústia verificado pelo conflito permanente entre seres biológico e mental, confere-se o seguinte relato: “Por essa incompatibilidade da minha mente com as partes do meu corpo, numa inversão total de imagem, tornei-me, cada vez mais, um ser angustiado. Além de tudo, cômico de que argumento algum poderia me justificar. Bebi angústia pura.” (NERY, 2011, p. 35)

[3] Sobre o apanágio da universalidade, destaca RAMCHARAN “The concept of human rights is part of the intellectual patrimony of humankind. As civilisations interacted and learnt from one another, concepts of dignity, law, freedom, equality, liberty, and rights developed over time. The Universal Declaration of Human Rights drew upon the intellectual well-springs of Africa, Americas, Asia and Europe in a distillation of universal rights.” (*apud* BREMS, 2013, p. 7)

[4] Sobre este tema, Stuart Hall analisa em *Identidade Cultural na Pós-modernidade* as perdas relativas ao patrimônio cultural em virtude da globalização.

[5] Acerca do exposto, o parecer de Flávio Piovesan se demonstra de suma importância: “[...] O poder Constitucional dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras do Direito Internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional.” (2007, p. 11). Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli se manifestam pela invalidade do direito interno brasileiro frente a incompatibilidades com o Pacto de San José da Costa Rica (2010, p. 34).

[6] Conforme dispõe o artigo 1.º da Carta: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.” (UNIÃO EUROPEIA, 1950).

[7] O princípio da igualdade fora recepcionado através do artigo 21, número 1, o qual se transcreve: “1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual” (*idem*).

[8] Conforme reza o artigo 18º da Convenção Americana: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.” (BRASIL, 1992)

[9] No que toca à possibilidade de exercício do direito ao nome, o julgamento das irmãs Serrano Cruz pela Corte Interamericana é paradigmático, apresentando dupla dimensão ao mesmo: “[...] a) a primeira delas é o direito de toda criança possuir um nome e o de que ele seja devidamente inscrito [...]; b) a segunda dimensão é o direito que a criança tem de preservar sua identidade e suas relações familiares, de conformidade com a lei e sem ingerências indevidas. Daí se entender que o direito ao nome está intimamente ligado ao direito à identidade, que por sua vez está ligado ao direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º da Convenção). Tudo isto somado revela a importância do direito ao nome, sem o qual o indivíduo se desguarnece dos elementos necessários que o ligam à sua identidade e, logicamente, à sua condição de pessoa. (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 165-166)

[10] Para Cappelletti e Garth (1988, p. 6), obstáculos relativos às custas judiciais, à necessidade de capacidade postulatória, somadas à falta de informações relativas aos direitos subjetivos comprometem o princípio do acesso à justiça, razão pela qual meios alternativos devem assegurar direitos sem, necessariamente, passar pela judicialização dos mesmos.

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

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988)

[12] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (*idem*)

[13] Transcreve-se, a seguir, trecho do julgado: [...]A transgenitalização, por si só, não é capaz de habilitar o transexual às condições reais do sexo, pois a identificação sexual é um estado mental que preexiste à nova forma física resultante da cirurgia. Não permitir a mudança registral de sexo com base em uma condicionante meramente cirúrgica equivale a prender a

liberdade desejada pelo transexual às amarras de uma lógica formal que não permite a realização daquele como ser humano. No plano jurídico, a questão remete ao plano dos direitos fundamentais.” (BRASIL, 2014)

[14] Sobre o tema, colaciona-se breves dispositivos do Projeto de Lei 5.002/03, no que se refere ao procedimento simplificado de alteração de registros quanto ao nome e ao sexo: Artigo 1º - Toda pessoa tem direito:

I - ao reconhecimento de sua identidade de gênero;

II - ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;

III - a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

Artigo 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

Parágrafo único: O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

Artigo 3º - Toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida (BRASIL, 2013)

CONCILIAÇÃO COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO DO CIDADÃO NA BUSCA PELA JUSTIÇA

LETICIA SANTOS TOLEDO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil. Fernandópolis - SP.

Prof.^a **Érica Cristina Molina dos Santos**

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente projeto de pesquisa propõe-se discorrer a respeito de um assunto amplamente discutido no meio jurídico e social, trazendo consigo algumas divergências de opiniões: Conciliação e forma de integração do cidadão na busca pela justiça. Será abordado o contexto da Conciliação como o método mais vantajoso, justo, célere e eficiente de resolução de conflitos. Será mencionado sobre a qualificação dos conciliadores, e o que pode ser feito para que, o terceiro escolhido para promover o acordo não esteja sem o preparo técnico-jurídico adequado, prejudicando a efetiva aplicação e impedindo que se alcance o objetivo tão almejado. Constará a importância da conscientização do cidadão na busca pela resolução do litígio através do acordo mútuo, em que o desapego de fatos pessoais contribui efetivamente para o alcance da justiça e que a sensação de problema resolvido depende exclusivamente das partes em questão. A pesquisa abordará com mais atenção a ideia que permanece inconsciente em algumas pessoas, de que o judiciário é um ambiente no qual se obtém vantagem econômica em decorrência de um direito ferido, o dano moral. Por ser um procedimento ainda dificultoso de ser aplicado na prática, será posto em discussão formas de seu aprimoramento, aplicação e eficácia.

Palavras-chave: Conciliação, Cidadão, Conflitos, Acesso à Justiça.

ABSTRACT: This paper proposes to discuss about a subject widely discussed in the legal and social environment: The reconciliation as a means of access to justice. It will address the Conciliation as the most advantageous method, fair, speedy and efficient of conflicts resolution. It tends to describe about the qualifications of conciliators and what can be done for the third party chosen to promote the agreement do not stay without adequate technical and legal preparation. Will be addressed the importance of citizen

awareness in the search for resolution of the dispute by mutual agreement, where the detachment that personal facts contributes to the pleasant sensation of reach of justice and that this range depends exclusively to the involved parts. The survey approached more carefully about the awareness of some that the judiciary is an environment where you get economic advantage due to an injured right by others. Being a still procedure to be applied in practice, it will be put under discussion forms of its improvement, effectiveness and efficiency.

Keywords: reconciliation, citizen, conflict, access to justice.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCILIAÇÃO. 2. DO CONCILIADOR. 3. DO CONFLITO. 4. DAS PARTES INTERESSADAS. 5. A PRETENSÃO DO LUCRO ATRAVÉS DO DANO MORAL. 6. ACESSO À JUSTIÇA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a conciliação como meio simples e eficaz de resolução de litígios e como seu procedimento proporciona as pessoas envolvidas a proximidade de seus interesses, amenizando a busca pelo lucro no poder judiciário e por fim alcançando acesso efetivo e real a justiça.

O tema é de grande relevância, muito em razão da mudança do Código de Processo Civil de 2015 que traz a conciliação como medida primordial para auxiliar o poder judiciário nacional que encontra-se abarrotado de processos.

É atribuída ao Estado a função de legislar, administrar e julgar toda a problemática existente entre as pessoas. Cabe ao Estado através dos magistrados resolver os conflitos gerados no meio social, determinando um perdedor e um ganhador da causa. O problema é que esta função está prejudicada justamente pela grande quantidade de processos.

A conciliação se beneficia da autocomposição, uma solução amigável de conflitos, em que afasta a exclusividade estatal para solução das confusões de interesse. Integrar o cidadão na busca de sua própria justiça, podendo ocorrer dentro ou fora do processo.

A autocomposição, já muito utilizada nas jurisdições de outros países, foi o meio pelo qual, o Estado Brasileiro encontrou para solucionar os decorrentes problemas de sua justiça, passando a responsabilidade de resolver as problemáticas dos indivíduos para as próprias partes, suavizando a interferência do próprio Estado.

O que dificulta a efetivação desse procedimento é a cultura litigiosa, as partes se apresentarem como adversárias, possuírem em sua consciência a afirmativa de que poderão simplesmente ganhar ou perder a causa. O pensamento careceria de mudança, as pessoas não deveriam entrar em uma audiência com o pensamento de que podem ganhar ou perder, mas sim pensar nas condições favoráveis para todos os envolvidos.

É difícil modificar uma cultura, o cultivo do litígio. Futuros advogados até a data da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, foram instruídos a litigar em todas as situações, porém o que deve ser levado em consideração é a pacificação das partes, a volta do diálogo entre elas e como saldo, processos que perdurariam anos no judiciário poderiam ser resolvidos em algumas horas.

O cidadão que procura seu direito, muitas vezes, desconhece a essência do que efetivamente está buscando, ignora os limites que envolvem o direito do outro, pode-se afirmar que em determinadas situações, não se busca efetivamente o ressarcimento de um prejuízo, mas sim embolsar de certa forma vantagem econômica, lucro do processo.

A busca pelo valor econômico tirou do cidadão o sentido de humanidade, a busca pelo bem comum. Não se pode ter no processo o mesmo pensamento, não deve buscar uma forma de prejudicar o outro, mas sim uma efetiva solução para o problema decorrente.

A conciliação oferece as partes a possibilidade de enxergarem o conflito e buscarem soluções para suas controvérsias, elas possuem o poder de decisão, nesta situação não existe parte derrotada, mas sim duas concordando em uma opção benéfica para o todo, prevalecendo ambas as vontades. As partes tornam-se responsáveis pelo compromisso que assumem deixando de ocupar polos distintos e passam a ter suas pretensões compreendidas um pelo outro.

1. CONCILIAÇÃO

Conciliar é atualmente um dos enfoques do atual Código de Processo Civil brasileiro; a conciliação deixou de ser apenas um dos meios alternativos de conflitos, e passou a ser um meio primordial da justiça brasileira na resolução dos litígios.

Mais precisamente em seu artigo 334 o vigente Código de Processo civil determina uma audiência previa de conciliação.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Tratando-se de acesso à justiça, o ingresso não se inicia exclusivamente com mera possibilidade do cidadão formular pretensão em Juízo, vai muito além, existem inúmeras maneiras de se aprimorar e ampliar os modos de resolução de conflitos, dentre as quais figura a conciliação.

O acesso à justiça, subtópico que será abordado separadamente logo a diante, é um direito social fundamental, principal garantia dos direitos subjetivos. A partir dele estão todas as seguranças jurídicas destinadas a promover tutela dos direitos fundamentais, e conciliar garante isso.

Ao conciliar os envolvidos economizam gastos com documentos, produção de provas e custas judiciais. Além do mais não perdem tempo em desgastantes idas aos fóruns, detendo consigo um grande abalo emocional em razão de manter um conflito indefinido. Enfim, com a conciliação ganha-se tempo, dinheiro e principalmente paz.

2. DO CONCILIADOR

Para que a conciliação seja viabilizada, é necessário um aprimoramento das técnicas autocompositivas aos profissionais do Direito, tornando-se relevante a administração da justiça a figura do conciliador proporcionando a solução mais célere dos conflitos.

Ricardo Castilho conceitua com os seguintes dizeres:

O conciliador pode ser judicial, atuando como auxiliar da justiça nas audiências de conciliação (CPC, art. 334), nos termos dos arts. 165 a 175 do CPC, ou extrajudicial, sem que haja, nessa hipótese, lei específica para regular o procedimento ou requisitos para sua atuação. Nas duas formas de atuação aplicar-se-ão, por extensão, as regras da Lei 13.140/2015.

Para a livre distribuição, o art. 167 do Código de Processo Civil exige, tanto para os conciliadores quanto para os mediadores judiciais, capacitação mínima para registro profissional, consistente em curso promovido por entidades credenciadas pelos tribunais, que respeitem o currículo definido pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça. (RICARDO CASTILHO, 2006, p. 278)

O conciliador é um terceiro incumbido de auxiliar as partes à resolução consensual do conflito, mas também, sobretudo fazer com que as mesmas enxerguem seus direitos e o direito pertencente ao outro, utilizando de métodos alternativos com o objetivo de expandir a comunicação entre os envolvidos, garantindo uma troca de argumentações positivas para o alcance da pacificação social, e conseqüentemente o acordo.

A ação do conciliador deve ser direcionada pela confiança, simpatia, sigilo, paciência, atenção às emoções dos interessados, humildade. Necessita-se estar munido pelo espírito pacificador, pela atitude positiva e principalmente pela habilidade em contornar situações de confronto e ódio, as quais são responsáveis por travar o andamento do processo.

O conciliador atua como mediador, a vértice que forma o triângulo da mediação entre as partes, a pessoa que encontra-se na parte externa do conflito, agindo como um ponto neutro e amenizador proporcionando um ambiente tranquilo e adequado para o acordo.

Escavone, em seu livro Manual de Arbitragem intensifica:

Se no passado o operador do Direito era formado para litigar, no presente devemos ensinar que existem outras opções. No mundo contemporâneo, o profissional deve

estar preparado para negociar e buscar a conciliação, deixando a Jurisdição como via posterior e reservada a conflitos de maior complexidade. (SCAVONE, 2016, p. 57).

Contudo, a conciliação é efetivada pelos próprios indivíduos que estão no centro do conflito, então é necessária facilitação de entendimento, as pessoas devem entrar em uma audiência de conciliação compreendendo o contexto da questão por ela pretendida. Cabe ao conciliador atentar-se a bagagem cultural das partes, procurando meios que promovam o entendimento delas.

É necessária uma aproximação humana, profissionais dispostos a entender as diferenças intelectuais das pessoas envolvidas, e contribuir para a satisfação da justiça. O direito brasileiro é frequentemente complicado, a simplificação torna mais acessível as pessoas comuns, pois pessoas das classes menos favorecidas desconhecem seus direitos justamente pela complexidade dos termos com que são tratados os litígios.

3. DO CONFLITO

A natureza humana desde seus primórdios é dotada de conflito, e com o desenvolvimento, o homem passou a conviver em sociedade e a defender seus interesses unos. O que gera o conflito é que nem todos os interesses são iguais, cada indivíduo possui sua necessidade, esbarrando conseqüentemente nos interesses do outro.

Pode-se dizer que o conflito está intensamente ligado a ideia de interesses, cada ser humano tem a sua necessidade e procura a sua satisfação. Segundo orientação de Schnitman:

Os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pósconseqüente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por

consequente, descubrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas (SCHNITMAN, 1999, p. 170).

Criam-se conturbadas situações, gerando motivos de angustia, tensão individual e social, causando um inegável sofrimento e uma infelicidade, que precisa ser sanada. Não é possível se abster, os conflitos internos fazem parte da vida de todo ser humano, existe uma luta contínua entre a razão e a emoção. Conciliar é amenizar a ideia de que o conflito é algo inteiramente negativo e que a divergência pode ser adequada aos interesses de ambos.

4. DAS PARTES INTERESSADAS

O ser humano dotado de orgulho e prepotência persiste em dirigir seus esforços a um caminho obscuro sem carga humanitária, buscando desenfreadamente interesses econômicos. Este indivíduo alimenta-se basicamente de seus próprios interesses e não ausenta o poder judiciário para obtenção de seu precioso lucro, podendo-se observar que os mais dotados de poder aquisitivo são os menos dispostos a conciliar colaborando para o detrimento do convívio social.

A essência da vida não está no poder aquisitivo econômico, ou naquilo que se tem, ela está dentro do que um ser humano efetivamente é e o que este representa de bom para sociedade como um todo.

É necessário superar barreiras psicológicas que impedem o acordo, como a desconfiança, a má vontade, o desejo de prejudicar, muitas vezes sacrificar o próprio interesse, no todo ou em parte e se ele por ventura ultrapassa as barreiras do direito do outro. Para uma boa negociação é necessário aceitar soluções que satisfazem os interesses próprios e recíprocos, um bem comum social.

5. A PRETENSÃO DO LUCRO ATRAVÉS DO DANO MORAL

Ao tentar resolver seus problemas pelo judiciário é certamente compreensivo pensar na reparação do dano material sofrido e também o ressarcimento do dano psicológico-moral que se tenha suportado em decorrência da parte ofensora.

Flavio Tartuce conceitua o dano moral:

Como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. Alerta-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo. Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais. (TARTUCE, s/d, pg 414)

Pois bem, entende-se por dano moral a reparação de um dano não pecuniário, um reconforto para a vítima, um caráter punitivo e pedagógico sobre o causador do dano, que tem por objetivo impedir, repreender, desestimular a prática frequente de novos danos.

Para Savatier Pereira, dano moral:

(...) é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc. (SAVATIER PEREIRA, 2001, p. 67).

Frequentemente, são propostas inúmeras ações com pedido de indenização por danos morais, uma busca incessante e muitas vezes desnecessária, em que indivíduos visam a obtenção de lucro do poder judiciário, tendendo exclusivamente o enriquecimento sem causa.

Uma pessoa interessada em obter vantagem econômica, o enriquecimento ilícito, não estará disposta a conciliar, é preciso uma transformação de pensamento também neste aspecto, o judiciário deve ser aceito como uma forma do cidadão assegurar seus direitos feridos por outrem, e não almejar algo além, excessivo ao que lhe é devido de direito.

6. ACESSO À JUSTIÇA

Uma questão universal que permeia o direito em todas as fases de desenvolvimento e evolução da sociedade, abrangendo todas as classes sociais, desde aos detentores do poder até as classes menos favorecidas.

A procura pelo alcance da justiça é característica marcante dentre todos os povos, desde os primórdios da história.

Ricardo Castilho aponta como justiça a seguinte afirmação:

Pode-se simplesmente dizer que justiça vem de jus dicere e que, portanto, é justo aquilo que o Direito diz. Essa noção positivista (que identifica justiça com legalidade) mostra-se, entretanto, por vezes insuficiente, diante da dificuldade de se qualificarem como justas certas normas, como por exemplo as outrora vigentes em regimes totalitários (como o nazismo). (CASTILHO, 2006 p. 15)

O que deve-se buscar são satisfatórios resultados que devam ser individual e socialmente justos, o princípio da Equidade, “tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais” acobertando um direito ao acesso à proteção judicial para todos.

Acesso à Justiça, um direito social assegurado a todos no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, não é uma mera postulação em juízo, o sentido vai muito além do literal, o Estado deve garantir a entrada de uma postulação, mas também a saída desta pretensão, passando por todas as garantias e princípios processuais e de direito ao cidadão.

Marcos Vinícius Rios Gonçalves descreve em algumas palavras o princípio do acesso a justiça:

Ele se traduz no direito de ação em sentido amplo, isto é, o de obter do Poder Judiciário uma resposta aos requerimentos a ele dirigidos. Esse direito é amplo e incondicional: o Judiciário não pode se recusar a examinar e a responder os pedidos que lhe foram formulados. Pode ser que a resposta se limite a informar ao autor que a pretensão não pode ser examinada, porque faltam as condições essenciais para isso. Mas tal informação provirá de um juiz, que terá examinado o processo e apresentado fundamentação adequada para a sua decisão. (GONÇALVES, 2016 p. 87)

Conciliar é atualmente o meio mais vantajoso e célere de se alcançar tal feito. Para se ter acesso é necessário que se saiba da existência do acesso. Partindo do plano educacional, tudo começa com a possibilidade do cidadão em reconhecer os seus direitos. Aproximar o cidadão do entendimento de sua própria causa, de sua justiça.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, é mais que perceptível às vantagens proporcionadas pela conciliação na resolução pacífica dos conflitos, possibilitando celeridade e efetividade na integração do cidadão pela busca de sua própria justiça, permitindo o alcance mais célere e eficaz do resultado pretendido.

O Estado não consegue responder efetivamente aos conflitos devido ao retardamento do alcance de uma sentença e como a decisão torna-se muitas vezes insatisfatória para ambas as partes, resultando assim em mais recursos, cumulando processos e tempo sem definição.

Certamente há muito que se fazer, é necessária uma mobilização, uma conscientização em mostrar para a população os benefícios de se conciliar para que a cultura do litígio se enfraqueça e que o indivíduo passe a buscar no judiciário de forma harmoniosa a solução de suas desavenças.

É incabível a pretensão de extrair vantagem econômica do poder judiciário, alguns doutrinadores conceituam como a indústria do dano moral, não se pode requerer nada além do que realmente se perdeu em decorrência do dano. É difícil se conceituar dano moral, já que é referente a parte íntima, sentimental da parte prejudicada, deve-se ter consciência.

É importante destacar, diante do que foi apresentado, a importância da preparação dos profissionais, dos operadores do direito que farão a aplicação deste procedimento, pessoas capacitadas em conciliar que poderão oferecer ao cidadão o apoio necessário.

Somente com tal proceder, poder-se-á pensar na reconstrução da relação entre o cidadão e o poder judiciário brasileiro, a conciliação não é só pregar um bom relacionamento e um convívio pacificado, a conciliação é um procedimento como qualquer outro em nosso sistema jurídico e deve ser respeitado os meios que favoreçam a sua efetivação prática, proporcionando o real benefício a sociedade em desfrutar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

CASTILHO, Ricardo. Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. Editora Atlas, 05/2006.

Jr., SCAVONE, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem - Mediação e Conciliação, 7ª edição. Forense, 05/2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios Gonçalves. Direito Processual Civil / Marcus Vinicius Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. Ed, descordo com o novo CPC, Lei n. 13.105, de 16-03-2015 – São Paulo: Saraiva, 2016

TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

A PERDA DO TEMPO ÚTIL

SILMARA CAROLINE DA SILVA: Bacharelanda do Curso de Direito Universidade Brasil.

THALITA TOFFOLI PÁEZ

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema conhecido pela perda do tempo útil, ou desvio produtivo do consumidor como muitos conhecem, esse tema é um assunto muito relevante no nosso cotidiano, que vem ganhando espaço nas decisões dos juristas. Que adota a tese do dano temporal caracterizada pelo desvio produtivo do consumidor para solucionar um problema causado pelo fornecedor, gerando com isso um prejuízo temporal ao titular do bem. O estudo trás vários pontos relevantes que caracteriza esse dano, como a espera demasiada na fila de um banco, quanto a tentativas de retirar seu nome que foi negativedo no serviço de proteção ao crédito, essas tais atividades requerem tempo, onde poderia estar empregando-o em atividades que traria prazeres, como ficar com os filhos, ler um livro etc. Esse dano está sendo reconhecida como dano temporal, uma nova modalidade de dano moral, que vem sendo bastante utilizado pelos acórdãos, que busca o ressarcimento do prejuízo causado pelos fornecedores, ou inibir essa prática, fazendo com isso investimentos em atendimentos eficazes e produtos de qualidade. Dando mais importância para o tempo do seu consumidor proporcionando assim uma satisfação pelo serviço buscado. Por fim o trabalho tenta mostrar que essa prática dos fornecedores é muito comum e reprovada por quem as utiliza. Sendo totalmente aceito esse novo dano entre a relação consumidor/ fornecedor.

Palavras chaves: tempo útil, dever de indenizar, consumidor, fornecedor

ABSTRACT: The present work aims to address the theme known as the loss of useful time, or productive diversion of the consumer as many people know, this subject is a very relevant subject in our daily life, which has been gaining ground in the decisions of jurists. It adopts the thesis of the temporal damage characterized by the productive diversion of the consumer to solve a problem caused by the supplier, thus generating a temporary loss to the holder of the good. The study brings up several relevant points that characterize this damage, such as waiting too long in a bank queue, as to attempts to withdraw its name that was denied in the credit

protection service, these activities require time, where it might be employing it In activities that would bring pleasures, such as staying with children, reading a book, etc. This damage is being recognized as temporary damage, a new modality of moral damage, which has been widely used by the judgments, seeking compensation for the damage caused by suppliers, or inhibiting this practice, thus making investments in effective care and quality products . Giving more importance to the time of your consumer thus providing a satisfaction for the service sought. Finally, the paper tries to show that these practices of the suppliers are very common and disapproved by those who use them. Being totally accepted this new damage between the consumer / supplier relationship.

Key words: useful time, indemnification, consumer, supplier.

INTRODUÇÃO

Este estudo aborda um tema importante na atualidade, que é a perda do tempo útil ou o desvio produtivo do consumidor, como também é conhecido. O tempo é um bem jurídico imprescindível nos dias de hoje, por ser cada vez mais escasso e, dessa forma as pessoas estão priorizando suas atividades diárias, por não terem disponibilidade para realizá-las da maneira esperada e adequada.

A sociedade torna-se vítima das falhas dos fornecedores que furtam o tempo, seja na espera de um atendimento na fila de um banco, tanto quanto num serviço prestado por um Call Center, onde horas são desviadas do seu dia produtivo, para se dedicar a contratempos por eles causados. Os desvios produtivos geram prejuízos ao consumidor, pois quando se busca o serviço prestado pelo fornecedor, ele cria uma expectativa que o atendimento será imediato e eficaz, o que possibilitaria ao consumidor retornar rapidamente aos seus afazeres. Contudo, não é o que realmente acontece no cotidiano consumerista.

Tendo em vista os aspectos mencionados, os juristas vêm adotando a tese do renomado advogado Marcos Dessaune, que trouxe a aplicação na relação do consumidor/ fornecedor, adotando a perda do tempo útil ou desvio produtivo do consumidor, uma vez que se busca indenizar a parte

vulnerável da demanda pelo prejuízo praticado contra ele, sendo reconhecida como dano temporal. Tal dano ocorre quando um consumidor desprende de seus afazeres para solucionar um problema causado por terceiros. Com o objetivo de inibir esse tipo de situação e ressarcir aquele que sofreu o prejuízo.

Indenização que não se compara ao valor do tempo, pois esse bem tem seu valor incalculável, pelo tamanho de sua importância na vida do ser humano, o que se busca na verdade é o ressarcimento por ter desviado um grande período em uma atividade simples e rápida. Priva pessoas do convívio familiar ou impossibilita seu lazer, sendo totalmente reprovado por toda a sociedade que busca cada vez mais essa prática.

2. O TEMPO E SUAS ESPÉCIES

2.1 Da perda do tempo útil ou do desvio produtivo do consumidor

Esse bem é algo muito valioso, e não pode passar despercebido aos olhos do homem. Sendo anos, meses, dias, horas, desperdiçados por quem tem o maior interesse por esse bem tão escasso, sendo esse seu próprio titulares. O tempo perdido não aduz a simples contagem dele, mas sim a sua vida sendo levada pelo transcurso de tal ato.

No entanto quando se dedica a uma atividade planejada, está sendo melhor utilizado, chegando a um resultado pretendido.

Diferente de quando se desprende de algo buscado, para solucionar algo provocado por terceiros, aquele que você não deu causa. Tendo seu tempo furtado por quem deveria facilitar o convívio na relação de consumo, oferecendo assim um serviço eficiente, um produto de qualidade, satisfazendo com isso a parte vulnerável da situação.

Para Marcos Dessaune

”O desvio produtivo caracteriza-se quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências — de uma atividade necessária

ou por ele preferida — para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável”.

Esse tempo despendido para resolver o conflito não se recupera, pode se tentar recompensá-la, mas o tempo gasto nunca mais volta ao status quo ante.

Contudo o *desperdício do tempo útil* como salienta seu próprio nome, tem todo seu fundamento relacionado ao tempo, não se tratando como um mero desperdício, mas sim uma perda injusta e intolerável. Tendo como maior prejuízo seu próprio titular uma vez que poderia estar empregando esse tempo para lhe dar prazer, como um momento de lazer com seus filhos CF, art. 226, *caput*, com a leitura de um livro, ou até mesmo aquele momento de descanso tão desejado. Esse desperdício vos aborrece, irrita e contradiz a Constituição Federal onde traz os direitos fundamentais sociais da liberdade, cabendo ao titular do bem decidir onde melhor utiliza seu tempo, sendo esse bem tão valioso, não tendo valor nenhum aos cuidados daquele que tem o dever priorizá-lo para sua satisfação.

2.2. Do tempo produtivo e valioso na vida do homem

O Valor do Tempo

Para entender o valor de um ano:

Pergunte a um estudante que não passou nos exames finais;

Para entender o valor de um mês:

Pergunte a mãe que teve um filho prematuro;

Para entender o valor de uma semana:

Pergunte ao editor de uma revista semanal;

Para entender o valor de uma hora:

Pergunte aos apaixonados que estão esperando o momento do encontro;

Para entender o valor do minuto:

Pergunte a uma pessoa que perdeu o avião, o trem, ou o ônibus;

Para entender o valor de um segundo:

Pergunte a uma pessoa que sobreviveu a um acidente;

Para entender o valor de um milissegundo:

Pergunte a uma pessoa que ganhou a medalha de prata nas olimpíadas;

O tempo não espera por ninguém.

Valorize cada momento de sua vida.

(<http://www.bilibio.com.br/mensagem/11/O+valor+do+tempo.html>)

O velho ditado “tempo é dinheiro” nunca foi tão usado como está sendo no momento. As pessoas estão com seu tempo cada vez mais reduzido e mais atarefado, muitos cumulando jornadas de serviços, dando prioridade para os afazeres mais urgentes, tornando seu tempo cada vez mais escasso, priorizando a atividades que mais lhe dê prazer.

Hoje perder um minuto do seu precioso tempo causa raiva, preocupação, prejuízo. Pois a maioria do nosso tempo é deixado no trabalho, sendo oito horas pela maioria das pessoas, desperdiçado um grande tempo no trajeto até suas casas, onde só se chega a noite, quando se tem um tempo para com a família, casa, filhos etc.

Portanto as pessoas buscam uma qualidade de vida onde se possa comportar todos seus afazeres em seu pequeno tempo disponível. Tais

prejuízos podem ser notados em uma simples compra. Como no final do dia em um supermercado, atividades que não gastariam mais de vinte minutos, levando-o a esperar por horas em filas de caixas, tendo o fato ocorrido por estar apenas 20 % dos caixas operando, adotando a política de corte de gastos. Privando assim o consumidor de estar no convívio de sua família, coisa pela qual esperou o dia todo. Ou passar horas no telefone com a tentativa de cancelar um plano pelo qual você não o solicitou, utilizando seu horário de almoço, para solucionar tal problema que não deu causa. Quando se pretende na verdade era almoçar com tranquilidade, conversar com amigos e ter um leve descansar.

Tornando-se injusto esse desvio de seus afazeres planejados e prazerosos, para dedicá-los a problemas diários causados pelos fornecedores, tempo esse valioso e primordial para o bem-estar social.

2.3. O tempo no âmbito jurídico

O tempo é indispensável no meio jurídico, sendo exemplo a prescrição artigos 189 a 206 CC, decadência artigos 45, 48, 119, 178, 445 e 505 CC, na interposição de um recurso ou até mesmo na duração de um processo, tendo esse direito assegurado por todos no art. 5º LXXVIII da Constituição Federal. Sendo assim assegurado ao consumidor o prazo para o vício de um produto ou serviço artigo 18 § 1º do CDC ou para o ressarcimento dos danos causados por eles.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

O tempo, portanto, é essencial para a garantia desses direitos, tornando-se o principal fundamental para a criação, extinção e a modificação na relação jurídica.

3.DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Responsabilidade civil é um dever jurídico de reparar aquele que sofreu um dano decorrente de ato lícito ou ilícito. O primeiro está em conformidade com a lei, já o segundo não se comunica com o ordenamento, causando com isso prejuízo a outrem, gerando um dever de reparação, conforme dispõe os artigos 186, 187 e 927 do código civil.

Artigo 186: Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito"

Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Portando quando se fala desvio do tempo produtivo, ou perda do tempo útil, chega-se a conclusão que esse tempo foi tomado do consumidor, causando-lhe uma lesão ao seu bem jurídico, sendo de direito sua irreparabilidade.

Quando se busca um produto ou um serviço prestado pelo fornecedor, espera-se sua eficiência, qualidade e a satisfação por quem adquiri. Pois muitas vezes a coisa buscada é desejada por muito tempo, sendo orçado, estudado, buscando o que achamos melhor para nossa satisfação. Mas em algumas situações o que se encontra é a infelicidade de não ter um produto de qualidade ou um serviço satisfatório, causando com isso uma grande dor de cabeça, um desconforto, o arrependimento, tendo que desviar seus afazeres para ir à busca da solução esperada, mas com isso ainda o consumidor se depara com um fornecedor que não está muito disposto a ajudar, sendo esse problema mais demorado e maçante. Tendo então que buscar a solução no Código de defesa do consumidor, onde regulamenta esse vínculo entre fornecedor e consumidor que traz em seu artigo 4º, inciso I, d e V exigindo um produto e um serviço prestado de qualidade, não importando se há culpa ou não do fornecedor, o incumbindo do reparo pelo prejuízo que causou.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

d) - pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor visa suprir a desigualdade que há entre o fornecedor e o consumidor, concedendo um tratamento adequando ao vulnerável da demanda, fazendo valer o motivo de sua criação, destinada a proteção do consumidor.

A intervenção do estado na demanda entre fornecedor e consumidor é coibir a força desleal que o fornecedor tem sobre a vulnerabilidade do consumidor, de outras formas, o meio de consumo estaria ainda mais precário e o consumidor estaria sempre em prejuízo com uma enorme diferença de forças.

O fornecedor tem a livre escolha para a realização de sua atividade econômica, optando por esta, também gera o risco pelo ressarcimento caso haja um dano ao consumidor decorrente de suas atividades ou equiparada a ela.

Portanto o Estado tem um grande papel na relação fornecedor-consumidor, uma vez que é ele quem regulamenta as propagandas enganosas, as cobranças de tarifas indevidas, a nulidade de cláusulas abusivas no aumento excessivo dos produtos, os deveres de ressarcimento dos fornecedores entre outros. Já fazendo tal reparação garantido pela Constituição Federal e embasado no Código de defesa do consumidor.

4. DANO TEMPORAL COMO UMA NOVA MODALIDADE DE DANO MORAL

Dano esse que tem por finalidade inibirtais tipos de constrangimentos, incentivando os fornecedores a investirem mais em atendimento eficazes, produtos e qualidade, afim de proporcionar uma satisfação do consumidor, já que é tão vulnerável e passa diariamente por esses transtornos, quando na verdade se espera uma tranquilidade, satisfação, quando se busca nesses serviços ou quando adquire um produto.

A vulnerabilidade do consumidor hoje é o grande exemplo da reparação do dano temporal, onde o cliente vai em busca de sanar o vício do consumo, na prática de um serviço abusivo ou do mal atendimento.

A perda do tempo útil, tachado também pelo desvio produtivo do consumidor ou o dano temporal vem ganhando forças em cada decisão proferida pelos juristas entre várias delas vejam algumas: Em decisão proferida pelo RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 279219-61.2009.8.19.0001, Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira onde condenou a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A, responsável pela instalação de serviço de banda larga na residência do consumidor, ao pagamento de danos morais. No acórdão, fora adotada expressamente a *teoria da perda do tempo livre*, a obrigação de reparar o dano se deu pelo longo período de tempo entre a contratação do serviço e a inviabilidade do serviço, uma vez que já havia se passado um ano entre esses. Ficando demonstrado a espera insistente pelo consumidor de usufruir o serviço contratado, por sua vez sendo inadimplida pela empresa ré, causando uma frustração por ainda acreditada que os serviços seriam prestados como contratados, que insistentemente buscava a solução do problema sem a obtenção de êxito. |

Em outro caso o Juizado Especial Civil Criminal da Comarca de Jales/SP Juiz(a) de Direito nº 0005804-43.2014.8.26.0297: Dr (a). Fernando Antonio de Lima condenou o BANCO SANTANDER S.A ao pagamento de 10.000,00 (dez mil) reais a titulo de danos morais pela demora no atendimento após o transcurso de 3 horas e 02 minutos, em razão do tempo produtivo desviado para o atendimento em seu banco. E notificando a prefeitura da cidade para a averiguação da demora no atendimento podendo ser aplicada multas para a solução de aborrecimentos futuros.

Sendo exemplo de decisões também temos a do Tribunal de Justiça, Apelação Cível: 0031807-24.2010.8.19.0021, Relator: Des. Peterson Barroso Simão, Vigésima Quarta Câmara Cível que condenou a CLARO S/A contratada para o fornecimento de internet banda larga, porém o serviço contratado só chegava até 30% de sua franquia. Causando-o um grande transtorno para a consumidora e um alto tempo desviado para a solução do problema, decidindo então o Tribunal ao pagamento de 5.000,00 (cinco mil) a título de danos morais pelo desvio produtivo do consumidor.

Esses julgados comprovam inúmeros aborrecimentos e falta de respeito com o consumidor, causando um grande prejuízo, mental, emocional, e temporal, sendo totalmente devida essa reparação de modo indenizatório.

5. ALEGAÇÕES FINAIS

Cabe ao fornecedor dar melhor credibilidade ao consumidor que busca seus serviços e produtos, investindo mais em atendimentos eficazes e produtos de qualidade, tornando com isso uma relação mais amigável e satisfatória.

As jurisprudências ganham espaço no que tange a perda do tempo útil, demonstrada a preocupação dos operadores do direito com os consumidores, que cada vez mais estão sendo vítimas desse tipo de prática, comum no meio consumerista.

A aceitação e a aplicação desse novo dano reconhecido como dano temporal sendo uma espécie de dano moral, é um passo positivo na relação de consumo, assegurando a justiça e sua eficácia.

Contudo o presente estudo buscou trazer o que se tem de mais valioso, algo que não se pausa, não se sente, apenas vive, da melhor maneira possível. Portanto quando se fala em indenizar pelo tempo perdido, não está se dando valor ao seu tempo, pois esse bem tem um valor incalculável e impagável. Na verdade, se busca punir o fornecedor por tomar tanto tempo daquele que não se tem tempo para ir em busca da solução dos problemas causados pelo mesmo.

Dessa forma ficou demonstrado a importância do tempo, e o prejuízo quando se perde esse bem.

Já é hora de se preocupar com esse tempo perdido e buscar punir quem privou de melhor aproveitá-lo. É o momento de dar ao tempo a importância que se necessita.

REFERENCIA

Nunes. R. Curso de direito do consumidor. 7º edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

Brasil. Lei nº. 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União 12 set 1990;

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

Brasil. **Lei nº_10.406, de 10 de janeiro de 2002.**Código Civil Brasileiro

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Códigos

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

A CRIANÇA E O DIREITO À EDUCAÇÃO

LILIANE AGOSTINI PAIVA DELATIM:
Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil
- Fernandópolis/SP.

Prof. MS. Ailton Nossa Mendonça

(Orientador).

RESUMO: O acesso a educação está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Acredita-se que boa parcela da população desconheça a educação como um direito. O papel do Estado é muito importante na efetiva execução políticas públicas que a priori valorizem o ensino infantil e invistam em diversas técnicas de aprendizagem para atingir e acolher crianças que possuem diferentes métodos de captar a informação. O presente artigo científico busca apresentar os princípios que regem o direito a educação das crianças comparando-os com a educação infantil que o Brasil oferece como um direito mitigado. Destaca uma recente Proposta de Emenda à Constituição apresentada ao Congresso Nacional e seus efeitos perante sua aprovação. Acerca da temática de educação familiar expõe a realidade das famílias brasileiras e ainda salienta os dispositivos legais que vetam a violência doméstica contra crianças através de castigos físicos a fim de correção comportamental.

Palavras-Chave: Acesso, Educação, Dispositivos, Públicas

ABSTRACT: Access to education is provided for in the Brazilian legal system. It is believed that a good part of the population does not know education as a right. The role of the State is very important in the effective implementation of public policies that a priori value the teaching of children and invest in various learning techniques to reach and welcome children who have different methods of capturing information. This article aims to present the principles that govern the right to education of children, comparing them with the education of children that Brazil offers as a mitigated right. It highlights a recent Proposal for Amendment to the Constitution presented to the National Congress and its effects before its approval. About the issue of family education exposes the reality of Brazilian families and also highlights the legal provisions that veto domestic violence against children through physical punishment

Keywords: Access, Education, Devices, Public

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO. 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2.1 Princípio da igualdade. 2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.3 Princípio do melhor interesse da criança. 3 EDUCAÇÃO INFANTIL. 3.1 PEC 55. 3.1 A alfabetização no Brasil. 4 EDUCAÇÃO FAMILIAR. 4.1 Lei da Palmada. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Educação é um tema de inúmeros debates, não havendo como esgotar, em razão da importância do assunto. É através da educação que nos tornamos seres melhores, com maiores aspirações e possibilidades.

Em que pese o direito à educação deva ser assegurado às crianças e adolescentes, milhares destes ainda estão fora dos bancos escolares no mundo inteiro, seja por falta de condições financeiras, de transporte, motivação ou quaisquer que sejam os motivos. Mesmo havendo diminuição dos números de infrequência e evasão escolar, ainda assim, esses sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento não possuem acesso à educação. A educação de qualidade é um direito fundamental que amplia e garante os demais direitos humanos e sociais. É esse fato que traz à tona a questão central do presente estudo: quais instrumentos necessários a serem utilizados de forma a garantir o acesso de crianças e adolescentes à escola? Deste modo, o trabalho versa sobre a efetividade do direito fundamental à educação, por intermédio da verificação dos mecanismos de controle da infrequência e evasão escolar.

1 CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO

Conforme o artigo 2º da Lei 8.069/1990 considera-se criança todo e qualquer indivíduo com idade entre zero e 12 anos incompletos.

No que confere aos direitos recentemente garantidos pelas crianças, entre eles está o direito de adoção, o qual conceitua a família de maneira ampliada e extensa, podendo ser constituída por sujeitos diferentes, entre eles se destacam a avó (adotante) e os netos (adotado) ou casais homossexuais (adotantes) e filhos

(adotado). Ainda se tratando de adoção, trouxe a possibilidade de a mãe dispor de seu filho para que possivelmente ele seja adotado, dando a essa mãe e a futura mãe o auxílio psicológico para verificar a consciência de seus atos.

Ao que concerne o direito a educação que será explanada de maneira mais ampla a seguir pode-se dizer que com relação à educação infantil, esta é de responsabilidade intrínseca do Estado, enquanto a educação familiar cabe aos representantes legais instruírem essas crianças como acharem mais vantajoso, desde que os meios utilizados para tal não excedam os limites e preservem a dignidade física e mental da criança.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Princípio da igualdade

O Princípio da Igualdade está assegurado no artigo 5º da Constituição Federal, que diz “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. A igualdade não se engloba apenas ao texto legal anterior, mas também deve estar condizente com a Isonomia, ou seja, é preciso que sejam ressaltadas as desigualdades entre os desiguais para que se tornem iguais em conformidade com suas desigualdades, pois considerando que a aplicação da lei é igual para todos, em alguma situação haverá aquele que será prejudicado, provavelmente aquele que é menos desprovido de recursos financeiros para os estudos, pois será tratado de forma igual a quem tem condições financeiras mais vantajosas.

Além do mais, esse princípio proíbe qualquer discriminação e desigualdade em razão do direito a educação, e ressalva a proporção entre crianças de diferentes classes sociais não podendo ser aplicado em desacordo com a isonomia, pois este também é um princípio norteador dos direitos e garantias e se sujeitam a norma jurídica todo e qualquer cidadão.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações,

à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, p. 7, 3ª ed.)

Como citado acima o princípio da igualdade vem sanear as desigualdade e discriminação existente no direito.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia dotada de direitos e deveres fundamentais destinados a pessoa humana e se estendem as crianças lhes dando proteção integral quanto ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. (NUNES, Rizzatto, p. 48, 2ª ed.).

Esse princípio é utilizado ativamente na proteção do direito das crianças para garantir um crescimento mais benéfico sem intervenções que atrapalhem seu desenvolvimento pessoal fundadas na dignidade e no respeito que lhes são garantidas perante o convívio social.

2.3 Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança está previsto na Carta Maior de 1988, em seu artigo 227, *caput*, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, *caput*, e 5º.

Prevê o art. 227, *caput*, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta

prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (TARTUCE, Flávio, 2014, p. 75, 9ª ed.).

Enquanto a Constituição Federal apresenta um rol taxativo acerca deste princípio, o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente especifica, de forma exemplificativa, quais são as políticas públicas que podem ser efetivadas, buscando alcançar a garantia constitucional de absoluta prioridade dessa parte da população. Ao mesmo tempo em que o artigo 6º classifica a criança pessoa em desenvolvimento, que tem garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse.

3 EDUCAÇÃO INFANTIL

A educação infantil é a primeira fase da educação básica, possui caráter único e indispensável, uma vez que proporciona um elo significativo entre a infância de um sujeito até a formação completa deste mesmo cidadão na fase adulta. O estatuto da Criança e do Adolescente determina em seu artigo 2º que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto...”, sendo estes os detentores de direito da educação básica.

No Brasil a educação infantil está visivelmente dividida entre as classes sociais. As classes baixas usufruem dessa educação para compensar suas deficiências psicológicas, culturais e financeiras de modo que no futuro desempenhem papéis de trabalhadores, são poucos aqueles que conseguem desenvolver suas competências e habilidades totalmente e conseguem ser bem sucedidos. Em contrapartida, as classes médias altas usufruem dessa educação básica, mas também executam atividades extracurriculares, pois possuem melhores condições financeiras para realizar atividades extracurriculares que extraem todo seu potencial e formam seu desenvolvimento integral.

A educação pública infantil não é oferecida de maneira satisfatória, e o principal fator que a prejudica é o desvio de verbas públicas que deveriam ser destinadas a educação infantil, mas não são. A extração desses recursos traz

malefícios desde a falta do material didático, até a ausência de salário dos professores. O pior motivo que prejudica a educação infantil é a falta de vagas nas creches para que as mães possam trabalhar enquanto os filhos estão aprendendo, mas com relação a esse descaso do Estado houve a manifestação do Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE, AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO COLENDO STF. (AgReg no RE nº 410715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 03/02/2006)

O relacionamento do pedagogo com a criança é imprescindível, pois ao ser bem executado direciona a criança a construir sua autonomia infantil e a impulsiona no alcance seus objetivos utilizando-se de meios críticos e criativos, através do sistema da escrita e do domínio da leitura desenvolvidos obrigatoriamente aos seis anos de idade na infância.

3.1 PEC 55

A Proposta de Emenda à Constituição de 1988/55 tem como objetivo congelar os investimentos na área da saúde e da educação pelos próximos vinte anos. Esta proposta foi direcionada ao Congresso Nacional pelo atual presidente da República Michel Temer e foi aprovada em seu primeiro turno de votação no dia 29 de novembro de 2016.

A presente proposta é um retrocesso para o país para aqueles que em sua grande maioria dependem do serviço público, pois se ela for totalmente aprovada, gerará cortes nos gastos públicos em duas áreas que já estão precárias e carentes de recursos.

3.2 A alfabetização no Brasil

Conforme Lincoln *“democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”*. Para exercer sua cidadania é necessário que o povo conheça seus direitos e deveres com propriedade para colocá-los em prática na sociedade. Desse modo, surge a possibilidade do cidadão executar suas habilidades de leitura e de escrita (alfabetização) que se consolidam por meio da formação da consciência crítica, reflexiva, participativa e pró-ativa do mundo (letramento) que se inicia na infância.

Através do contato das crianças com a sociedade e a natureza há o descobrimento de um novo mundo gerado pela alfabetização, no qual instiga a capacidade de leitura e escrita das mesmas. Tais descobertas proporcionam questionamentos e a busca por soluções a respeito da ação humana.

A alfabetização no Brasil possui deficiências graves bem como a ausência de uma estrutura adequada para o funcionamento adequado, eficiente e adequado das escolas. Consigo também há o profissional desamparado de recursos de responsabilidade do Estado, mas não o provém por falta de subsídios, ocasionando o descumprimento no plano de ensino e a alfabetização tardia.

4 Educação familiar

O ambiente familiar é aquele que normalmente acolhe a criança, visto que é o local no qual ela permanece a maior parte do tempo, podendo se sentir inibida para demonstrar sua personalidade ou livre para ser e agir como quiser. A maneira que a criança se comporta independe da estrutura e do convívio de cada família, pois os hábitos familiares são distintos e geram regras e ordens diferentes.

As regras e ordens impostas pelos pais ou responsáveis legais norteiam os limites e conduzem as ações da criança com base na moral e nos costumes da família, ou seja, o bom convívio entre os pais, os irmãos e os avós, a religião, as confraternizações e dificuldades familiares são exemplo para os pequenos.

Uma família constituída em princípios morais sólidos torna seus integrantes cidadãos providos de boa índole, enquanto uma família desprovida desestruturada de princípios e valores acarreta prejuízos a uma geração inteira. Por essa razão o Juiz Evandro Pelarin da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fernandópolis, agora magistrado na Comarca de São José Rio Preto no interior de São Paulo proferiu a seguinte alegação: *“O que eu vejo é que a maioria dos pais é*

diligente, educa bem os seus filhos, mas há uma quantidade crescente daqueles que acham que a palavra dura, que o efeito corretivo mais pesado não é com ele, tem que ser na escola ou na Justiça”.

De fato, essa declaração é oportuna a casos concretos recorrentes. A escola se responsabiliza pelo ensino infantil, pela alfabetização, pelo desenvolvimento reflexivo e social da criança. A família tem a obrigação de conduzir o comportamento da criança, de ensiná-la a selecionar as atitudes com respeito e integridade, e principalmente orientar que o direito dela termina quando começa o do outro. Na ausência da intervenção familiar, surge a violação de um direito e um abandono afetivo.

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana. Ademais, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 da codificação privada. (TARTUCE, Flávio, 2014, p. 54, 9ª ed.).

O abandono afetivo marca a criança e seus descendentes pelo restante da sua vida.

4.1 Lei da Palmada

A Lei da palmada é uma emenda constitucional ao que já dizia no Estatuto da Criança e Adolescente, a fim de repreender os pais que usam castigos físicos como método disciplinar. O artigo 18-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê *“A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção...”*.

A Paciente foi presa em flagrante pela prática de tortura - artigo 1º, inciso II, da Lei nº 9.455/97 - pois pretendendo castigar a neta menor de idade - de quem

possuía a guarda - agrediu a menina com palmadas, chineladas, além de tentar esganá-la. Em seguida, despejou álcool na cabeça da criança e ameaçou-a com um isqueiro, dizendo-lhe que deveria morrer. Conforme orientação pacífica neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância. (AgRg no HC 285.647/CE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/08/2014; HC 284.999/SP Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador 6ª Turma, DJe09/10/2014). Publicação: 19/02/2015.

No que diz respeito à punição física, é um ato doméstico violento que efetivamente não corrige as crianças, além de ser violento e constrangedor não gera a progressão da disciplina, apenas acarreta traumas psicológicos que retraem a personalidade e convívio familiar da criança. A educação é adquirida através do bom diálogo que transmitem confiança entre os pais ou responsáveis e as crianças. Como diria Pitágoras “Educai as crianças para que não seja necessário punir os adultos”.

CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo foram explanados assuntos a respeito da temática. Destaque-se o significado do vocábulo criança e educação que de forma sintética, engloba as pessoas que não atingiram a maioridade legal, indivíduo este com idade entre zero e 12 anos incompletos. Acerca da educação é aquela que engloba tanto a fornecida pelo serviço público quanto aquela que os pais instruem.

Continuando, foram feitos vários apontamentos, os quais voltados a uma melhor interpretação desse problema, o qual levanta questionamentos entre a criança e o governo em geral, sobre a educação infantil que lhes é oferecida.

Embora a educação seja assegurada a todos os cidadãos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que se limita

garantir a educação infantil das crianças, entre outros direitos, a realidade é distinta daquela prometida em políticas públicas. Ocorre que a educação infantil está passando por sérias necessidades estruturais e recursais.

É preciso então, procurar solucionar a origem do problema que se encontra no descaso estatal, pois o ensino inicial oferecido as novas gerações não se preocupa em alfabetizá-los e ensiná-los a utilizar os mecanismos do senso crítico e reflexivo. A responsabilidade de ensinar princípios e valores é da família, mas determinada parcela da população detém essa função erroneamente para escola e sobrecarrega o ensino infantil, no que devia ser dever da “educação de berço”.

É indispensável uma união entre família, sociedade e Estado para conduzir as crianças ao aprendizado, só assim a educação de base se restabelecerá e contribuirá para a formação de futuros cidadãos inteligentes, críticos e não alienados.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Edição. Malheiros: São Paulo.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. 2ª Edição. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5:** direito de família. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim, DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** anotado e interpretado. 6ª Edição. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583 (Último acesso as 15:25, 01/12/2016).

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830#_ftn17 (Último acesso as 15:40, 01/12/2016).

<http://www.acidadevotuporanga.com.br/local/2011/07/para-pelarin-pais-delegam-educacao-para-escola-n5931> (Último acesso as 16:52, 01/12/2016).

<https://jus.com.br/artigos/17297/a-educacao-infantil-publica-um-direito-mitigado/2> (Último acesso as 16:47, 01/12/2016).

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12407 (Último acesso: as 22:08, 01/12/2016)

<http://www.cartacapital.com.br/politica/senado-aprova-em-primeiro-turno-pec-55-que-congela-os-gastos-sociais> (Último acesso: as 23:05 01/12/2016)

REFORMA DA PREVIDÊNCIA, REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES EGRESSOS DE OUTROS ENTES DA FEDERAÇÃO: ALGUMAS QUESTÕES EM ABERTO

ARTUR BARBOSA DA SILVEIRA: Procurador do Estado de São Paulo (PGE/SP). Principais cargos públicos anteriormente exercidos: Advogado da União (AGU), Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

Resumo: O presente artigo enfrenta, com base na doutrina, na jurisprudência e na análise da legislação e do texto constitucional, a seguinte questão, ainda sem posicionamento definitivo do Poder Judiciário e sem os reflexos da provável aprovação da Reforma da Previdência Social: servidor público anteriormente pertencente a determinado ente da federação, ao ingressar em cargo público de outro ente federativo sem solução de continuidade, tem ou não direito à opção de permanecer no regime previdenciário anterior?

Palavras-chave: Regime. Previdenciário. Público. Direito. Opção.

Abstract: Based on the doctrine, jurisprudence and analysis of the legislation and the constitutional text, the present article faces the following question, still without definitive positioning of the Judiciary and without the reflex of the probable approval of the Reform of the Social Security: a public servant formerly belonging to a specific entity of the federation, when joining public office of another federal entity without continuity, has or does not have the right to remain in the previous social security system?

Keywords: Regime. Pension. Public. Right. Option.

Sumário: 1. Introdução. 2. Previdência Pública Complementar: evolução constitucional e legal. 3. Regime previdenciário e direito de opção dos servidores: o entendimento da Administração Pública. 4. A ausência de manifestação definitiva do Poder Judiciário sobre o assunto. 5. Reflexos da provável aprovação da Reforma da Previdência. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

Summary: 1. Introduction. 2. Complementary Public Pensions: constitutional and legal evolution. 3. Social security regime and right of option of the servants: the understanding of the Public

Administration. 4. The absence of definitive manifestation of the Judiciary Power on the subject. 5. Reflections on the likely approval of the Pension Reform. 6. Conclusion. References.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais relevantes no Direito Previdenciário, tanto atualmente quanto em relação aos próximos anos, cuja análise é justificada pela sua importância e repercussão social, política, jurídica e orçamentária, é a obrigatoriedade ou não da submissão ao novo regime previdenciário dos servidores públicos que já ocupavam cargos públicos em determinado ente da federação e que, sem solução de continuidade, ingressaram em um novo cargo público pertencente a outra esfera de poder posteriormente à instituição do regime de previdência complementar por esse último ente federativo.

Isso porque, autorizados pelo comando constitucional, a União e diversos entes federativos disciplinaram, mediante leis próprias, o regime de previdência complementar, a exemplo da lei federal nº 12.618/2012 que, regulamentando os parágrafos 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal, autorizou a criação das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), do Legislativo (Funpresp-Leg) e do Judiciário (Funpresp-Jud).

Em relação àqueles que já eram servidores públicos no momento da entrada em vigor do regime complementar, o texto constitucional é expresso e não deixa dúvidas: somente serão submetidos às novas regras mediante sua prévia e expressa opção.

Entretanto, a discussão emerge em relação aos servidores que ingressaram no serviço público após a criação do regime complementar, mas que já ocupavam anteriormente cargos públicos em outro ente federativo, sem o rompimento de vínculo com a Administração Pública: esses últimos possuem ou não direito de opção ao antigo regime previdenciário, escapando, assim, das regras mais rigorosas previstas no novo regime de previdência complementar?

Colocada a problematização, o presente artigo, embora não objetive esgotar o tema em referência, irá enfrenta-lo com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como na análise do texto expresso da Constituição Federal de 1988.

2. PREVIDÊNCIA PÚBLICA COMPLEMENTAR: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

Inicialmente, é importante referir que o regime previdenciário dos servidores públicos passou por diversas mudanças desde a vigência da Constituição Federal de 1988, mormente a partir da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, uma vez que o Estado brasileiro, a cada dia, vislumbra uma maior necessidade de economia dos recursos públicos (termo mais conhecido por enxugamento da máquina administrativa), encontrando, como uma das alternativas mais eficientes, a aproximação do regime previdenciário público com o regime geral de previdência social, coberto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), cujo teto é limitado por ato do Poder Executivo.

De acordo com a doutrina, as profundas modificações do regime previdenciário dos servidores públicos promovidas pelo Estado brasileiro objetivam, em última análise, unificar a previdência social pública e privada de forma paulatina, reduzindo os proventos de aposentadoria e pensão dos servidores públicos, observadas, entretanto, as situações já consolidadas com base na legislação em vigor no momento das referidas modificações.

Nesse sentido, a esclarecedora lição de DI PIETRO (2010)^[1]:

“As bases para a chamada reforma previdenciária foram lançadas pela Emenda Constitucional nº 20/98. O objetivo último é de reduzir os benefícios sociais – mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão – dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do

setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. O que se objetiva, na realidade, é a unificação da previdência social. Não podendo ser feita de imediato, tendo em vista as situações consolidadas com base na legislação vigente, pretende-se alcançar esse objetivo de forma paulatina.”

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/1998, modificou o art. 40 da Constituição Federal de 1988, que passou a prever, no seu §14, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata aquele artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Carta Magna.

O §15 do art. 40 da Constituição Federal, com a redação atual atribuída pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, determina que, observado o disposto no art. 202 da Carta Magna, o regime de previdência complementar referido no § 14 do mesmo dispositivo será instituído por lei complementar do respectivo Poder Executivo.

Em arremate, o §16 da do art. 40 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, estabelece que, somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos parágrafos 14 e 15 do mesmo artigo poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Seguindo o comando constitucional, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 14.653, de 22/12/2011^[2], prevendo a instituição do regime de previdência complementar a que se refere o artigo 40, §§ 14 e 15 da Constituição Federal, sendo que a São Paulo Previdência - SPPREV passou a ser entidade gestora única, tendo por finalidade administrar o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos - RPPS e o Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

Posteriormente, em razão da edição da Portaria SPPREV 020, de 04/02/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 05/02/2015[3], foi estabelecida a data-base de 21 de janeiro de 2013, ocasião em que foi efetivamente instituído o Regime de Previdência Complementar do Estado de São Paulo pela Portaria da Diretoria de Análise Técnica n.º 19, publicada no Diário Oficial da União na mesma data. Assim, os funcionários públicos ingressos no Poder Executivo paulista após 21 de janeiro de 2013 passaram a ser enquadrados na nova sistemática previdenciária.

Em relação à União, tal regime complementar foi instituído por meio da Lei federal nº 12.618, de 30/4/2012[4], que, além de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixou o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, autorizando, ainda, a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

Com o Decreto federal nº 7.808, de 20/09/2012[5], foi criada a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe para administrar o plano de previdência dos servidores públicos do Executivo - ExecPrev.

O Poder Legislativo Federal optou por não ter uma fundação própria delegando à Funpresp-Exe a administração do plano de previdência para os servidores da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Tribunal de Contas da União, o LegisPrev.

Em 04 de fevereiro de 2013, a partir de autorização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), a Funpresp-Exe iniciou a administração do ExecPrev que atualmente conta

com 202 patrocinadores, entre órgãos da administração direta, autarquias e fundações públicas federais.

Assim, todos os servidores públicos que ingressaram no Poder Executivo Federal a partir de 4/2/2013 passaram a ter duas opções: contribuir apenas para o RPPS - Regime Próprio de Previdência Social e ter sua aposentadoria limitada ao teto do RGPS ou vincular-se à previdência complementar, sendo tal opção irrevogável.

Ressalte-se que foi assegurado aos servidores que, sem solução de continuidade com a Administração, ingressaram no serviço público Federal antes da vigência do novo regime, o direito de aderir à previdência complementar ou permanecer no sistema previdenciário anterior.

3. REGIME PREVIDENCIÁRIO E DIREITO DE OPÇÃO DOS SERVIDORES: O ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Traçadas as linhas básicas sobre o tema no âmbito federal e no Estado de São Paulo, a questão que se coloca é a seguinte: os servidores oriundos de outro ente federativo que, sem solução de continuidade, ingressarem em cargo público federal, estadual ou municipal, fazem jus ou não à manutenção do regime previdenciário anterior?

Administrativamente, a resposta é negativa aos servidores, tanto em relação à União, quanto em relação ao Estado de São Paulo.

No tocante à União, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), seguindo os termos do parecer da Advocacia-Geral da União (Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU), publicou a Orientação Normativa nº 02, de 13 de abril de 2015^[6], no sentido de que os servidores estaduais, municipais e distritais que ingressaram em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal, a partir de 04/02/2013, estão submetidos ao regime de Previdência Complementar, independente de solução de continuidade entre os cargos.

Segundo o art. 2º da referida orientação normativa, estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de

2012, e conseqüentemente, terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

“I - os servidores públicos federais que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II - os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

III - os servidores públicos federais egressos das carreiras militares que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal após 4 de fevereiro de 2013; e

IV - os servidores antes integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo no Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013.”

Ou seja, o MPOG conferiu interpretação restritiva à expressão "serviço público" do art. 40, par. 16º, Constituição Federal.

Desse modo, os servidores que se encaixam na situação acima e que aderirem à previdência complementar terão garantido apenas um benefício especial, que equivale a uma compensação, a título de incentivo, dos valores já pagos ao RPPS durante o período de contribuição, nos termos do art. 4º da orientação normativa.

O que se observa, portanto, é que Administração Pública Federal é enfática em negar a faculdade de opção aos servidores públicos egressos de outros entes da federação (estados e municípios) após a vigência do regime de previdência complementar federal (Lei n. 12.618/2012), mesmo

não havendo solução de continuidade no referido ingresso. Isso porque, segundo a União, aplica-se ao caso a já consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não há se falar em direito adquirido a regime jurídico.

Com referência ao Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado emitiu o Parecer PA nº 7/2013^[7], no sentido de ser dada interpretação restritiva ao comando do art. 40, § 16 da Constituição Federal, nos termos da seguinte ementa do referido parecer:

“CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Fixação pelo Estado de São Paulo, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Possibilidade restrita àqueles que ingressaram no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. Instituição compreendida como processo que se estende da criação do regime pela lei à autorização de operação do plano de benefícios concedida pelo órgão regulador e fiscalizador federal. Inteligência do artigo 40, parágrafos 14 a 16, da Constituição da República. Interpretação conforme a Constituição do artigo 10, parágrafo 10, e do artigo 30 da Lei Estadual n.º 14.653, de 22 de dezembro de 2011. Simples autorização genérica, contida nesses dispositivos legais, para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor a limitação do valor dos benefícios do regime próprio ao teto do regime geral e a admitir a adesão de servidores ao regime complementar. Invalidez de disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP n.º 1, de 3 de fevereiro de 2012, e de preceitos do regulamento do

plano de benefícios "PREVCOM RP". Impossibilidade de retroação dos efeitos da adesão ao plano de benefícios a data anterior à publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Ingresso no serviço público como entrada em exercício. Investidura como ato complexo.

Dentre o universo dos agentes públicos estaduais que se submetem ao regime de aposentadorias e pensões do artigo 40 da Constituição da República, sujeitam-se ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social e assim contribuem dentro desse mesmo limite exclusivamente os que venham a entrar em exercício no serviço público a partir de 21 de janeiro de 2013, aos quais se faculta a adesão ao regime de previdência complementar com possibilidade de efeitos financeiros retroativos à data do exercício, contanto que exista previsão no regulamento do plano de benefícios correspondente.”

Sob a ótica da Procuradoria do Estado de São Paulo, quando o art. 40, § 16 da Carta Magna diz “serviço público”, tal expressão contém implicitamente os termos “federal”, “estadual”, “municipal” e “distrital”, não sendo todo tipo de serviço público que garante o direito de opção do servidor, mas somente aquele serviço público prestado ao mesmo ente federativo.

O Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) possui entendimento divergente ao da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no sentido da inaplicabilidade do regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§14 a 16 da Constituição Federal de 1988 àqueles que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que ingressaram no Ministério Público de São Paulo após a vigência da Lei Estadual nº 14.653/11, desde que não haja solução de continuidade. Nesse sentido, transcreve-se o

despacho do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, proferido em 21/06/2012 no protocolado nº 86.773/2012:

“DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, de 21.06.2012

Protocolado n. 86.773/12

Interessado: Área de Preparação e Controle de Pagamento de Pessoal

Objeto: consulta referente ao regime de previdência complementar instituído pela Lei Estadual n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. CONSULTA. REGIME PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

1. O regime de previdência complementar previsto no art. 40, §§ 14 a 16, CF/88, não se aplica àqueles que ingressaram no MPESP após a vigência da Lei Estadual n. 14.653/11 e que já eram servidores públicos da União, de outros Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que não haja solução de continuidade, pois, o § 16 do art. 40 CF/88 não aninha a distinção promovida pelo legislador estadual em favor exclusivamente dos servidores públicos estaduais.

2. Ademais, em se tratando de ingresso de membro do MP de outra esfera federativa não se pode obnubilar o caráter nacional e unitário da instituição. 3. À luz do art. 40, § 14, CF/88, enquanto não instituído o regime de previdência complementar cuja efetividade depende da implantação dos planos de benefícios, membros e servidores admitidos no MPESP estão sujeitos ao regime próprio de previdência social dos servidores públicos, incidindo a contribuição previdenciária sobre a remuneração global respectiva com as ressalvas legais, não se podendo limitar sua contribuição ao teto do regime

geral da previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar.”[\[8\]](#)

No Ministério Público da União (MPU), o Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014, de 28 de maio do mesmo ano, da Assessoria Jurídica Administrativa da Secretaria Geral, fixou entendimento no sentido da aplicabilidade do regime complementar de previdência social aos militares egressos da União, estados e Distrito Federal que ingressaram no MPU após o início da Funpresp-JUD[\[9\]](#).

4. A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DEFINITIVA DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE O ASSUNTO

Na realidade, a questão colocada ainda está em aberto perante o Poder Judiciário, especialmente em relação aos Tribunais Superiores.

No âmbito federal, a título de exemplo, temos que o órgão de classe que representa os Advogados da União (ANAUNI) ajuizou a Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.3400[\[10\]](#), com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, que tramita perante a 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, objetivando garantir que a opção daqueles advogados públicos pelo regime de previdência complementar da União seja retratável e revogável até o final da demanda, de sorte que a escolha definitiva - irretratável e irrevogável - seja realizada apenas quando, após o trânsito em julgado do feito, seja aberta ao agente público a possibilidade de aderir ao regime de previdência anterior.

Ressalte-se que, no processo supra, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em 12/08/2013, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento nº 0051276-51.2013.4.01.0000/DF pela mencionada associação de classe, sendo que, em 30/09/2013, o relator do Tribunal Regional Federal da 1ª Região deferiu o pedido de efeito suspensivo, suspendendo os efeitos do [§ 8º](#) do art. [3º](#) da Lei Federal n. [12.618/2012](#) somente para os servidores nomeados após a vigência do novo regime de previdência, que já detinham cargo público na esfera estadual, municipal ou distrital, que não

tenham interrompido seu vínculo para assumir cargo público federal, até o trânsito em julgado do feito de origem.

Os autos principais da ação ordinária estão conclusos para sentença desde 04/08/2014.

No Estado de São Paulo, a Associação dos Procuradores do Estado, em razão de decisão tomada em assembleia de classe, ingressou com a Ação de Rito Ordinário, com pedido de tutela antecipada, sob o número 1030573-20.2015.8.26.0053, que tramita perante a 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, objetivando garantir o direito dos servidores vindos de outros entes federativos de optarem pelo regime previdenciário anterior.

Deferida a liminar naquela ação, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o Agravo de Instrumento nº 2213100-82.2015.8.26.0000[11], ao qual foi atribuído efeito suspensivo, e, por fim, foi dado provimento ao recurso da Fazenda pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento ocorrido em 15/12/2015 (acórdão publicado em 18/12/2015 e transitado em julgado em 11/02/2016).

No ponto, veja-se que, até o momento, a manifestação mais conclusiva do Poder Judiciário sobre o mérito do tema se deu na Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, sob o número 2165511-31.2014.8.26.0000, que questiona a já referida Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, em especial as expressões contidas nos artigos 1º, § 1º, e 3º, face à sua incompatibilidade com o art. 126, §§14 a 16 da Constituição do Estado de São Paulo.

Nessa ação, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão ocorrida em 08 de março de 2017, por maioria de votos, julgou a ação procedente, garantindo aos que já eram servidores de outros entes públicos a sua manutenção no regime jurídico anterior. Transcrevemos, pela sua importância, a ementa do julgado:

**“AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. PREVIDÊNCIA**

COMPLEMENTAR ESTADUAL - LEI ESTADUAL 14.653 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2011. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EXPRESSÕES CONTIDAS NO § 1º DO ART. 1º (“APLICA-SE AOS QUE INGRESSAREM NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DESTA LEI”) E NO ART. 3º (“DE QUE TRATA O § 1º DO ART. 1º DESTA LEI”). INSTITUIÇÃO DE LIMITAÇÕES PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO ESTADUAL INCOMPATÍVEIS COM OS PARÂMETROS FIXADOS PELO ART. 126, §§ 14 A 16, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RATIFICAÇÃO DA LIMINAR PARA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DAS EXPRESSÕES IMPUGNADAS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, COM RATIFICAÇÃO DA LIMINAR. RECLAMAÇÕES ATO NORMATIVO EDITADO PELA SPPREV QUE CONFERIU EFEITO EX NUNC PARA A LIMINAR. EFEITO EX TUNC É DA ESSÊNCIA DA LIMINAR DEFERIDA NO CASO EM TELA. DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO EXPRESSA DA RETROATIVIDADE EM VISTA DA ESPECIFICIDADES DA MATÉRIA. PROCEDÊNCIA DAS RECLAMAÇÕES, COM DETERMINAÇÃO.”

Entretanto, por se tratar de uma questão de interpretação da Constituição do Estado de São Paulo em simetria com a Constituição Federal (em especial o seu artigo 40, § 16), deverá ser levada ao Supremo Tribunal Federal, que dará a palavra final sobre o assunto.

5. REFLEXOS DA POSSÍVEL APROVAÇÃO DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A Proposta de Emenda Constitucional 287/2016 (Reforma da Previdência) traz em seu bojo diversos dispositivos aplicáveis aos servidores públicos, inclusive com a possibilidade de revogação de normas transitórias de emendas constitucionais anteriores (a exemplo das Emendas Constitucionais nºs 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Os dispositivos

em questão também tratam de regras constitucionais de transição para servidores públicos civis, que detêm atualmente direito a diversos benefícios, tais como a paridade de vencimentos de aposentadoria e a integralidade remuneratória, de acordo com a data de ingresso no serviço público.

O relatório aprovado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados no dia 04/05/2017 (ainda sujeito à análise do Plenário da Câmara e posteriormente do Senado Federal), prevê regras diferentes de acordo com a data de entrada no serviço público.

Desse modo, os servidores públicos – independentemente da esfera de poder - que ingressaram no serviço público após a criação dos regimes de previdência complementar (os chamados “novos servidores”), devem seguir as regras dos trabalhadores da iniciativa privada para o cálculo do valor de suas aposentadorias, ou seja, caso preencham os requisitos ali previstos, receberão 70% da média das contribuições efetivadas desde o ano de 1994, além de um percentual por ano de contribuição que exceder o limite mínimo de 25 anos de contribuição. A valor do benefício respeitará o teto de benefícios do regime geral de previdência social (atualmente fixado em R\$ 5.578,00), sendo corrigido anualmente pela inflação, e a idade mínima para a aposentadoria será de 65 anos para os servidores homens e 62 para as servidoras mulheres, com regras de transição a partir de 60 anos para os servidores e 55 anos para as servidoras.

Ainda de acordo com o texto da PEC 287/2016, os servidores públicos ingressantes anteriormente à EC 41/2003, para se aposentarem com paridade e integralidade, deverão, além de contar com no mínimo 25 anos de contribuição, respeitar a idade mínima de 65 anos para os homens e 62 anos de idade para as mulheres; caso pretendam se submeter às regras de transição, tais servidores não poderão se beneficiar da paridade e da integralidade, sendo que o valor de suas aposentadorias estará limitado a 100% da média das contribuições, a contar do ano de 1994, podendo tal valor exceder ao teto do regime geral de previdência social.

Já os servidores públicos civis ingressantes a partir da EC 41/2003, mas antes da instituição dos respectivos regimes de previdência complementar, passarão a ter os seus benefícios limitados a 70% da média das contribuições a contar do ano de 1994, além de um percentual por ano de contribuição que exceder o limite mínimo de 25 anos de contribuição, valores esses a serem corrigidos anualmente pela inflação, e que poderão ultrapassar o teto do regime geral de previdência social.

É importante deixar claro que as regras acima se aplicam a quase todos os servidores públicos, ressalvados alguns casos de aposentadoria especial, tais como os professores e policiais, que terão regras mais flexíveis em relação à idade e ao tempo de contribuição.

À luz das explanações acima, entendemos que, independentemente de eventual julgamento dos Tribunais favorável aos servidores públicos no sentido da manutenção do regime previdenciário anterior, a provável aprovação da reforma da previdência irá causar profundas alterações nas regras da aposentadoria de todos os servidores públicos ativos e que não fizerem jus aos requisitos para aposentadoria no momento da publicação da referida Emenda, inclusive aqueles ingressantes anteriormente às Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Esses servidores, para manterem o direito à integralidade e à paridade, terão obrigatoriamente que, dentre outros requisitos, respeitarem a idade mínima para aposentadoria de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres.

6. CONCLUSÃO

Concluimos que a questão do enquadramento dos servidores públicos egressos de outros entes da federação no novo regime de previdência complementar é controvertida e que, apesar de tanta divergência de entendimentos, o Poder Judiciário ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o tema.

Entretanto, já há posicionamento firme da Administração Pública nos âmbitos da União e do Estado de São Paulo no sentido de dar interpretação restritiva ao comando constitucional, enquadrando na nova sistemática

previdenciária os servidores públicos egressos de outros entes federativos após a instituição do regime de previdência complementar.

No âmbito judicial, embora já haja um acórdão da Corte Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual, que enfrentou o mérito da questão favoravelmente aos servidores públicos, o tema ainda será levado aos Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, incumbindo a esse, como órgão constitucional ao qual foi atribuído o poder de guardião da Carta Magna, a tarefa de dar a palavra final sobre o assunto.

Por fim, independentemente da discussão acima, a provável aprovação da Reforma da Previdência irá causar profundas alterações nas regras da aposentadoria de todos os servidores públicos, inclusive os servidores antigos, ingressantes anteriormente às Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORRERA, Marcelo Carita. **Direito de opção pelo regime público de previdência complementar**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4205, 5 jan.2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31703>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADO DE SÃO PAULO.

_____ **Portaria SPPREV nº 020, de 04/02/2015**. Disponível em: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em 2/12/2015.

_____ **Lei estadual nº 14.653, de 22/12/2011**. Disponível

em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em 2/12/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Despacho do Procurador-Geral de Justiça, de 21.06.2012. Protocolado n. 86.773/12.** Disponível em internet: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em 22/11/2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Manifestação do Procurador-Geral da República, acolhendo Parecer nº 328/2014.** Disponível em internet: <http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pgr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>. Acesso em 25/11/2015.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer PA nº 7/2013.** Disponível em internet: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em 2/11/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação ordinária nº 1030573-20.2015.8.26.0053.** Consulta disponível em internet: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em 28/12/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2165511-31.2014.8.26.0000.** Consulta disponível em internet: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=4235DC1A1B8F102A82440C01A9852041.cposg8?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2165511-31.2014&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2165511-31.2014.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=&gateway=true#>. Acesso em 02/04/2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Ação Ordinária n. 42311-69.2013.4.01.3400.** Consulta disponível em internet: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=423116920134013400&secao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bddb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em 20/11/2016.

UNIÃO

_____ **Decreto nº 7.808, de 20/09/2012.** Disponível em internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em 2/12/2015.

_____ **Lei federal nº 12.618, de 30/4/2012.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em 2/12/2015.

_____ **Orientação Normativa nº 02, de 13 de abril de 2015.** Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em 10/09/2016.

_____ **PEC nº 287/2016.** Andamento disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 556.

[2] Disponível em internet: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2011/lei-14653-22.12.2011.html>. Acesso em 2/12/2015.

[3] Disponível em internet: <https://proafr.files.wordpress.com/2015/02/loadarquivonoticia.pdf>. Acesso em 2/12/2015.

[4] Disponível

em

internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em 2/12/2015.

[5] Disponível

em

internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/decreto/d7808.htm. Acesso em 2/12/2015.

[6] Disponível

em

internet: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/56/MOG/2015/2.htm>. Acesso em 10/09/2016.

[7] Disponível

em

internet: <http://www.recursohumano.sp.gov.br/pareceres/pareceres%20aposentadoria/Parecer%20PA%20n%C2%BA%2007-2013.pdf>. Acesso em 2/11/2016.

[8] Disponível

em

internet: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2012/DO_22-06-2012.htm. Acesso em 22/11/2015.

[9]

Disponível

em

internet:

<<http://www.modernizacao.mpf.mp.br/noticias-1/2014/pgr-estabelece-regras-para-a-previdencia-de-servidores-egressos-do-servico-militar>>. Acesso em 25/11/2015.

[10] Disponível

em

internet: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=423116920134013400&secao=DF&pg=1&trf1_captcha_id=f57ae38c4762699cc0c7733d9c70bddb&trf1_captcha=rb5v&enviar=Pesquisar. Acesso em 20/11/2016.

[11] Disponível

em

internet: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H00086W00000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_133c5d556aae4d38bf35155e8d1669c1. Acesso em 28/12/2015.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N 11.343/06)

THIAGO GONTIJO MATOS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2013). Advogado.

RESUMO: O presente artigo irá abordar o tema: “Aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de porte de drogas para consumo pessoal previsto na Lei nº 11.343/06”. Tal discussão, de grande relevância doutrinária e jurisprudencial, se justifica por se tratar de um tema que apresenta grande importância no cotidiano da sociedade e devido a sua rotineira aplicação pelos operadores do direito. Em relação ao tráfico de drogas, tanto o STF quanto o STJ, tem posicionamentos consolidado quanto a não aplicação, pois trata-se de delito de perigo abstrato praticado contra a saúde pública. Já em relação à aplicação do princípio da insignificância em relação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06 os tribunais superiores brasileiros, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, divergem quanto a aplicabilidade do referido princípio.

PALAVRAS CHAVES: Porte de drogas. Consumo pessoal. Princípio da insignificância. Saúde Pública. Jurisprudência.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2.1 Conceito e Histórico. 2.2 Abordagem pelos Tribunais Superiores (STF e STJ). 3. DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. 3.1 A lei de Drogas: mudança de política criminal. 3.2 Análise do artigo 28 da Lei de Drogas. 3.3 Aplicação da insignificância pela doutrina e tribunais superiores (STF e STJ) ao art. 28 da Lei de Drogas. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A principal novidade da Lei nº 11.343/06 foi a mudança de política criminal em relação ao usuário de drogas. A lei anterior que regulava o tema, nº 6.368/76, previa pena de detenção de 06 (seis) meses a dois anos e pagamento de 20 (vinte) a 50

(cinquenta) dias-multa. Com o advento da Lei nº 11.343/06 a pena cominada ao usuário de drogas passa a ser de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Verifica-se uma alteração da política criminal em relação ao usuário de drogas. Com isso, jurisprudência e doutrina começam a discutir sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância em relação ao referido dispositivo.

O princípio da insignificância (bagatela própria) ganha cada vez mais relevância no campo do Direito Penal. Há uma tendência em abandonar o sistema penal meramente legalista. A tipicidade deixa de ser estudada apenas sob um ponto de vista formal. Ao se reconhecer a insignificância do fato (ausência de relevância da lesão ao bem jurídico tutelado), tem-se uma atipicidade material do delito. Ou seja, não há que se falar em crime. Cezar Roberto Bitencourt ensina que “a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico.” [1] Quando não se verificar tal ofensa, estaríamos diante de uma atipicidade material, aplicando-se o princípio da insignificância.

Em relação ao tráfico de drogas, tanto o STF quanto o STJ, tem posicionamentos consolidado quanto a não aplicação, pois trata-se de delito de perigo abstrato praticado contra a saúde pública. Já em relação à aplicação do princípio da insignificância em relação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06 os tribunais superiores brasileiros, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, divergem quanto a aplicabilidade do referido princípio.

Dessa forma, o presente artigo buscará discutir a aplicação do referido princípio em relação ao delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Será avaliada tal aplicação mediante um estudo com base em posicionamentos dos tribunais superiores. O objetivo consiste em avaliar se cabe ou não a aplicação do princípio supracitado em relação ao delito de porte de drogas para consumo pessoal.

2. DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

2.1 Conceito e Histórico

O princípio da insignificância tem sua origem remontada ao Direito Romano. O doutrinador José Henrique Guaracy Rabêlo afirma que “ a mencionada máxima

jurídica anônima, da Idade Média, eventualmente usada na forma *minimis non curat praetor*, significa que um magistrado deve desprezar os casos insignificantes para cuidar das questões realmente inadiáveis” [2].

No entanto, somente com o Claus Roxin, grande expoente da teoria funcionalista, o princípio da insignificância foi introduzido no Direito Penal. O referido autor acredita que a função do Direito Penal é proteger os bens jurídicos, atuando de forma subsidiária. Ou seja, quando nenhum outro ramo do direito for capaz de resolver tal situação. De acordo com Claus Roxin, o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos essenciais. Dessa forma, não cabe ao Direito Penal tutelar situações ínfimas. Nesse contexto, o referido autor desenvolve a Teoria do Funcionalismo Teleológico ou Moderado.

Odone Sanguin afirma que “o recente aspecto histórico do Princípio da Insignificância é inafastavelmente, devido a Claus Roxin, que, no ano de 1964, o formulou como base de validade geral para a determinação do injusto, a partir de considerações sobre a máxima latina *mínima non curat praetor*” [3].

Segundo Paulo Queiroz, "por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre ação (crime) e reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca de atipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados), não seja materialmente, da sua irrelevância" [4].

De acordo com Carlos Vico Manhães, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção da fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal.” Para ele, tal princípio funda-se “na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal”. [5]

Para Maurício Antônio Ribeiro Lopes, “o juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade. É notável a síntese apresentada por Sanguiné sobre o conteúdo da tipicidade material ao dispor que a tipicidade não se esgota na concordância lógico-formal (subsunção) do fato no tipo. A ação descrita tipicamente há de ser geralmente ofensiva ou perigosa a um bem jurídico. O legislador toma em consideração modelos de vida que deseja castigar. Com essa finalidade, tenta compreender, conceitualmente, de maneira mais precisa, a situação vital típica. Embora visando alcançar um círculo limitado de situações, a tipificação falha ante a impossibilidade de regulação do caso concreto em face da infinita gama de possibilidades do acontecer humano. Por isso, a tipificação ocorre conceitualmente de forma absoluta para não restringir demasiadamente o âmbito da proibição, razão porque alcança também casos anormais. A imperfeição do trabalho legislativo não evita que sejam subsumíveis também nos casos que, em realidade, deveriam permanecer fora do âmbito de proibição estabelecido pelo tipo penal. A redação do tipo penal pretende, por certo, somente incluir prejuízos graves da ordem jurídica e social, porém não pode impedir que entrem em seu âmbito os casos leves. Para corrigir essa discrepância entre o abstrato e o concreto e para dirimir a divergência entre o conceito formal e o conceito material de delito, parece importante utilizar-se o princípio da insignificância”.^[6]

O princípio da insignificância, também denominado como crime de bagatela própria, corolário dos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, aplica-se quanto um indivíduo pratica uma conduta irrelevante, não causando lesão ou ameaça de lesão efetiva a determinado bem jurídico. Em que pese a conduta ser tipificada como crime, não há desvalor, não há relevância jurídica. Sua aplicação afasta a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime. O

fato praticado torna-se atípico, dotado de uma atipicidade material. Para ser utilizado, conforme entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a presença de quatro requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada

2.2 Abordagem pelos Tribunais Superiores (STF e STJ)

A jurisprudência pátria, de forma recorrente, utiliza o princípio da insignificância. Nos julgados abaixo relacionados podemos notar sua aplicação pelos tribunais superiores.

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Não se revela a tipicidade material quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.

2. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento do paciente, que tentou subtrair um botijão de gás, avaliado em R\$100,00 (cem reais), justificando-se nesse caso, a aplicação do princípio da insignificância. 3. Ordem concedida. (STJ HC 165.523/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2010, DJe 09/08/2010)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE.

COMPATIBILIDADE ENTRE O PRIVILÉGIO E A QUALIFICADORA DO CRIME DE FURTO: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. **1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.** Precedentes. (STF HC 97051, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-04 PP-01214)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. EXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da

fragmentariedade e da intervenção mínima. 2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico. 4. Ordem denegada. (STJ HC 157.199/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010).

No HC 84412-SP do Supremo Tribunal Federal foi fixado os requisitos para aplicação do princípio da insignificância. São quatro: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada:

E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TÍPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TÍPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter

material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. (STF HC 84412, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963)

3. DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

3.1 A lei de Drogas: Lei nº 11.343/06: mudança de política criminal.

A principal novidade da Lei nº 11.343/06 foi a mudança de política criminal em relação ao usuário de drogas. A lei anterior (6.368/76) previa pena de detenção de 06 (seis) meses a dois anos e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa. Com o advento da Lei nº 11.343/06 a pena cominada ao usuário de drogas passa a ser de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Percebe-se que a nova lei de drogas não aplica pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Acreditamos que o tratamento dado foi o correto. A prisão não oferece tratamento eficaz para a dependência química. Pelo contrário, considerando o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro, o encarceramento do usuário de drogas somente o levaria ao convívio com agentes criminosos, incrementando ainda mais o tráfico de drogas.

Há grande discussão doutrinária em relação a referida mudança. Prevalece que a mudança consiste em uma despenalização, mantendo o status de crime. Há que se falar em descarcerização, não havendo *abolitio criminis*. Portanto, continua sendo crime a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3.2 Análise do artigo 28 da Lei de Drogas.

A maioria da doutrina considera o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas como um crime de perigo abstrato, ou seja, presumido. Não é necessária a comprovação concreta do risco ao bem jurídico tutelado. Há presunção de que a prática da conduta descrita no artigo 28 representa um risco ao bem jurídico. Dessa forma, há uma periculosidade social da ação, o que afasta a aplicação da insignificância. Ora, o próprio legislador, com a mudança promovida com a atual lei de drogas, abandonou a aplicação da pena privativa de liberdade, cominando apenas medidas de caráter educativo com o objetivo de buscar a reinserção social e prevenir o consumo de drogas. Portanto, resta claro que deve-se reconhecer a tipicidade material do delito de forma a viabilizar a reeducação do usuário e prejudicar o crescimento desse mercado ilegal.

Em relação aos crimes de perigo abstrato, o doutrinador Renato Brasileiro afirma que “conquanto parte da doutrina seja contrária aos crimes de perigo abstrato, por entender que, à luz do princípio da ofensividade (ou lesividade), só se justifica a punição de determinado crime se a conduta do agente produzir efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, tais crimes são amplamente admitidos pela Jurisprudência pátria. Para o Supremo, a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde, etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para efetiva proteção de terminado bem jurídico”.^[7]

Luiz Flávio Gomes observa que o bem jurídico imediato tutelado pelo delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio é a saúde

pública (ou uma sociedade sem drogas), que se expõe à vulnerabilidade pela perspectiva da ação de drogas – o uso dessas substâncias coloca os sujeitos em risco de tornarem-se viciados e de o vício das drogas tornar-se uma epidemia social. De forma mediata, o bem jurídico tutelado é a vida, a integridade, a saúde física e psíquica das pessoas. **[8]**

Os danos decorrentes da conduta do usuário de drogas não se limitam a sua pessoa. Toda a sociedade é afetada quando este viabiliza o tráfico de drogas. A movimentação desse mercado ilegal coloca em risco toda a coletividade. As “ondas de propagação” do delito são incontáveis. Juntamente com as drogas, surge um comércio ilegal de armas para sustentar esse sistema, policiais são corrompidos e crianças são levadas para integrar esse sistema. Enfim, o consumo de drogas é um perigo a toda sociedade e não somente ao usuário.

3.3 Aplicação da insignificância pela doutrina e tribunais superiores (STF e STJ) ao art. 28 da Lei de Drogas.

Os tribunais superiores brasileiros, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, divergem bastante em relação à aplicação do princípio da insignificância em relação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

No HC 102.940/ES de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, não foi aplicado o princípio da insignificância em relação ao usuário de drogas, em que pese se tratar de ínfima quantidade. De acordo com o ministro há periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecentes é crime de perigo presumido.

*EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA
LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE
SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA
PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.
ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA.
INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA
AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO*

*OU PRESUMIDO. PRECEDENTES.
WRIT PREJUDICADO.*

I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido.

IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes.

V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente.

VII – Habeas corpus prejudicado.

(HC n. 102.940/ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1T, DJe 6.4.2011).

No Habeas Corpus nº 94.809 de relatoria do Ministro Celso de Melo, o STF deu uma decisão favorável, em que pese se tratar de delito envolvendo militar, à aplicação do referido princípio. Lê-se:

“Com efeito, esta Suprema Corte tem admitido a aplicabilidade, aos delitos militares, inclusive ao crime de posse de quantidade ínfima de substância entorpecente, para uso próprio, mesmo no interior de Organização Militar, do postulado da insignificância:”**O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.**- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal! postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. **O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'.**- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima

circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social." (HC 84.687/MS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (...) Cumpre também acentuar, por relevante, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido, na matéria em questão, a inteira aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares (HC 87.478/PA, Rel. Min. EROS GRAU - HC 92.634/PE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA - RHC 89.624/RS, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), mesmo que se cuide de delito de posse de quantidade ínfima de substância entorpecente, para uso próprio, e ainda que se trate de ilícito penal perpetrado no interior de Organização Militar (HC 93.822/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 94.085/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

O HC 110.475/SC de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012, reconheceu a incidência do princípio da insignificância em relação ao porte ilegal de substância entorpecente. Conforme se verifica no julgado abaixo relacionado, o Ministro Dias Toffoli considera que não há significativa lesividade na conduta.

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.**3. Ordem concedida.

Recentemente, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou Habeas Corpus interposto por um indivíduo condenado com base no artigo 28 da Lei de Drogas. O Recurso em Habeas Data Nº 35.920 –DF assim colocava:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PAR CONSUMO PRÓPRIO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.**

IMPOSSIBILIDADE.CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, *contra legem*, da norma penal incriminadora. Precedentes.

2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é saúde pública, então apenas do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.

3. Para caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n.11.343/2006, **não se faz necessária ocorrência de efetiva lesão abem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga pra seu consumo, usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.**

4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente par consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante das hipóteses do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.11.343/2006.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

Para Rogério Schietti Cruz, relator do acórdão, a consumação do delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas não depende de ocorrência de lesão ao bem jurídico protegido, pois trata-se de presunção de perigo ao bem

tutelado. O usuário de drogas movimenta todo um mercado ilegal, o que coloca em risco a saúde pública.

O julgado deixa claro que o objetivo da lei é a saúde pública “e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes”.

Percebe-se com os diversos julgados relacionados a grande divergência presente na jurisprudência acerca do tema. Tais decisões acarretam grande repercussão na prática e no dia-a-dia da sociedade.

4. CONCLUSÃO

O princípio da insignificância (bagatela própria) ganha cada vez mais relevância no campo do Direito Penal. Há uma tendência em abandonar o sistema penal meramente legalista. Vivenciamos hoje o crescimento das correntes defensoras do garantismo penal, direito penal mínimo e de um direito penal constitucional. A atual realidade da justiça criminal, marcada pela sobrecarga do Poder Judiciário e pelo descrédito em relação à função repressiva da sanção penal, demanda dos aplicadores do Direito um novo olhar.

O Direito Penal deve buscar tutelar apenas bens jurídicos relevantes, sempre salvaguardando as garantias fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, surge a aplicação do princípio da insignificância, corolário dos princípios da subsidiariedade e fragmentaridade, que demanda uma intervenção mínima do Estado. Deve-se analisar não apenas a tipicidade formal de uma conduta, mas também sua relevância material.

Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal fixou os requisitos para aplicação do princípio da insignificância. São quatro: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Após análise do princípio da insignificância, o presente artigo buscou avaliar a viabilidade de sua aplicação em relação ao delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, porte de drogas para consumo pessoal. O presente artigo demonstrou o

quão amplo é a discussão sobre o assunto. Há posições distintas nos Tribunais Superiores sobre este tema, ainda não consolidadas.

Conforme entendimento majoritário trata-se de um delito que afeta a saúde pública, caracterizado por ser um crime de perigo abstrato. Portanto, dispensa-se comprovação de dano efetivo. Além disso, resta claro que o legislador buscou, com o advento da lei nº 11.343/06, a descaracterização em relação ao usuário de drogas e não a descriminalização.

Em que pese ser um princípio extremamente válido e necessário para o Direito Penal, entendemos que o princípio da insignificância não deve ser aplicado ao porte de drogas para consumo pessoal.

Os prejuízos decorrentes da conduta do usuário de drogas não se limitam a sua pessoa. A movimentação desse mercado ilegal coloca em risco toda a coletividade. Juntamente com as drogas, surge um comércio ilegal de armas para sustentar esse sistema, policiais são corrompidos, roubos e homicídios são realizados, e crianças são levadas para integrar esse sistema. Enfim, o consumo de drogas é um perigo a toda sociedade e não somente ao usuário. A aplicação do princípio insignificância, e consequente atipicidade material da conduta, estimularia este comércio ilegal, fomentando a criminalidade.

Por fim, concluímos o presente artigo com entendimento semelhante ao doutrinador Guilherme de Souza Nucci: “em tese, seria viável, neste contexto, a aplicação do princípio da insignificância, afastando-se a tipicidade quando a quantidade da droga apreendida fosse mínima. Entretanto, pela atual disposição legal, não nos soa mais razoável que assim se faça. O delito de porte de drogas para consumo próprio adquire caráter de infração de mínimo potencial ofensivo, tanto que as penas são brandas, comportando, inclusive, mera advertência. Por isso, ideal é haver, pelo menos, aplicação de sanção amena, por menor que seja quantidade de tóxico. Evita-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo torna-se traficante ou viciado.” [\[9\]](#)

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal - Parte Geral - Ed. Revistas dos Tribunais - 4a ed.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey 2000.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Introdução crítica. São Paulo: Sariva, 2001.

MANÃS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 2ª Edição. Editora JusPodvim.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 209.

[1] BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal - Parte Geral - Ed. Revistas dos Tribunais - 4a ed., p. 45

[2] REBÊLO, José Henrique Guaracy. Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial. Belo Horizonte: Del Rey 2000, p. 31..

[3] SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, ano 1990, v.3, n.1, p.39.

[4] QUEIROZ, Paulo .Direito Penal. Introdução crítica. São Paulo: Sariva, 201.

[5] MANÃS, Carlos Vico. O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 56 e 81

[6] LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípio da Insignificância no Direito Penal, 2^a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, págs.. 117/118.

[7] LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 2^a Edição. Editora JusPodvim. Página 690.

[8] GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.121.

[9] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 209, p.35.

CAPTURA DA SUBJETIVIDADE DO TRABALHO PELO CAPITAL

JOSE DIVINO JUNQUEIRA: Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

Murilo Sudré Miranda

(orientador)[1]

RESUMO: O presente estudo parte de um conceito subjetivo do trabalho pelo capital, destacando seu aspecto coletivo. Tendo como objetivo verificar as relações mais produtivas, em uma linha de produção do capital nas relações instáveis e ambíguas marcadas pelo paradoxo, que notadamente tem reflexos nas relações de trabalho. Enfatizando a crítica sobre as novas tendências no ambiente de trabalho e sua reestruturação produtiva do século XXI com destaque para o avanço do toyotismo. E assim demonstrar que o *trabalho e a subjetividade* revelam as influências de uma nova modalidade no mercado.

Palavras-chave: Subjetividade do Trabalho. Reestruturação produtiva. Tendência produtiva.

ABSTRACT: The present study starts from a subjective concept of the work by the capital, highlighting its collective aspect. With the objective of verifying the most productive relations, in a production line of capital in the unstable and ambiguous relations marked by the paradox, which notably has reflexes in labor relations. Emphasizing the criticism about the new tendencies in the work environment and its productive restructuring of the 21st century, highlighting the advancement of toyotism. And thus demonstrate that work and subjectivity reveal the influences of a new modality in the market.

Keywords: Subjectivity of Work. Productive Restructuring. Productive trend.

INTRODUÇÃO

O objetivo é esclarecer as formas e os mecanismos internos da lógica do toyotismo que consensualmente a torna mais atrativa, e o que a torna envolvente em seus atos manipulatórios. Essa nova constituição de

mercado, acontece devido a este intenso processo de controle subjetivo do trabalho. Deste modo, identificamos o novo caráter da precarização do trabalho que surge com a nova precariedade salarial vigente no capitalismo global.

No Século XX, inicia uma nova formação da sociedade do trabalho pelo capital, uma nova maneira de harmonização que constitui um sistema de subjetividade de captura deste, não sendo compreendidos sem ter como referência o pensamento marxiano, sobre a subjetividade humana, pouco conhecida, carece de um estudo amplo, explícito e sistemático, onde não esboçaremos uma reflexão mais completa de sua filosofia, mas na crítica, também, na compreensão da referida questão.

Vale ainda ressaltar que se apoia na conexão entre subjetividade e objetividade, entre sujeito e objeto, inquirindo se há um determinismo da objetividade sobre a subjetividade, demonstrando duas determinações contraditórias no interior do pensamento marxiano, comprometendo, suas reflexões acerca, da crítica à filosófica, ou seja, de sua filosofia sobre a subjetividade humana.

A análise mostra-nos que o trabalho, na condição de lugar de realização de prática e de atualização da subjetividade do homem, constitui o núcleo entre os eventos da atividade humana, a mudanças profundas alteram significativamente o modo produtivo e revela as influências de uma nova modalidade no mercado, “empresa enxuta” ou “flexível”.

Essas características estão modificando o modo produtivo e, mais do que isso, a relação do trabalhador com o seu trabalho. A partir disso, estamos transitando da sociedade do trabalho da reprodução de capital, para uma sociedade industrial, taylorista/fordista, mobilizando as enormes massas de trabalhadores e os empurrando para uma divisão técnica do trabalho que lhes reservava tarefas simples e repetitivas, mas, com conhecimentos amplos, para produzir um bem, que possa deixar os seus (adquirentes) consumidores, feliz com a sua aquisição, porque estão sendo atendidas as suas necessidades, ou seja, suas expectativas de consumo, produzindo bens de capitais melhores qualidades.

1 A SUBJETIVIDADE DA ATIVIDADE LABORAL

A subjetividade do trabalho discute sua importância e o modo como apreendê-la nas organizações e mercado, de acordo com o sistema capitalista, partir de uma abordagem conhecida como psicodinâmica do trabalho, ou seja, a percepção de que o trabalho tem consequências sobre a saúde dos indivíduos. Exemplo disto é o clássico *Tempo Modernos*, de Charlie Chaplin, onde se apresenta muito bem a sensível a degradação física e mental provocadas pela implementação do modelo taylorista/fordista sobre os trabalhadores, que relataram a forma do trabalho na linha de montagem, evidenciando os futuros psicológicos, que poderia vir a acontecer com a perda de seu trabalho, sem se falar dos atos repetitivos das linhas de montagens adotados em sistemas semelhantes, onde os funcionários ficavam sempre nas mesmas funções, não tendo a oportunidades de conhecer o sistema como um todo, ocasionando em danos a saúde de seus empregados, surge então os problemas de ordem física, o mais comum, é a lesão causada pelo desempenho de atividade repetitiva e contínua. Isso significa privilegiar uma determinada ótica, ou seja, aquela que articula sofrimento e saúde no trabalho.

A teoria da administração ate hoje, reproduz as condições de opressão do homem pelo homem, seu discurso muda em função das determinações sociais. Apresenta seus enunciados parciais (restritos a um momento dado do processo capitalista de produção) tornando absolutas as formas hierárquicas de burocracia da empresa capitalista [...] dissimula a historicidade de suas categorias [...] constitui-se na mais sofisticada representação ideológica produzida pela pequena burguesia intelectual (grifos nossos).

Mas é importante destacarmos a importância da problemática na operação de captura da subjetividade, ou seja, esta não ocorre de fato, pois estamos lidando com uma operação de produção de consentimento em sua unidade orgânica de pensamento, que se desenvolve de modo que permanece durante longo tempo, sem resistências e lutas cotidianas, sendo um processo intrinsecamente contraditório e densamente complexo, que articula os mecanismos de consentimentos e de manipulação, não sendo apenas no local de trabalho, mas nas instancias sócio produtivos, pelo modo

que as mobiliza por meio da consciência e pré-consciência do psiquismo humano.

Verifica-se então, uma transformação significativa do sujeito do trabalho na sua relação com a produção. Deste modo, a precarização do trabalho, ocorre, sob o capitalismo global, ampliando o sentido da mera força de trabalho como mercadoria, mas também, de uma nova “precarização do homem”, no sentido de desefetivação deste como ser genérico. O que significa que o novo metabolismo social do trabalho implica não apenas tratar de novas formas de consumo da força como mercadoria.

A nova redefinição categorial do conceito de precarização do trabalho contribuirá para expor novas dimensões das metamorfoses sociais desse mundo, salientando, nesse caso, a dimensão da barbárie social contida no processo de precarização nas condições da crise estrutural do capital.

2 TOYOTISMO

Nas relações produtivas o novo sistema de produção revelado no Japão denominado Sistema Toyota de Produção, ou toyotismo, por ter sido primeiramente desenvolvido nas indústrias Toyota, dada a sua filosofia de produzir cada vez mais com menos.

A reestruturação produtiva do capital foi marcada por grandes inovações, que alteraram o sistema de produção em seus vários seguimentos setoriais da indústria, aqui destacada primeiramente a automobilística, por estarmos seguindo como exemplo o sistema japonês de produção. Mas que devido o grande sucesso, foi seguido, por diversos seguimentos industriais e de serviços, e serve como exemplo de modelo no campo organizacional, e no processo de racionalização do trabalho capitalista, com a introdução de novos modelos produtivos, este muito lento e desigual, procedendo em sua maior parte de produção em massa no século XX, alterando de modo significativo a vida social, e as condições de produção, atingindo de forma diferenciada vários países nos setores de empresas de serviços ou indústrias.

Consistindo no novo espírito da racionalização capitalista no local de trabalho, tende a agir sobre o trabalho organizado e sua subjetividade, empobrecendo-a e buscando aos interesses da reprodução do capital como sistema sócio-metabólico. Ele se expressa com mais intensidade, mais dinamismo na acumulação de capital, o que significa que, por exemplo, o

toyotismo assume sua forma mais desenvolvida nas grandes empresas, ocasionando um desenvolvimento desigual e combinada, articulando-se com as formas de racionalizações do capital. Na verdade, este as inclui, pois não deixa de ser parte delas.

Articula-se para a consecução de seus dispositivos organizacionais contingentes, através da construção de uma subjetivação específica, própria de um precário mundo do trabalho. A subjetividade capturada do toyotismo se constitui não apenas no local de trabalho, mas principalmente nos espaços da reprodução social. É uma subjetividade alucinada, atingida pelo estresse, imersa nesta implicação contraditória da relação-capital, e tende a instaurar um estranhamento pós-fordista, que possui uma densidade manipulatória maior do que em outros períodos do capitalismo monopolista.

O toyotismo também pode ser denominado de **acumulação flexível**, devido à crescente terceirização no processo de produção, por se tornar mais viável pagar para que outra empresa realize um serviço, do que custear toda a produção em uma única corporação, abrangendo assim, uma crescente na taxa de desemprego e corroborando para a criação de uma reserva de trabalhadores, ocasionando a redução de seus salários, além de crescer a precarização do trabalho.

Esse modelo japonês é caracterizado por romper com o padrão fordista de produção em massa, que se destacava pela estocagem máxima de matérias-primas e de produtos maquina faturados (é um sistema de fabricação de grande quantidade de produtos, onde havia a divisão social do trabalho e algumas máquinas que precisavam do homem).

Através deste novo método produtivo, a fabricação passou a valorizar uma maior eficiência do que um quantitativo de funcionários. Sua produção segue os padrões para melhor atender os consumidores, ou seja, a produção vai de acordo com sua demanda. Neste modelo, a importação as matérias-primas utilizadas, bem como a fabricação do produto se dão de forma conjunta, observando os pedidos dos consumidores, tendo que seguir um prazo de entrega pré-estipulado. Assim sendo, a demanda sempre será maior do que a oferta de produtos, acarretando uma minoração dos produtos em estoque, diminuindo ainda, a probabilidade de prejuízos por parte dos investidores.

No ambiente de trabalho do sistema, o empregado é desafiado continuamente, não além das exigências das indústrias, essa reestruturação

é sustentada no envolvimento dos trabalhadores, com as obrigações da produção em equipe, sendo aprimorados os procedimentos em sua produção. Em sua produção de capital, busca não apenas o simples fazer, mas estimula a capacidade dos trabalhadores, em sua disposição intelectual, constituída para operar com as lógicas de valorização, onde alimenta o pensamento proativo e encontra soluções de problemas que possam vir a acontecer, dispensando outras estratégias de produção diversas, como feito em outros sistemas, os funcionários são estimulados a raciocinar mais durante o trabalho, gerando mais possibilidades de produção, principalmente depois de superada sua crise de adaptação.

Uma disparidade em comparação ao sistema fordista relacionado aotoyotismo demonstra que neste ultimo todas as atividades que requeriam movimentos repetitivos ou que ofereciam riscos aos trabalhadores eram realizadas por robôs e esses vieram a substituir grande parte dos postos de trabalho, favorecendo adiminuição dos custos de produção.

A vertente desse sistema, leva a linhas de montagem não estáticas, pelo contrário, bastante flexíveis, podendo ser modificadas constantemente segundo os interesses do momento. A produção flexível tem como objetivo alcançar os anseios do mercado de capital, o desenvolvimento desse tipo de produção conduziu a uma diminuição nos estoques de matéria-prima e de outros suprimentos usados, substituindo a produção fordista, pois o modelo de produção e distribuição em massa não atendia os requisitos das perspectivas industriais modernas.

Nessa perspectiva, a tendência é de um mercado cada vez mais competitivo que requer uma produção com baixo custo e com elevada qualidade para atender os anseios do mercado de capital, através do uso de controle visual em todas as etapas de produção como forma de acompanhamento e controle do processo produtivo, obtendo a implantação de um sistema de qualidade plena em todas as etapas produtivas, além da qualidade elevada da mercadoria, evitando o desperdício de matérias-primas e tempo.

Com isso, a aplicação do sistema Just in Time, ou seja, produzir somente o necessário, no tempo necessário e na quantidade necessária com a utilização de pesquisas de mercado para adaptar os produtos às exigências do local de capital.

Assim, uma das técnicas mais utilizadas por esse modelo industrial foi o *Just in time*, que significa “em cima da hora”, em tradução livre. Esse modelo funciona na combinação entre os sistemas de fornecimento de matérias-primas, de produção e de venda. Assim, apenas a matéria-prima necessária para a fabricação de uma quantidade predeterminada de mercadorias é utilizada, que deve ser realizada em um prazo já estabelecido, geralmente muito curto.

Nos últimos vinte anos, o avanço do espírito do toyotismo tem sido significativo na produção do capital, o desenvolvimento dos nexos contingentes dele criou uma nova concepção operária pela lógica do capital, pressupondo um conjunto de contrapartidas dadas aos sindicatos e aos trabalhadores das grandes empresas, em troca e seu engajamento na produção.

Assim, é perceptível sua capacidade de mediar, num complexo institucional, organizacional e relacional, a constituição do capital pelo trabalho assalariado. Por outro lado, estimula o comprometimento operário, através da pressão coletivamente exercida pela equipe de trabalho sobre todo elemento, a eficácia do conjunto do sistema não é mais garantida pela rapidez da operação do operário individual em seu posto de trabalho, tal como no fordismo, mas, pela integração, ou engajamento estimulado, da equipe de trabalho.

O novo modelo de gestão do trabalho incorpora movimentos de inovações tecnológicas do capital e das possibilidades técnicas abertas naquilo que vem ser denominado por doutrinadores de “quarta revolução tecnológica”. Dessa forma, a subjetividade do trabalho aqui mencionada significa as novas formas de jornadas e contratos de trabalho, de remuneração e trabalhos em equipes, que sustentam esse modelo, que amplia os mecanismos de incentivo à participação e envolvimento de empregados na solução de problemas no local de trabalho, isso traduz o significado da “subjetividade” pois esta será constituída pelas instâncias psíquicas da consciência/pré-consciência e inconsciente.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO

A diferença qualitativa neste novo modelo, com respeito às formas pretéritas de racionalização da produção capitalista, não se restringe apenas o fazer e o saber operário que são capturados pela lógica do capital, mas a sua disposição intelectual afetiva que é constituída para cooperar com a lógica da valorização. Cria-se, deste modo, um ambiente de desafio contínuo, onde o capital não dispensa, como fez o fordismo, o espírito operário. Aliás, não é que, sob o fordismo, o operário na linha de montagem convencional não pensasse, na nova planta produtiva, baseada no “espírito do toyotismo”, combina ampliação do maquinário moderno técnico-científico, na intensa exploração do trabalho, aumento da informalidade e perda de direitos, e é capaz de se apropriar ainda mais efetivamente do intelecto do trabalho, utilizando conceitos cada vez mais presentes na realidade do trabalhador.

As células produtivas, o trabalho em equipe, os círculos de controle de qualidade, e as multifuncionalidades, as metas e as competências, os ‘colaboradores’, os ‘consultores’, os ‘parceiros’ são denominações cuja substância, se encontra na razão inversa de sua nomenclatura. De fato, interessa salientar a afinidade compositiva entre e vigência da acumulação por espoliação, principalmente no plano do metabolismo social. A natureza dessa modalidade apresentando uma visão da totalidade social concreta dentro da qual surgiu o novo complexo de reestruturação produtiva do capital.

Se trata do tempo de trabalho e seu forte processo de transformação e os seus efeitos mais perceptível desse movimento, que está em sua flexibilização, com a implantação de novas formas de compensação da jornada e do aumento dos chamados tempos incomum de trabalhos. As individualizações dos tempos de trabalho levam ao surgimento de uma pluralidade de novos tempos laborais, minoração na oferta de vagas de empregos, observando-se que o processo de trabalho também se flexibiliza e no decorrer da produção o mesmo funcionário realiza diversas atividades, contrário ao fordismo, onde o trabalho era mecanizado e repetitivo. Isto corroborou para majorar o desemprego no setor secundário da economia, onde os empregos concentram-se mais na distribuição das mercadorias do que na cadeia produtiva. |

O método flexível de mecanização, no sistema capitalista, para se tornar mais lucrativo, vem se aperfeiçoando em tecnologia, diminuindo em

massa a mão de obra humana, voltando para a produção somente do necessário, evitando ao máximo o excedente, buscando se ajustar a demanda do mercado, utilizando o uso de controle visual em todas as etapas de produção como forma de acompanhar e controlar o processo produtivo. Além da alta qualidade dos produtos, busca-se evitar ao máximo o desperdício de tempo e matérias-primas.

Aplicação do sistema *just in time*, ou seja, “**sistema de administração de produção que determina o que devemos produzir, transportar ou comprar na hora certa**”, a fim de produzir somente o essencial, no tempo e na quantidade necessária, que poderia ser produzido após a realização de suas vendas, onde hoje na maioria das indústrias faz como ferramentas o uso de pesquisas de mercado para adaptar os produtos às exigências dos clientes, se colocando em total sincronia com outros tempos sociais da família, seja no descanso, lazer, educação, etc.

Todo esse processo objetiva suprir as necessidades do mercado, evitando assim o desperdício de matéria e acumulação de estoques nas indústrias, ocasionando obviamente menos gastos, e intensificação do tempo de trabalho, sobretudo a partir, de quando se difundem novas mudanças tecnológicas, organizacionais e de gestão, que se somam às antigas manifestações. Desse modo a globalização do capital, não pode mais ser reduzida às condições históricas, exigindo um novo tipo de envolvimento operário, e, portanto, uma nova subordinação formal-intelectual do trabalho ao capital, com as novas estruturas da concorrência capitalista no cenário de crise de superprodução.

4 REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

A reestruturação produtiva vêm ocorrendo nas sociedades capitalistas, há pelo menos três décadas, decorrente da crise iniciada na década de 70, com a queda da taxa de lucro do capital, nos países centrais, provocando baixo crescimento da produção, repercutindo no mundo do trabalho, com o crescente desemprego, que mais se evidencia, na crise de acumulação do capital, dado a acentuada tendência da taxa de lucro, e o esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista de produção.

No que diz respeito à crise de identidade, devido ao crescente desemprego, à flexibilização e à terceirização dos serviços. Esta forma flexibilizada de acumulação capitalista, baseada na empresa enxuta, teve

consequências enormes no mundo do trabalho. Nesse sistema produtivo os próprios funcionários tinham a incumbência de fiscalizar e verificar os níveis de qualidade dos produtos que eram fabricados, atitude que conduziu a uma queda no surgimento de peças com defeito.

O processo de trabalho e sua precarização no capitalismo global referente à classe de trabalhadores assalariados retrata os dispositivos centrais das organizações institucionais nas inovações da reestrutura do novo processo produtivo de capital, nascendo então um novo nexos psicofísico, capaz de construir e direcionar novas ações e pensamentos de operários e empregados em sua conformidade e com racionalização com a produção.

Mesmo em plenos tempos de novas tecnologias, maquinários, informação e comunicação em rede informacional, o capital continua dependendo, da destreza manual da subjetividade do coletivo humano, que podemos chamar de inteligência coletiva, como um dos elementos essenciais do complexo produtivo. Enquanto for preciso a presença do trabalho vivo no interior do sistema produtivo, o capital possuirá como atributo de si mesmo a necessidade de persistir na criação e instalação de mecanismo de integração do trabalho, e claro, desfazer os momentos de contradições entre a necessidade de capital e as necessidades dos trabalhadores assalariados enquanto trabalho vivo.

O novo nexos psicofísico busca a captura da subjetividade do trabalho com as características que garantem o modo organizacional do sistema capitalista, esse novo método psicofísico busca a adaptá-lo aos novos dispositivos da organizacional mercado. O capital busca reconstituir algo que era fundamental, o nexos psicofísico do profissional qualificado com a participação da inteligência, e iniciativa de trabalho, ou seja, busca romper, o que anteriormente era feito, enfim busca a mobilização para o conhecimento, com captações das atitudes e de valores, estes necessários para o trabalhador exercer com mais efetividade sua função, não apenas no sentido de produzir, mas vindo a agregar valor.

5 CONFLITOS CAPITALISTAS

Se de um lado temos esse mecanismo de captura do trabalho como uma inovação, tendendo a dilacerar não só em sua dimensão física da corporalidade da força do trabalho, de outro, existe a luta de classes e os

conflitos entre capital e trabalho no interior da produção, estes mais dinâmicos, que tende a se deslocar para dimensões do cotidiano do ambiente de trabalho.

O toyotismo, como já mencionado, no que concerne à forma de trabalho em equipe, era orientado a executar a mesma tarefa, exigindo atividades variadas antes atribuídas a diversos setores da linha de produção, onde aproveita-se ao máximo o tempo de trabalho, com redução de postos. Sendo assim, o trabalhador passa a ter domínio e torna-se um empregado multifuncional, como já dito.

Considerando o aumento de trabalhadores, houve melhoria na produção, conforme afirma Matheus Ramos (2015):

Os empregadores também se utilizavam de mecanismos de convencimento e da importância da dedicação de seus colaboradores cada vez maior em prol da empresa, o que pode se tornar uma pressão para o trabalhador. Além disso, os trabalhadores criam mecanismos de controle de qualidade como requisito para que os empregados, agora denominados de “colaboradores”, mantenham-se nos postos e subam na carreira. (RAMOS 2015, *online*)

Acrescentando ainda que, o capitalismo manipulatório levou a exaustão os recursos de manipulação das instancias intrapsíquicas do homem, pelas quais se constituem os consentimentos espúrios a dominação do capital nas sociedades democráticas. Na medida em que se baseia em atitudes e comportamentos proativos, na construção do novo homem produtivo que utiliza intensidade e amplitude, como estratégias de subjetivação que implica a manipulação incisiva da mente do corpo por conteúdos ocultos.

A utilização de novas tecnologias e de técnicas de trabalho flexibilizados com a noção de jornada que o trabalhador determina a cumprir, busca atingir metas, sempre cada vez mais rigorosas, mesmo que para isso precise se dedicar em prejuízo do descanso legal e do lazer, que, em virtude disso altera a comunicação entre o empregador e empregado, este último podendo ser acessado a qualquer hora do dia, mesmo em local distante da sede da empresa, outra circunstância a ser mencionada, é a

perda, de certa forma da estabilidade, ante o processo de produção que privilegia a terceirização de alguns serviços relacionados a fabricação, contratando apenas aqueles funcionários que mais se dedicavam para empresa.

Por estes motivos, verifica-se que o modelo toyotista, assim como o fordismo, também causou malefícios ao trabalhador, fazendo-se valer a máxima que os empregadores, na verdade, estão preocupados em seus lucros, nem que para isso haja um excesso na exploração do proletariado. Neste sistema, podemos observar que as principais consequências foram: descentralização e terceirização do sistema produtivo, redução do proletariado estável.

Marx explica esses conflitos com a seguinte afirmação:

O modo de produção capitalista desenvolveu-se pelo mundo pela constituição de métodos de produção da mais-valia no interior dos qual o capital busca resolver as contradições que surgem da perpetua necessidade de autovalorização do valor na seção V de o capital, intitulado "a produção mais-valia relativa" Marx caracteriza os métodos de produção de mais-valia relativa como sendo a cooperação, a manufatura e a grande indústria (ALVES, Giovanni apud MARX 2016, p. 33).

6 CONCLUSÃO

A constituição técnica na produção de mercadorias tem promovido grandes alterações no processo de produção de capital e processo de trabalho em seu modus operandi de controle do trabalho capitalista, abrangendo novas possibilidades de integração dos sistemas de produção de capital.

Vivemos em uma época em que o cenário econômico e empresarial está cada vez mais acirrado, onde as empresas são cada vez mais competitivas. Com as novas tecnologias e a exigência de maior criatividade e inteligência no ambiente de trabalho, os indivíduos tornaram-se a pedra angular da reestruturação produtiva, nesse contexto fático, as empresas buscam uma maior automação da produção, além de também procurar funcionários mais qualificados.

O trabalhador com maior formação torna o trabalho mais eficaz e produtivo, pois através de suas atitudes, conhecimentos e habilidades pensa e age melhor, baseado em métodos de produção e venda que requer um bom domínio de novas máquinas e equipamentos assim como de uma visão ampla de processos produtivos tornando cada vez mais dependentes de inovações tecnológicas e um ajuste adequado à questão ambiental, de sustentabilidade.

Nessa nova dinâmica do capital, o papel do trabalhador é produzir idéias, resolver problemas e criar soluções, esse é o novo paradigma para se pensar o trabalho no século XXI, o trabalho mecânico e repetitivo está sendo abolido e sendo substituído pelo trabalho lúdico, intelectual, criativo.

Concluindo que a grande inovação organizada no espírito toyotista, em sua ideologia orgânica, e nova reestruturação produtiva do capital se espalha nas empresas. Neste tempo, é notório a desregulamentação das condições e dos direitos trabalhistas, isto requer novas adaptações estruturais tanto na legislação com na atuação das próprias empresas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. **Trabalho e Subjetividade**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FREITAS, Eduardo de. **Taylorismo e Fordismo**.
Fonte: <http://www.mundoeducacao.com/geografia/taylorismo-fordismo.htm>. Acessado em 10 de maio de 2017, às 10h59min.

GUIA DA CARREIRA. **O Fordismo e a Revolução da Administração de Empresas**.
Fonte: <http://www.guiadacarreira.com.br/artigos/gestaoeadministracao/fordismo-revolucao-administracao-empresas/>. Acesso em 11 de maio de 2017, às 10h54min.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Toyotismo e acumulação flexível**. Fonte: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/toyotismo-acumulacao-flexivel.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017, às 10h58min.

RAMOS, Matheus. **Fordismo e toyotismo: Suas principais características, com uma análise das precárias relações de trabalho**. Fonte:

<https://matheusramosribeiro.jusbrasil.com.br/artigos/202589865/fordi>

smo-e-toyotismo-suas-principais-caracteristicas-com-uma-analise-
das-precarias-relacoes-de-trabalho. Acesso em 22 de maio de 2017,
às 12h19min.

Notas:

[1] Orientador: Advogado. Professor de Direito da Faculdade Católica de
Tocantins – FACTO.

DO (NÃO) CABIMENTO DA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

PEDRO RAMOS LYRA DA SILVA: Advogado e Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

O presente estudo tem por objetivo analisar o cabimento (ou não) da fixação de honorários à Defensoria Pública, em razão de sua atuação.

Um primeiro recorte analítico deve ser feito. Jamais serão devidos honorários à Defensoria Pública pelo próprio usuário deste serviço público, quando a Instituição estiver atuando em suas funções típicas, ou seja, em favor dos hipossuficientes econômicos, nos termos, inclusive, do que determina a novel redação do art. 134, *caput*, da Constituição da República, nos termos advindos da Emenda à Constituição nº 80/14 (“...*de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal*”, com grifos nossos).

Um segundo recorte também deve ser realizado. Parece haver um certo ambiente de consenso em doutrina e jurisprudência acerca do cabimento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública quando ela atua patrocinando os interesses da parte vencedora da causa, tanto em suas funções típicas, quanto em suas funções atípicas, seja atuando no patrocínio de terceiros, seja atuando em nome próprio.

Esses honorários são devidos pelo vencido, em razão do princípio da sucumbência, e devem ser pagos, regra geral, conforme determina o Código de Processo Civil. Ressalve-se, contudo, as hipóteses legais expressas de não cabimento dos honorários de sucumbência, tal como ocorre no caso de mandado de segurança (Lei nº 12.016/09, art. 25).

E o fundamento para que a Instituição faça jus a estas verbas sucumbenciais, mesmo atuando de forma graciosa em relação à parte que patrocina (o que – poderiam dizer alguns – afastaria o fundamento para que houvesse o dever da parte contrária de arcar com o custo financeiro de tal mister) é de cunho legal e se encontra na Lei Complementar nº 80/94, art. 4º, XXI, que aponta, como uma das funções institucionais da própria Defensoria Pública: “executar e receber as verbas

***sucumbenciais decorrentes de sua atuação**, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores” (grifos nossos).*

Assim, feitos os devidos recortes temáticos, sobra uma hipótese de atuação institucional para ser analisada acerca do cabimento de honorários para a Defensoria Pública, qual seja, quando a Instituição atua, em função atípica, patrocinando interesses de terceiro; honorários estes a serem pagos por este mesmo terceiro, exatamente por estar recebendo a prestação do serviço público de assistência jurídica, na modalidade assistência judiciária.

Para tanto, necessário fazer uma digressão sobre o tema.

A Defensoria Pública presta um serviço estatal, qual seja, o de assistência jurídica integral. Ademais, este serviço jurídico-assistencial é prestado com exclusividade, como assim já afirmou o próprio Supremo Tribunal Federal.

Analisando a natureza jurídica desse serviço estatal, percebe-se que o mesmo amolda-se de forma perfeita na categoria de “serviço público”, uma vez que pode ser conceituado como “*toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*”^[1].

Em outras palavras: a Defensoria Pública presta, com exclusividade, o serviço público de assistência jurídica integral.

Partindo-se desta fundamental premissa, passemos à análise dos consectários desta conclusão. Quanto à forma de remuneração e custeio dos serviços públicos, abre-se uma grande chave, dividindo-os em duas grandes espécies: os serviços públicos *uti universi* (coletivos) e os serviços públicos *uti singuli* (singulares). Em síntese, os primeiros são prestados a grupos indeterminados de pessoas, enquanto os últimos são ordenados a destinatários individualizados ou individualizáveis, sendo possível mensurar o *quantum* do serviço cada indivíduo recebeu. Neste diapasão, infere-se que a Defensoria Pública, na quase totalidade de suas funções institucionais (sejam elas típicas ou atípicas), presta serviço *uti singuli*, à exceção do seu atuar na tutela coletiva, na específica defesa de direitos difusos.

Enquanto os serviços públicos *uti universi* são remunerados por meio de impostos, os serviços *uti singuli* podem ser gratuitos ou remunerados.

Inegavelmente que, quando em sua atividade típica (assistência jurídica integral e gratuita para os necessitados econômicos), o serviço prestado pela Defensoria Pública será gratuito.

Todavia, quando agindo em função atípica, qual seria a natureza do serviço público *uti singuli* prestado pela Defensoria Pública: gratuito ou remunerado? Eis o cerne da questão.

Para responder a esta questão, é de fundamental importância a definição de como deve ser interpretado o já mencionado art. 134, *caput*, da Carta Magna, cuja integral redação trazemos neste ponto a lume:

“A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (grifos nossos).

Isso porque, a depender da interpretação conferida ao citado dispositivo, chega-se à conclusão de que a atuação atípica da Defensoria Pública deverá ser sempre gratuita ou de que esta agir institucional atípico poderá vir a ser remunerado.

Conclui-se que, mesmo em função atípica, a Instituição deve atuar de forma gratuita, partindo-se da premissa que o usuário-beneficiário do serviço sempre será uma pessoa ou uma coletividade vulnerável (os “necessitados”, na forma do texto constitucional). Esta noção de vulnerável (que pode ser: econômico, organizacional, social, dentre outros), portanto, nortearia o agir institucional tanto típico, quanto atípico. Destarte, a referência “na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (ou seja, em relação aos que “comprovarem insuficiência de recursos”) ligar-se-ia ao advérbio “fundamentalmente”.

Em resumo: fundamentalmente (ou seja, em suas funções típicas), a Defensoria Pública atuará em favor dos economicamente necessitados; mas para além desse agir (ou seja, em suas funções atípicas) a Instituição agirá em prol dos vulneráveis em sentido amplo. Sempre, contudo, de forma integral e gratuita.

Esta forma de interpretar, mais restritiva, tem o seu valor, por reforçar a necessidade de que a Instituição possua um orçamento condigno com sua grandeza, eis que esta seria a única fonte de receitas, à exceção dos honorários de sucumbência. Entretanto, este viés interpretativo encontra severos críticos em doutrina e não parece ser assim que caminha a jurisprudência pátria.

É possível, ademais, realizar interpretação diametralmente oposta do mesmo dispositivo constitucional. Esta outra linha de pensamento perpassaria pelo entendimento de que o advérbio “*fundamentalmente*” estaria ligado a “*gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal*”. Deste modo, nas demais formas de atuação institucional, que não as fundamentais ali postas no dispositivo constitucional (ou seja, nas funções atípicas), o agir da Defensoria Pública deveria ser (ou, ao menos, poderia vir a ser) remunerado pelo usuário do serviço.

Em outras palavras: fundamentalmente (ou seja, em suas funções típicas), a Defensoria Pública deve atuar de forma gratuita e em favor dos economicamente necessitados; nas demais atuações institucionais (ou seja, em suas funções atípicas), seria possível que houvesse, por parte do usuário do serviço, uma contraprestação.

Aprofundando-se na interpretação que permite a remuneração dos serviços prestados pela Defensoria Pública, quando em suas funções atípicas, é de fundamental importância, para que esta exegese seja válida, que se perquiram qual a natureza dessa retribuição e qual(is) requisito(s) para sua instituição.

Para doutrina majoritária, os serviços públicos *uti singuli* remunerados podem sê-lo por duas formas: taxa ou tarifa. Os serviços remunerados por meio de taxa seriam aqueles prestados diretamente pelo Estado; enquanto que os serviços remunerados por tarifa seriam os prestados por delegatários (concessionários ou permissionários) de serviços públicos.

Assim sendo, deveria o serviço público jurídico-assistencial da Defensoria Pública na função atípica ser remunerado por meio de taxa? Caso afirmativo, em se tratando de espécie tributária, haveria toda uma série de princípios e regras específicos do sistema tributário a serem respeitados para fins de cobrança desta remuneração.

Contudo, fato é que inexistente tal previsão seja na legislação federal, seja na distrital, seja na de quaisquer dos Estados-membro da federação. Destarte, por ausência de previsão legal, em um primeiro momento, chegar-se-ia à conclusão de que não haveria espaço para a cobrança, no atual cenário legislativo pátrio, por qualquer serviço prestado pela Defensoria Pública.

Todavia, a questão não é de resposta tão simplória. José dos Santos Carvalho Filho afirma que *“nada impede que, em serviços dessa natureza [serviços que são, em regra, gratuitos], possa ser cobrada remuneração (normalmente taxa) de algumas pessoas (...) não consistindo óbice o fato de o órgão ser beneficiário de orçamento público”*[2]. Conclusão: para o insigne administrativista, esta forma de cobrança não seria obrigatoriamente uma taxa.

Mas, qual seria esta outra forma de remuneração? O culto doutrinador não responde a esta pergunta, até porque este tema é de grande debate em sede de Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, analisando as semelhanças mínimas entre taxa e tarifa, pode-se chegar a um denominador comum: a necessidade de previsão legal. Para que exista uma taxa, em respeito ao princípio da legalidade, é curial que a mesma seja criada por meio de lei em sentido estrito. A seu turno, somente é possível falar em pagamento de tarifas no caso de serviços públicos delegados porque a Lei nº 8.987/95, art. 9º, expressamente autoriza a sua cobrança.

Sendo assim, seria possível chegar a mais uma conclusão: é possível a cobrança pelo serviço jurídico-assistencial prestado pela Defensoria Pública, quando em função atípica, desde que haja, ao menos, previsão legal.

Fato é que existe previsão legal. E não é de uma taxa, muito menos de uma tarifa, mas de uma verba conhecida como “honorários”. Assim, em se admitindo que outras formas que não taxas e tarifas remunerem serviços públicos *uti singuli*, seria

perfeitamente viável que o serviço da Defensoria Pública, quando em função atípica, seja remunerado, desde que haja previsão legal. Atualmente, no sistema legislativo pátrio, esta forma de remuneração responde pelo nome de “honorários”.

Esta previsão legal, contudo, é por demais restrita. Passando em revista o ordenamento jurídico pátrio, analisando a regulamentação legal de cada uma das funções atípicas da Defensoria Pública, avista-se somente uma que expressamente prevê a remuneração, pelo usuário-beneficiário do serviço.

Tal previsão é a constante do parágrafo único do art. 263, do Código de Processo Penal. Para entendimento do tema, faz-se mister a transcrição integral do referido artigo:

“Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.”

Como se depreende da melhor exegese do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 80/94, a antiga expressão “*patrocinar defesa em ação penal*” está atualmente contida em “*exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses*”, mantendo, contudo, sua natureza de atuação institucional atípica[3].

Desta maneira, na atual ordem legislativa brasileira – partindo-se da premissa de que seria possível, em determinados casos, a cobrança pelos serviços prestados pela Defensoria Pública, em suas funções atípicas, em razão de interpretação do art. 134, *caput*, da Lei Maior – somente é possível a tal remuneração no caso do patrocínio da defesa, em processo criminal, de réu não economicamente necessitado, por meio de “honorários”, a serem fixados pelo juiz da causa.

Há, contudo, quem irá criticar esta previsão, inclusive qualificando-a de inconstitucional. Isto porque, se a defesa técnica em ação penal é indisponível, em razão do que determina a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, o réu estaria sendo compelido a pagar por um serviço público a ele prestado, mesmo contra sua vontade.

Todavia, rebate-se este argumento na medida em que o Supremo Tribunal Federal entende plenamente constitucional a cobrança de taxas por serviços públicos de utilização compulsória. Portanto, de inconstitucionalidade nenhuma padece o dispositivo legal que prevê a remuneração da Defensoria Pública, por meio da fixação de “honorários”, no caso de prestar a defesa criminal a réu que não seja economicamente necessitado.

À guisa de conclusão, extrai-se que, no atual tratamento conferido pelo texto constitucional à Defensoria Pública, duas são as interpretações possíveis, no que tange ao cabimento de remuneração pelo usuário-beneficiário do serviço público jurídico-assistencial: uma, confere caráter absoluto à gratuidade dos serviços prestados pela Defensoria Pública; outra, entende ser possível a cobrança no caso do exercício institucional de função atípica.

A interpretação que veda qualquer forma de cobrança do usuário pela prestação do serviço tem seu valor institucional, porém encontra grande resistência na doutrina institucional e parece destoar do que decidem os tribunais inferiores e mesmo os superiores.

Assim, aprofundando-se pela outra forma de interpretar o dispositivo, seria possível a cobrança do usuário do serviço em situações excepcionais, quais sejam, as relativas às funções institucionais atípicas.

Prosseguindo e aprofundando a análise, fazendo um cotejo com as outras formas de remuneração dos serviços públicos *uti singuli*, tal qual o serviço jurídico-assistencial, chega-se à conclusão da indispensabilidade da previsão legal para sua cobrança. E, passando em revista a legislação pátria, encontra-se apenas uma previsão legal de contraprestação a ser paga pelo usuário-beneficiário: por meio da fixação, pelo juiz, de honorários devidos pelo réu em ação penal, patrocinado pela Defensoria Pública, que não seja hipossuficiente econômico.

Por fim, não se sustente a inconstitucionalidade de tal cobrança, ante a sua compulsoriedade – o réu em processo criminal não pode dispor de sua defesa técnica – pois que outros serviços públicos obrigatórios são remunerados por taxas e sua constitucionalidade nunca foi declarada pela Corte Suprema.

NOTAS:

[1] Esta é a conceituação proposta por José dos Santos Carvalho Filho, *in: Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329.

[2] CARVALHO FILHO, *op. cit.* p. 345.

[3] Neste sentido: ESTEVES, Diogo e SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 343-344

INCONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO ENTRE O REGIME SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS

DOUGLAS CAMILO PEREIRA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (Instituição Toledo de Ensino - ITE). Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson - UNAR".

RESUMO: Este trabalho versa sobre as principais diferenças de tratamento na sucessão do cônjuge e do(a) companheiro(a) no Código Civil de 2002. O advento da Lei nº 10.406/02, novo Código Civil, inovou profundamente a matéria pertinente aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, tratando de forma diferente a sucessão de ambos. O novo Código melhorou muito a situação do cônjuge e em parte a do(a) companheiro(a), que grande parte da doutrina entendeu como sendo um retrocesso na sucessão do(a) companheiro(a). Além disso, o novo diploma foi omissivo em alguns pontos gerando divergências doutrinárias quanto à interpretação de alguns dispositivos sucessórios, tanto na sucessão do cônjuge como na do(a) companheiro(a). Finalizando com a decisão do julgamento realizado no dia 10 de maio de 2017, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do cônjuge e do companheiro na sucessão da herança, igualando as situações.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Cônjuge. Companheiro.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 1916. 3 Da sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002. 3.1 Da sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes. 3.2 Da sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes. 4 Da sucessão do companheiro no Código Civil de 2002. 4.1 Da sucessão do companheiro em concorrência com o cônjuge sobrevivente. 5 Das principais diferenças de tratamento na sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002. 6 Inconstitucionalidade da diferenciação de tratamento entre o regime sucessório dos cônjuges e dos companheiros. 7 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Antes da Constituição da República de 1988, o companheiro, a época reconhecido como concubino, não era reconhecido como herdeiro. Somente com o advento desta, que reconheceu a união estável como entidade familiar, passou-se a tutelar os direitos sucessórios dos companheiros. O Código Civil de 1916 não regulava a matéria, por isso, em 1994 foi instituída a Lei nº 8.971/94 e, posteriormente, em 1996, a Lei nº 9278/96. Com isso os direitos sucessórios dos companheiros se encontravam quase que equiparados aos do cônjuge.

Com o advento do novo Código Civil, este alterou profundamente a matéria em relação aos direitos sucessórios. Reconheceu o companheiro como sucessor e expandiu os direitos sucessórios do cônjuge, ou seja, trouxe grandes modificações em relação à matéria dos direitos sucessórios, melhorando muito a situação do cônjuge e em parte a do companheiro.

O primeiro ponto a se observar em relação ao direito sucessório no atual Código Civil é a maneira distinta de como o legislador tratou a sucessão do cônjuge e do companheiro.

No presente artigo, faremos um comparativo entre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, no Código Civil de 2002 que deu lugar de destaque ao cônjuge em relação ao companheiro, o que, muitos doutrinadores entenderam ter sofrido um retrocesso em seus direitos sucessórios, pois a nova lei tratou da matéria do companheiro em um único dispositivo, sendo omissa em alguns pontos, gerando assim divergências doutrinárias e jurisprudências de interpretação, e por fim, explanaremos como a jurisprudência atual trata tal situação.

2. Da sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 1916

Durante o período que vigorou o Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente era tratado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, sendo que este só era chamado à sucessão na falta de descendentes e ascendentes.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2004), atribuía-se a herança do cônjuge falecido, sob duplo pressuposto: ausência de descendentes e ascendentes e não estarem os cônjuges legalmente separados.

Além disso, o Código de 1916 não trazia o cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, deixando-o completamente desamparado em casos como o da separação universal de bens, e podendo também afastá-lo da sucessão, dispondo de todos os seus bens a favor de terceiros em testamento.

Dessa forma, o referido Código Civil não trazia segurança ao cônjuge supérstite, principalmente para a mulher, que à época era considerada como o elo mais frágil da relação. Por este motivo, em 1962 foi editado o “Estatuto da Mulher Casada”, ou seja, a Lei nº 4.121/62, que tinha por objetivo impedir que a cônjuge sobrevivente ficasse completamente desamparada após a morte de seu consorte, instituindo o usufruto viual e o direito real de habitação, acrescentando-os, nos parágrafos §§1º e 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Vejamos:

§ 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Em relação ao companheiro não há dúvidas de que até a promulgação da Constituição de 1988, estes não eram considerados herdeiros. Como já visto anteriormente, a Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar a ser protegida. Contudo, tal proteção não atribuiu direitos sucessórios ao companheiro ou a companheira.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2006), os tribunais admitiam a divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum dos concubinos (hoje

denominados companheiros ou conviventes) a título de liquidação de uma sociedade de fato (Súmula 380 do STF). Vejamos o que dispõe a Súmula:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Somente com o advento da Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994, passou-se a regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

A Lei nº 8.971/94 previa que:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos próprios ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja

colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Cabe observar que a referida lei estipulou como requisito para sucessão ter a pessoa vivido em união por mais de cinco anos, restringindo de certa forma o direito dos conviventes.

Com a edição desta lei o companheiro adquiriu direitos sucessórios e direito ao usufruto viual em condições muito semelhantes às dos cônjuges.

Em 10 de maio de 1996 foi instituída a Lei nº 9.278, que regulou o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, e em seu artigo 7º, parágrafo único, contemplou o companheiro com o direito real de habitação.

Vejamos o que diz o parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278:

Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Com isso, em termos de direito sucessórios, estava completa a igualdade entre cônjuges e companheiros.

3. Da sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002

Como já mencionado, o Código Civil de 2002 inova profundamente a matéria que dispõe sobre a sucessão do cônjuge. Uma das modificações mais importantes foi a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário (art. 1845, CC), a fim de ampliar a tutela sobre ele, e não permitir que seja afastado da sucessão por ato de última vontade. Outra alteração muito importante foi colocar o cônjuge em concorrência com os descendentes e ascendentes nas duas primeiras classes preferenciais, conforme dispõe o artigo 1829 e incisos.

Vejamos o referido artigo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Esse dispositivo substitui o usufruto vidual, pois agora o cônjuge não tem apenas o usufruto, mas direito a parte da herança.

Dessa forma ensina Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 140):

Havendo o novo Código Civil abolido esse usufruto, não há mais que cogitar de sua incidência no que tange às sucessões abertas desde 11 de janeiro de 2003. A sucessão do cônjuge em propriedade (novo Código Civil, art. 1.829) tornou desnecessária a proteção que se lhe pretendia assegurar mediante a concessão do usufruto.

Quanto ao direito real de habitação, este passou a ter maior abrangência, pois agora passa a ser reconhecido ao cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, conforme dispõe o artigo 1.831 do Código Civil. No entanto, o legislador não estipulou condição para cessar tal direito no caso do viúvo ou viúva contraírem novas núpcias.

Vejamos a redação do artigo 1831 do Código Civil:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Maria Helena Diniz (2008), tendo por base o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, entende que ao convolar novas núpcias ou formar nova união estável, o viúvo deveria perder esse direito real de habitação sobre a coisa alheia.

Nesse sentido, existia o Projeto de Lei nº 276/2007, que pretendia modificar a redação do artigo 1.831 para:

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, *enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável*, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Insta salientar que é pressuposto de legitimidade para que o cônjuge concorra à sucessão a regra do artigo 1.830 do Código Civil, que afirmar que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

3.1. Da sucessão do cônjuge em concorrência com descendentes

Nos termos do artigo 1829, I, do Código Civil, quando houver descendentes o cônjuge concorrerá na herança dependendo do regime de bens, caso em que se o regime for da comunhão universal, ou da separação obrigatória de bens, este nada herdará. Outra exceção à regra, onde o cônjuge não concorrerá à sucessão, dá-se quando este era casado com o *de cujus* na comunhão parcial, mas esse ao falecer não deixou bens particulares.

Nesse sentido, segue o conhecimento de Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 148):

Em três hipóteses, todavia, a lei deixa de reconhecer vocação ao cônjuge, atribuindo a herança, em sua totalidade, aos descendentes:

(a) Se o regime de bens do casal era o da comunhão universal (novo Código Civil, arts. 1.667 a 1.671);

(b) se o regime de bens era o da separação obrigatória (novo Código Civil, art. 1.641);

(c) por fim, se o regime de bens era o da comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares.

Na primeira hipótese o legislador entendeu não existir necessidade de o cônjuge receber uma quota da herança, pois a ele já cabe sua meação sobre o patrimônio comum. No segundo, por ser o regime de bens o da separação obrigatória (onde os bens dos cônjuges não se comunicam), não há porque a lei permitir que o cônjuge sobrevivente venha a ter parte na herança. Na terceira hipótese, como o *de cuius* não deixou bens particulares, todos os bens existentes são comuns, igualando-se à primeira hipótese, devendo, portanto ser tratada da mesma maneira (PEREIRA, 2004).

Diante de tais exceções à regra da concorrência entre descendentes e cônjuge, Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 148-149), ensina que ao último caberá participar da sucessão em três hipóteses:

(a) se o regime de bens do casal era o da separação convencional, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial válido (novo Código Civil, art. 1.687);

(b) se o regime de bens era o da comunhão parcial, e o *de cuius* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio comum);

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação (art. 1.685).

Segundo Maria Helena Diniz (2008), se o regime de bens era o da comunhão parcial, o cônjuge concorrerá com os descendentes se o *de cuius* deixar bens particulares, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cuius*.

A contrario sensu, há quem ache, como Silvio de Salvo Venosa (2006), que a concorrência do cônjuge nessa situação somente incidirá sobre os bens particulares.

Outro dispositivo, que também vem sendo ponto de discussão doutrinária é o caso da lei fazer distinção na sucessão do cônjuge em concorrência com filhos comuns e exclusivos do *de cuius*.

Nos termos do artigo 1.832 do Código Civil, o cônjuge quando concorrer com os descendentes herdará quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, quando for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Dessa forma, Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 129), entende que:

A lei faz distinção se a concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido. Se for ascendente dos herdeiros descendentes, fica-lhe assegurada sempre a quarta parte da herança.

[...]

Se, porém, o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes do morto dos quais o sobrevivente não seja ascendente, não há a reserva da quarta parte, sendo a herança dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça.

A discussão maior, porém, se encontra na sucessão do cônjuge em concorrência com filhos comuns e exclusivos do *de cuius*.

Silvio de Salvo Venosa, entende como sendo a opinião mais sensata a de: “[...] assegurar-se sempre a quarta parte da herança ao sobrevivente, quando há filhos dos dois leitos, como expusemos, pois o legislador não fez restrição a esse respeito e procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima, em qualquer situação” (VENOSA, 2006, p. 129).

Por outro lado, Maria Helena Diniz (2008, p.128), ensina que:

Havendo filhos (ou outros descendentes) comuns e exclusivos concorrendo com viúvo, dever-se-á, por força da CF, art. 227, § 6º, e da LICC, arts. 4º e 5º, diante da omissão legal, afastar a reserva da 4ª parte, dando a todos os

herdeiros quinhão igual, pois se assim não fosse prejudicarem-se-iam os filhos exclusivos, que nada tem a ver com o viúvo. Como todos são descendentes (comuns ou exclusivos) o *de cuius*, em nome desse vínculo de parentesco, mais justo seria que o viúvo recebesse quinhão igual ao deles, para que não haja discriminação entre eles.

Entendemos essa última solução como a mais sensata, pois preserva o princípio da igualdade e não prega discriminação entre os herdeiros.

Além destas duas opiniões, surge ainda uma terceira corrente, que pelo entendimento dos doutrinadores seria a menos pretendida pela lei, segundo ela a herança seria dividida em duas partes iguais: em uma delas se dividiria igualmente entre os filhos do *de cuius*, e para a outra se asseguraria a quarta parte do cônjuge e se dividiria o restante entre os filhos comuns, gerando um complexo cálculo matemático (VENOSA, 2006, p.130).

Por fim, a ilustre doutrinadora Giselda Hironaka (*apud* VENOSA, 2006, p.130) conclui que:

De qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a idéia de que, para evitar uma profusão de inadequadas soluções jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as hipóteses híbridas (como as tenho chamado), evitando o dissabor de soluções e/ou interpretações que corressem exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o espírito da norma.

3.2 Da sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes

Na falta de descendentes, em segundo lugar na ordem de vocação hereditária, serão chamados à sucessão os ascendentes do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens (art. 1.836, CC).

Vejamos o que dispõe o artigo 1.836 do Código Civil:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§1º. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Cabe salientar, que assim como acontece na classe dos descendentes, na classe dos ascendentes também se aplica a regra onde o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, §1º, CC).

Na classe dos ascendentes não subsiste o direito de representação, pois como já visto, o artigo 1.852 do Código Civil é claro ao prever que: “o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”.

O do artigo cônjuge, nos termos 1.837 deste diploma legal, ao concorrer com ascendentes de primeiro grau, herdará um terço da herança, tendo direito à metade desta se houver apenas um ascendente, ou se maior for aquele grau. O cônjuge meeiro subtrai sua meação e concorre na herança como um todo.

Não havendo ascendentes em primeiro grau, são chamados à sucessão os ascendentes em segundo grau (avós da linha materna e avós da linha paterna e assim sucessivamente). Nosso referido diploma legal prevê ainda que, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, ou seja, caso o falecido não tenha os pais vivos, mas seus avós, a linha paterna receberá metade, cabendo a outra metade a linha materna (art. 1836, §2º, CC).

A sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente na falta de descendentes e ascendentes (art. 1838, CC). Caso não haja cônjuge sobrevivente nas condições estabelecidas no artigo 1830, a sucessão será deferida aos colaterais até 4º grau (art. 1839, CC). E por fim, caso não haja cônjuge, companheiro, nenhum parente sucessível, ou todos eles renunciados à herança, a mesma será devolvida ao Município, Distrito Federal ou a União, dependendo de sua localização (art. 1844, CC).

4. Da sucessão do companheiro no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 também inovou a matéria pertinente à sucessão do companheiro, porém deixou em alguns pontos muito a desejar. A começar, o novo diploma não incluiu o companheiro entre os herdeiros necessários, nem reservou ao mesmo direito à legítima, portanto este participará da sucessão do falecido na qualidade de sucessor regular, sendo considerado herdeiro *sui generis*.

Além disso, a sucessão do companheiro foi tratada no capítulo das disposições gerais, da sucessão em geral, em seu artigo 1.790 e incisos do Código Civil. Vejamos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Com a redação do artigo acima, podemos concluir que o companheiro, terá somente direito a herança nos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, ficando excluído da sucessão no que tange aos bens particulares.

Silvio de Salvo Venosa (2006), nos chama a atenção a um ponto de divergência em relação aos bens que entrarão na sucessão do *de cuius*, já que o artigo 1.790 do Código Civil se refere apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união, porém, a lei aplica no que couber o regime de comunhão parcial de bens à união estável, acreditando este que se deve consultar o artigo 1.660 do Código Civil, para verificar quais bens se comunicam na união.

Ao analisarmos o artigo acima, podemos notar que neste dispositivo a lei também estabeleceu uma diferença de tratamento, quando o companheiro suceder em concorrência com filhos comuns ou somente com filhos exclusivos do autor da herança. Na primeira situação, é deferido ao companheiro quota igual a que for deferida por lei aos descendentes, já na segunda situação será deferida ao cônjuge somente metade do que couber por lei a cada um dos descendentes.

No caso do companheiro vir a concorrer com filhos comuns e filhos somente do *de cuius*, a lei se cala, causando assim mais uma divergência doutrinária.

Neste caso, Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 143) conclui que:

Concluimos que, se o companheiro concorrer com descendentes exclusivos e comuns, ante a omissão da lei, aplicando-se o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que privilegia o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º; CC, arts. 1.596 a 1.629), só importará, na sucessão, o vínculo de filiação com o *auctor successionis*, e não o existente com o companheiro sobrevivente, que, por isso, terá, nessa hipótese, direito à metade do que couber a cada um dos descendentes (LICC, art. 5º c/c CC, art. 1.790, II) do *de cuius*.

Por outro lado, Silvio de Salvo Venosa (2006), entende que a divisão em partes iguais do inciso I do artigo 1.790 do Código Civil seria a mais correta para o caso. Entendimento este que nos parece mais correto.

Nos termos do inciso III, não havendo descendentes nem ascendentes, o companheiro terá direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis, e somente herdará a totalidade da herança caso não haja herdeiros sucessíveis. Notamos aqui um retrocesso em relação à proteção do companheiro, pois a legislação anterior que tratava do tema (Lei nº 8971/94), em seu artigo 2º, III, previa que: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

Neste sentido pensa Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 141-142):

Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código de 2002, pois, segundo a lei referida, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivente recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art. 1.790 do novo Código havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III.

Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 154) também segue por esse entendimento:

[...] o Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resulta da primeira daquelas duas leis, situou o companheiro em posição pior na ordem de vocação hereditária: na ausência de descendentes e ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com “*outros parentes sucessíveis*”, e não mais na qualidade de herdeiro único (Lei nº 8.971/94, art. 2º, nº III).

Na ausência de herdeiros sucessíveis, o companheiro terá direito a totalidade da herança (art. 1790, IV, CC). Há quem diga, como Zeno Veloso (*apud* DINIZ, 2008, p. 143), que: “a totalidade da herança, mencionada no inciso IV do artigo 1.790, é da herança a que o companheiro sobrevivente está autorizado a concorrer”, ou seja, os bens adquiridos onerosamente na

vigência da união, pois os bens particulares seriam do Poder Público, por força do artigo 1.844 do Código Civil.

A contra sensu, Maria Helena Diniz (2008, p. 144) entende que:

Na herança vacante configura-se uma situação de fato em que ocorre a abertura da sucessão, porém não existe quem se intitule herdeiro. Por não existir herdeiro ou sucessor regular é que o Poder Público entra como sucessor irregular. Se houver herdeiro ou sucessor regular, afasta-se o Poder Público da condição de beneficiário dos bens do *de cuius*, na qualidade sucessor irregular.

Posicionamento este último que entendemos ser mais sensato, pois o companheiro, por ser reconhecido como herdeiro regular, deve afastar o Poder Público, herdeiro irregular.

Quanto ao usufruto vidual e o direito real de habitação do companheiro, o novo Código Civil foi omissivo e não tratou da matéria, por isso fomos buscar os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2008, p.149) que assevera:

Ora, na verdade, o usufruto “vidual”, em prol do companheiro supérstite, não prevalecerá, por ser, hoje, um instituto não mais existente no direito brasileiro, visto que nem o cônjuge terá direito a esse benefício, por isso, não mais vigora o art. 2º, I, e II, da Lei n.º 8.971/94 [...]

[...]

Mas em relação ao *direito real de habitação*, temos, parece-nos, um caso de *antinomia de segundo grau*, ou seja, um conflito entre norma posterior geral (CC, art. 1.831), que, por sua vez, gera antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, para a qual valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica.

Entendimento esse que nos parece ser mais correto.

Por outro lado, a quem entenda, como Francisco José Cahali que, com base no artigo 2º, §1º, da Lei de introdução ao Código Civil, o novo diploma revogou os direitos sucessórios dos companheiros estabelecidos por normas anteriores, por disciplinar inteiramente a matéria. Portanto, não subsiste o usufruto viual nem o direito real de habitação pelo novo Código Civil (*apud* DINIZ, 2008).

Por fim, para demonstrar que nem tudo é desfavorável ao companheiro, Silvio de Salvo Venosa, faz menção a ensinamento de Euclides de Oliveira que bem apreende:

Que nem tudo é desfavorável ao companheiro, se comparado ao cônjuge. Incompreensivelmente, o legislador, dando asas ao tratamento desigual, acabou por colocar muito acima os direitos dos companheiros quando determinou que concorra na herança com descendentes e outros parentes, na sucessão do outro, 'sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável'. A disposição constante do caput do citado art. 1.790, choca-se com o disposto no art. 1.829, I do Código Civil, que resguarda ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com descendentes em condições restritas a determinados regimes de bens, com expressa exclusão para a hipótese de casamento nos regimes de comunhão universal, da separação obrigatória, ou no regime de comunhão parcial, se não houver bens particulares (2005:155) (OLIVEIRA *apud* VENOSA, 2006, p. 142).

Como se vê, há um tratamento privilegiado para os companheiros, mas não se sabe se essa foi a idéia do legislador.

4.1 Da sucessão do companheiro em concorrência com o cônjuge sobrevivente

Segundo Mario Luiz Delgado (DELGADO, 2010), o legislador procurou afastar a possibilidade de concorrência do companheiro com o cônjuge sobrevivente, pois ele previu no artigo 1.830 do Código Civil que só será reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte

do outro, não estavam separados de fato ou judicialmente há mais de dois anos. O legislador ainda previu que para caracterização da união estável os conviventes devem ser viúvos, solteiros ou, se casados, devem estar separados de fato ou judicialmente (art. 1.723, §1º, CC).

O problema, de acordo com Mario Luiz Delgado (DELGADO, 2010), é que:

O problema é que o Código não fixou prazo para configuração da união estável e pode ocorrer que alguém, separado de fato há menos de dois anos, já estivesse vivendo em união estável quando de sua morte. E nesse caso, o direito sucessório do cônjuge ainda não estaria afastado.

E entendendo como ser a única forma de compatibilizar as disposições dos artigos 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código Civil, Mario Luiz Delgado (DELGADO, 2010) acredita que:

Em suma, deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge, só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável”.

5. Das principais diferenças de tratamento na sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002

Após realizarmos um estudo sobre a sucessão do cônjuge e a sucessão do companheiro, passaremos agora a apontar as principais diferenças de tratamento na sucessão de ambos.

O Primeiro ponto a se observar, e que foi amplamente criticado, é o fato da matéria que disciplina a sucessão do companheiro não ter sido disciplinada no capítulo da ordem de vocação hereditária, na sucessão legítima, junto da sucessão do cônjuge, mas ao invés disso a mesma foi disciplinada no capítulo das disposições gerais da sucessão em geral.

Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 154) aponta sua reprova:

[...] a inadequada inserção do dispositivo em Capítulo dedicado às “Disposições Gerais” do Título I (“Da Sucessão em Geral”), e não, como teria sido próprio, naquela pertinente à ordem de vocação hereditária, no Título II (“Da Sucessão Legítima”), em ostensivo prejuízo a sistematização das regras sobre o assunto.

Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 140) também demonstra sua reprova, e aponta sua opinião sobre a questão:

[...] o atual Código Civil traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no artigo 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária:

[...]

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve reboços em classificar a companheira ou companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem de vocação hereditária.

Outra grande diferença no tratamento sucessório de ambos (cônjuge e companheiro), é o fato do legislador reconhecer somente o cônjuge como herdeiro necessário (art. 1.845, CC), não fazendo o mesmo com o companheiro, permitindo que esse possa vir a ser afastado da sucessão por ato de última vontade do *de cuius*.

Dessa forma pensa Maria Helena Diniz (2008, p. 148):

Há desigualdade de tratamento sucessório entre cônjuge e convivente sobrevivente, pois aquele é, em certos casos, herdeiro necessário privilegiado, podendo concorrer com descendente, se preencher certas condições, ou com ascendentes do falecido. O convivente, não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele

dispuser isso em testamento (CC, arts. 1.845, 1.846 e 1.857), pois só tem direito à sua meação quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

Mais uma diferença apresentada com o estudo realizado de ambas as sucessões, é a limitação imposta ao companheiro pelo caput do artigo 1.790, que estipula que ele somente participará da sucessão do outro no que diga respeito aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, até mesmo quando concorrer com ascendentes ou parentes colaterais do *de cujus*. Diferentemente do que acontece com o cônjuge, pois esse, quando concorrer com ascendentes ou colaterais do falecido, concorrerá a todo o acervo hereditário (bens comuns e próprios).

Ha também diferença no tratamento sucessório do cônjuge em concorrência com descendentes em relação ao companheiro em concorrência com descendentes.

Quando o cônjuge concorrer com herdeiros do qual é ascendente, o legislador atribui ao mesmo uma reserva da quarta parte da herança, e se concorrer com filhos exclusivos do autor da herança, ao cônjuge sobrevivente caberá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça (art. 1.832, CC), enquanto que ao companheiro em situação semelhante apenas é atribuída quota equivalente a que por lei for atribuída aos filhos (art. 1.790, I, CC). Quando se tratar de filhos comuns, no caso dos filhos serem exclusivos do *de cujus*, o companheiro receberá metade do que couber a cada um daqueles (art. 1.790, II, CC).

Outra diferença já evidenciada em nosso trabalho e entendida por muitos doutrinadores como sendo um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros, é o fato deste na ausência de descendentes e ascendentes concorrer com outros parentes sucessíveis por força do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil, uma vez que a legislação que antes disciplinava a matéria previa ao companheiro a totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes (art. 2º, III, Lei nº 8.971/94). Já ao cônjuge é deferida a totalidade da herança quando não houver descendentes nem ascendentes (art. 1.829, III, CC).

Quanto ao direito real de habitação, podemos notar mais uma diferença no tratamento sucessório do cônjuge em relação ao companheiro, pois o artigo

1.831 do Código Civil mantém o direito real de habitação que o Código Civil de 1916 previa ao cônjuge, só que com uma maior extensão. Entretanto o novo diploma foi omissivo em relação ao direito real de habitação do companheiro, gerando uma incerteza do mesmo direito a este, pois diversos são os entendimentos a essa matéria.

Por outro lado, como já vimos antes, nem tudo é desfavorável ao companheiro. O legislador, no que me parece uma contradição, colocou o companheiro em uma situação privilegiada em relação ao cônjuge. Se um casal que possua um patrimônio comum, for casado sob o regime de comunhão universal, separação parcial ou separação total e um dos cônjuges falecer sem deixar bens próprios, ao outro não restará nada além de sua meação, enquanto que se situação semelhante ocorrer com um casal em união estável, o convivente sobrevivente terá direito além de sua meação a uma quota parte na herança.

6. Inconstitucionalidade da diferenciação de tratamento entre o regime sucessório dos cônjuges e dos companheiros

O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu julgamento que discute a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, inclusive em uniões homoafetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado no dia 10 de maio de 2017, os ministros declararam a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do cônjuge e do companheiro na sucessão dos bens.

Cabe destacar o entendimento do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, de que a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. Voto foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski.

No entanto, foi aprovada a seguinte tese, encabeçada pelo Ministro Roberto Barroso, válida para ambos os processos citados acima:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e

companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto sustentou que: *“Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, completou ainda que, “O artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso”.*

Como é de conhecimento, companheiro(a) recebia tratamento diferenciado do cônjuge, no tocante aos direito sucessórios, por força do art. 1.790, do Código Civil. No entanto, diante desta decisão da Suprema Corte, o que valerá tanto para o cônjuge, quanto para o companheiro, para fins sucessórios, será o artigo 1.829 do Código Civil.

Agora, as mesmas regras que são aplicadas ao cônjuge no trato ao recebimento da herança ou legado, devem ser dispensados também ao companheiro(a), a fim de prevalecer os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e a vedação do retrocesso, como destaca o citado Ministro em seu voto.

7. CONCLUSÃO

Com a instituição da Lei nº 10.406/02 (Novo Código Civil), a matéria sucessória foi profundamente alterada em relação ao Código de 1916.

Com isso, o cônjuge recebeu tratamento privilegiado, foi posto entre os herdeiros necessários, passou a concorrer com os descendentes e ascendentes nas duas primeiras linhas sucessórias e, na falta destes, passou a ter direito à totalidade da herança. Também obteve direito à reserva da quarta parte da herança quando concorrer com filhos comuns e, ainda, a manutenção ao direito real de habitação, dessa vez em melhores condições, pois agora isso independe do regime de bens.

Quanto ao companheiro, este foi reconhecido como herdeiro regular pelo Código Civil de 2002, o que não era previsto pelo Código de 1916. Registra-se que ao contrário do cônjuge, o companheiro não foi reconhecido como herdeiro

necessário, podendo ser afastado da herança por disposição dos bens através de um testamento. Também não foi previsto a este o direito à reserva da quarta parte da herança, e na ausência de descendentes e ascendentes, concorrerá ele com outros parentes sucessíveis. Além disso, a lei se cala quanto à manutenção ao seu direito real de habitação, previsto anteriormente, e limita seu direito à sucessão apenas aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Observamos uma grande diferença no tratamento da sucessão do cônjuge comparada à do companheiro, que teve toda sua matéria sucessória regulada por um único dispositivo.

Sem dúvidas, o advento do Código Civil de 2002 melhorou muito a situação do cônjuge sobrevivente, dando a ele lugar de destaque. No entanto, na sucessão do companheiro, em relação a algumas alterações, entendemos que ocorreu um retrocesso nos direitos sucessórios deste. Como, por exemplo, no caso do direito anterior prever a totalidade da herança para o companheiro na ausência de descendentes e ascendentes, e o atual Código prever que ele concorrerá com outros parentes sucessíveis na ausência daqueles.

Portanto, concordando com o Voto Exarado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Roberto Barroso, que a Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento, como as formadas mediante união estável, e não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges dos companheiros, ou seja, a família formada pelo casamento e a formada por união estável.

Esta diferenciação entre entidades familiares é incompatível com a Constituição Federal, assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira(o), prevendo direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos ao cônjuge, vai de encontro com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade, bem como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

No que pese o respeitável entendimento do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, mas não abre espaço

para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união.

Em síntese, podemos concluir que não havia motivos para o legislador restringir os direitos sucessórios do companheiro, uma vez que as legislações anteriores que regulavam a matéria previam ao companheiro alguns direitos que a nova legislação não prevê. Além do que, o legislador ao limitar a sucessão do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, confunde a meação com sucessão.

Por fim, isso acreditamos que está acertada decisão do Supremo Tribunal Federal foi justa e se encaixa perfeitamente a realidade dos tempos atuais que contempla diversas formas de família.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Maria aparecida de. Legitimação e capacidade para o casamento. *In: Site da Pontífica Universidade Católica de Goiás*. [s. l.]. [s. a.] Disponível em: <http://www.ucg.br/site_docente/jur/maria_aparecida/pdf/impedimentos_suspenivas.pdf>. Acesso: 28.ABR.2017.

BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997>> Acesso em: 19.ABR.2017.

BUSSO, Sérgio. Aceitação e renúncia da herança e exclusão da sucessão. *In: Jus Navigandi*, Teresina, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3669>>. Acesso em: 19.ABR.2017.

CARO, Lara Marina Zanella Martínez. A sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *In: Site do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/civil/sucessao-conjuge.htm>>.

Acesso: 26.ABR.2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: direito de família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 5.

_____. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. *In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F. (coords.). **Questões controvertidas no novo código civil***. São Paulo: Método, 2003. Cap. 21. P. 417-443.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: Direito de família e sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARA, Tânia. Sucessão em geral. *In: **Webestudante*** [s. l.]. 2010. Disponível em: http://www.webestudante.com.br/we/index.php?option=com_content&view=article&id=588:sucessao-em-geral&catid=65:direito-civil&Itemid=76. Acesso em: 11.JUN.2014.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2003.

NETO, Inácio de Carvalho. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil. *In: **Google***. [s. l.]. [s. a.]. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf>. Acesso em: 29.ABR.2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15 ed. 2004. V. 6.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. *In: **Google***. [s. l.]. [s. a.]. Disponível em: <http://www.jfpb.gov.br/esmafe/Pdf_Doutrina/Controv%C3%A9rsias%20na%20sucess%C3%A3o%20do%20conjuge-M%C3%A1rio%20Delgado.pdf>. Acesso em: 01.MAI.2017.

SAFFI, Marcel Dos Santos. **Agências reguladoras:** independência e função normativa. 2008. 48 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. V. 7.

VICENTE, José Carlos. Regime de bens entre os cônjuges. *In:* **Direitonet**. [s. l.]. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2948/Regime-de-bens-entre-os-conjuges>>. Acesso em: 22.ABR.2017.

PEDRO, Carlos Eduardo Constantino. **Agência reguladoras:** independência e função normativa. 2007. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, 2010.

_____, **Notícias STF.** Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 27.MAI.2017

_____, Jusbrasil, **STF decide: não existe diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios.** Disponível em: <https://mbaadvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/463383687/stf-decide-nao-existe-diferenca-entre-conjuge-e-companheiro-para-fins-sucessorios?utm_campaign=newsletter-daily_20170529_5357&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em: 27.MAI.2017

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 878.694 Relator: Min Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-05.pdf##LS>>. Acesso em: 27.MAI.2017

LIBERDADE RELIGIOSA E O COMBATE À INTOLERÂNCIA

TIAGO TOLEDO GOMES MARIANO FERREIRA:
Bacharelando do Curso de Direito – Universidade
Brasil - Campus Fernandópolis/SP.

Rodrigo Freschi Bertolo

(Orientador)

RESUMO: Com a recente intensificação dos deslocamentos populacionais por todo o globo, é notório que as relações entre diferentes culturas têm se tornado cada vez mais frequentes. O que por um lado favorece tanto o processo de globalização, quanto a universalização dos princípios, por outro lado acaba por gerar conflitos entre os mais intolerantes defensores de suas próprias ideologias. Neste contexto de intolerância, conflito e religião, a Liberdade Religiosa apresenta-se como um direito fundamental a todos garantido, que reflete de modo claro a pluralidade, o respeito e a importância da adequação jurídica às evoluções sociais. Através do tema exposto, a grande problemática que surge refere-se à natureza jurídica da liberdade religiosa, e mais: sua aplicabilidade quando conflitante com outras normas; as alternativas legais oferecidas; e se, de fato, as normas e princípios cumprem o objetivo de coibir a intolerância religiosa frente ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: liberdade religiosa, intolerância, escusa de consciência.

ABSTRACT: Nowadays people are recent intensification movements across the world it is can be seen that relations between many cultures have become increasingly frequent. This might favors both the process of globalization and the universalization of principles, on the other side generates conflicts between the most intolerant defenders of their own ideologies. The context of intolerance, conflict and religion, Religious Liberty presents itself as a fundamental right guaranteed to everyone, which clearly reflects the plurality, respect and legal importance adaptation to social developments. Exposed theme, the legal nature problem refers to the religious freedom, and more: when conflicting with other laws the legal alternatives offered to resolve different norms and principles introduce Democratic State of Law curbing religious intolerance.

Key words: Religious Liberty, intolerance, conscience excuses.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS. 1.1 LIBERDADE. 1.2 ESTADO LAICO. 2. EVOLUÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO. 2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824. 2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891. 2.3 CONSTITUIÇÕES DE 1934 A 1967. 3. LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3.1 PRINCÍPIOS. 3.2 LIMITAÇÕES. 3.3 LIBERDADE CONEXAS. 4. LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO INTERNACIONAL. 5. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE A INTOLERÂNCIA. 5.1 DA ESCUSA DE CONSCIÊNCIA. 5.2 DA PROTEÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno é caracterizado pela diversidade, já que vivemos um período de avanços tecnológicos, globalização e grandes deslocamentos populacionais, quer sejam imigrantes, quer refugiados. Todas estas mudanças acarretaram uma intensa transformação social, que, em contrapartida, intensificou a intolerância religiosa: terrorismo, discriminação contra minorias, atos de violência e intimidação contra a liberdade, dentre outras. A Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP citando a Organização das Nações Unidas, apresenta dados alarmantes: 75% dos conflitos existentes ao redor do mundo são por motivação religiosa, cultural ou étnica.

Nesse âmbito, este artigo objetiva discutir os aspectos teóricos da liberdade religiosa no intuito de “combater” a intolerância, para tanto serão apresentados os aspectos constitucionais do referido direito e os instrumentos jurídicos pertinentes à sua defesa. Assim, a abordagem aqui discutida surge da necessidade de levar a conhecimento da sociedade o tema, visto não haver cidadania sem liberdade religiosa.

O Brasil está sob um Estado Democrático de Direito, trazendo na Constituição Federal de 1988, forte proteção às liberdades individuais e coletiva por meio de princípios de cidadania, igualdade e dignidade. Tutelar tais direitos e necessidades fundamentais aos seres humanos tem sido um dos maiores desafios do século XXI.

Liberdade é o clamor de todo ser humano, pois sem ela não se pode ser, não se pode crer, ou nem mesmo se pode deixar de crer, caso a opção particular for de não ter crença alguma. Sem liberdade não há como escolher seus representantes, não há como ir e nem há como vir.

A liberdade religiosa é um dos direitos mais caros à dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, o cidadão tem a garantia de poder escolher sua religiosidade sem restrições e assumi-la, da mesma forma que aceita conviver pacificamente com aqueles que preferem professar outra religião ou não ter crença alguma. A Constituição do Brasil, em seu art. 5º, inciso VI, preceitua que é “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”.

Ora, uma sociedade que tem a dignidade da pessoa humana como coluna de sustentação, e que busca meios de garantir a liberdade dos indivíduos que ela compõe, faz-se necessária uma análise jurídica da tutela dada à Liberdade Religiosa enquanto Direito Fundamental consolidado em sua Carta Magna, sendo este um meio eficaz de promover a tolerância entre as mais diversas crenças.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS

Antes de iniciar o estudo da Liberdade Religiosa em seu aspecto constitucional, é importante apresentar determinados conceitos jurídicos e filosóficos básicos para que possa haver uma maior compreensão do estudo realizado e das propostas apresentadas em combate a intolerância religiosa que assola a população.

1.1 LIBERDADE

O primeiro conceito a ser tratado será o da liberdade que, do aspecto jurídico-filosófico, está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana. Assim como define Pinho (2002, p. 82): “Liberdade é a faculdade que uma pessoa possui de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de escolher entre duas ou mais alternativas, de acordo com sua própria vontade.”.

Assim sendo, pode-se compreender a liberdade como uma possibilidade de se pensar, agir ou decidir de acordo com sua determinação pessoal, mas sempre levando em conta os limites impostos pelo convívio social. Entender a liberdade é

de certa forma, entender o ser humano, pois este tem em seu íntimo a vontade de ser livre. No contexto constitucional brasileiro Lellis e Hees (2016, p. 47) afirmam que a liberdade não é uma opção, mas sim uma diretriz estabelecida como meio de afirmação da dignidade humana. Sua previsão, vista como uma grande conquista social tem como base legal o artigo 5º, caput da Constituição de 1988 ao afirmar que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Embora, aparentemente o dispositivo acima traga a liberdade como um princípio geral, várias outras espécies, dentre elas a religiosa, compõem o rol de garantias, buscando o efetivo exercício e defesa desta liberdade. Deste modo, os aplicadores do direito tem um norte claro sobre qual direção tomar.

1.2 ESTADO LAICO

Ainda tratando dos conceitos preliminares que envolvem o direito a liberdade religiosa, não poderia deixar de ser mencionada a laicidade do Estado, termo amplamente divulgado e defendido, entretanto com entendimentos juridicamente incorretos.

O Estado Laico, como conceitua Soriano (2012, p. 62), é aquele em que o Estado se mantém separado da Igreja, das religiões e confissões religiosas, sendo importante observar que o Estado Laico não é ateu, mas sim neutro, respeitando igualmente todas as religiões, caso contrário seria indiferente às dimensões espirituais, existindo uma postura de negação. A respeito do relacionamento existente entre Igreja e Estado, pode-se dizer que os modelos já observados são confusão, união e separação, conforme preceitua Pinho (2002, p. 89):

Existem três sistemas de relacionamento entre Igreja e Estado: a) confusão – Igreja e Estado se misturam. Exemplos: Vaticano e alguns Estados islâmicos; b) união – estabelecem-se vínculos entre o Estado e uma determinada religião, que passa a ser considerada como a crença oficial do Estado. Exemplo: Brasil-Império; c) separação – um regime de absoluta distinção entre o Estado e todas as Igrejas, Exemplos: todos os Estados laicos, entre eles o Brasil.

Diante do exposto é correto afirmar que o modelo mais favorável à liberdade religiosa é o de separação, pois garante uma maior neutralidade do Estado em relação às questões religiosas.

2. EVOLUÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como tantos outros direitos, a liberdade religiosa nem sempre se apresentou no contexto jurídico nacional da maneira como hoje é conhecida. Seus conceitos, características e garantias evoluíram juntamente com a sociedade brasileira. Tal desenvolvimento vem sendo expresso e positivado ao longo dos textos constitucionais como a seguir analisado.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

Proclamada a Independência do Brasil, surge, conseqüentemente, a necessidade de se elaborar a primeira Constituição do país. Ainda que neste período o seu conteúdo tenha sido fortemente influenciado pela Igreja Católica Apostólica Romana, Cunha (2001, p. 17) destaca: “O diploma constitucional em apreço foi o primeiro que positivou os direitos fundamentais embora, equivocadamente, tal mérito vem sido atribuído a Constituição belga de 1934.”

No tocante à religião, o Brasil, enquanto nação independente continua sendo um Estado Confessional passando a exercer certa tolerância religiosa, embora restrita: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.” (CUNHA, 2001, p. 20).

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com o rompimento do período Imperial, é promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1891, e conforme Cunha (2001, p. 50) pelo fato de a filosofia positivista ter prevalecido nesta constituição, a Igreja e o Estado tornaram-se instituições separadas, deixando de existir uma religião oficial brasileira.

O Brasil deixa de ser um Estado Confessional e passa agora a ser um Estado Laico, retirando funções que antes eram exclusivas da Igreja Católica como o casamento, que passa a ser civil, e os cemitérios que passam a ser administrados

pelos municípios permitindo que fiéis de todas as religiões professem seus ritos em sepultamentos. Assim, conforme dispõe o §3º do artigo 72: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.” (CUNHA, 2001, p. 71). Entretanto, era expresso que o cidadão ao alegar motivos de crença religiosa para se eximir de qualquer ônus da lei, perderia seus direitos políticos.

2.3 CONSTITUIÇÕES DE 1934 A 1967

A Constituição de 1934 trouxe em seu bojo garantias como igualdade, liberdade de crença, liberdade para associações religiosas, assistência religiosa e liberdade de culto em cemitérios. Todas expressas em seu artigo 113, conforme transcrito (CUNHA, 2001, p. 127):

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

Como na anterior, a Constituição de 1937 continua assegurando liberdade de culto por meio do artigo 122, §4º: “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;” (CUNHA, 2001, p. 187). Interessante destacar que o constituinte já estabelecia a ordem pública e os bons costumes como fatores limitadores da prática ao direito à liberdade religiosa.

A Constituição de 1946 assegura as garantias já estabelecidas pelas de 1934 e 1937, todavia, inova ao trazer a escusa de consciência como um mecanismo de proteção e defesa dos cidadãos para com sua liberdade de crença. O artigo 141, §8º estabelece que (CUNHA, 2001, p. 243):

Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

Sendo assim, nenhum brasileiro ou estrangeiro residente no país seria privado de seus direitos por causa de suas crenças ou convicções religiosas, podendo realizar prestação alternativa fixada em lei.

Por fim, a Constituição de 1967 é tida como um retrocesso visto que não mais prevê prestações alternativas àqueles que, por motivo de crença religiosa, buscam eximir-se dos ônus que a lei estabelece contrários às suas convicções.

3. A LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

À primeira vista, o termo Liberdade Religiosa pode parecer uma discussão puramente teológica, entretanto trata-se na realidade de um debate constitucional. Muito mais do que somente poder escolher uma religião, Júnior (2002, p. 176) entende que se trata da liberdade que todos têm de crer ou não na existência de Deus, sem que isso dê lugar a qualquer tipo de discriminação, perseguição ou castigo.

Em termos, diz-se que o Estado tem uma função dupla no tocante ao contexto da liberdade religiosa: não interferindo ou impedindo que alguém escolha sua fé, enquanto proporciona mecanismos para que esta possa ser exercida - tudo sem interferir na laicidade.

Suas características, conforme o doutrinador Soriano (2012, p. 41) são:

Como direito fundamental, a liberdade religiosa assume as mesmas características dos direitos humanos como: Universalidade; Indivisibilidade e Interdependência. Além dessas características extraídas da Declaração de Viena de 1993, a liberdade religiosa apresenta outras notas marcantes. São elas: a Irrenunciabilidade; a Imprescritividade; a Multiplicidade e a Irreversibilidade.

3.1 PRINCÍPIOS

Os princípios são de extrema importância para o direito, em qualquer que seja a área, são como pilares que fundamentam toda uma estrutura jurídica. Neste sentido leciona Poletti (2009, p. 319):

“Não basta conhecer leis, nem a doutrina, os julgados e as interpretações dos tribunais. E? preciso ter a chave da lógica jurídica que se resume nos princípios gerais do direito. Deles tudo decorre. Quem os conhece, melhor penetrará? no universo jurídico e estará? apto a resolver os problemas teóricos e práticos.”

Soriano (2012, p. 43) defende que a liberdade religiosa tem os seguintes princípios norteadores: “1) princípio da separação entre a Igreja e o Estado; 2) princípio da Laicidade; 3) princípio da Neutralidade do Estado; 4) princípio da Não-

Identificação Estatal; 5) princípio da Neutralidade Estatal; 6) princípio do Estado Democrático de Direito.”.

3.2 LIMITAÇÕES

Como já exposto, o direito a liberdade religiosa enquadra-se como um direito fundamental, portanto não é absoluto. Assim como afirma Soriano (2012, p. 48), tal “limitação visa salvaguardar os demais direitos ou liberdades individuais, com o fim de preservar a ordem pública.”. Seria um tanto quanto incoerente permitir que alguém usasse o direito a liberdade religiosa para violar direitos de terceiros.

O principal objetivo de tal limitação é respeitar valores e princípios constitucionais, que, de certa forma, servem como base para as restrições aqui impostas. Entretanto não se pode restringir o direito à liberdade religiosa como se bem entender. Não é função estatal delimitar o que é certo ou errado em relação aos aspectos religiosos, pois a laicidade é o que predomina no ordenamento jurídico brasileiro. Cabe ao Estado combater abusos de liberdade e a intolerância religiosa como um todo.

Os limites à liberdade religiosa devem sempre estar embasados na ordem pública, na moral e nos bons costumes, como dispõe o artigo 1º, §3º da Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (1981):

§3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Assim, em caso de conflito entre direitos fundamentalmente garantidos deve-se usar do bom senso e da ponderação para que nenhum dos direitos conflitantes seja totalmente deixado de lado em detrimento do outro.

3.3 LIBERDADES CONEXAS

Para garantir o que se propõe, tal direito desdobra-se em três diferentes vertentes, quais sejam: as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa. O intuito de se estabelecerem liberdades conexas à principal, qual seja, liberdade

religiosa, é o de determinar e especificar todo o complexo obrigacional que o envolve.

Primeiramente, sobre a liberdade de crença, Pinho (2002, p. 89) leciona que esta abrange o foro íntimo do ser humano e protege o direito que todos têm de crer ou não crer na existência de uma, diversas ou, até mesmo, em nenhuma divindade, compreendendo ainda a possibilidade do indivíduo, a seu livre arbítrio, mudar de religião ou corpo doutrinário. Já no que concerne a liberdade de culto, Pinho (2002, p. 89) assegura proteger-se a exteriorização da crença escolhida seja por meio de cerimônias e rituais. Assim, diferente do que se acredita, não somente os serviços religiosos realizados nos templos são protegidos, mas também os mais diversos atos praticados em espaços públicos, desde que limitado aos valores e princípios constitucionais.

Em se tratando da liberdade de organização religiosa, há uma decorrência lógica da laicidade do Estado, neste sentido Lellis e Hees (2016, p. 86) defendem:

Por sua vez, a liberdade de organização religiosa se refere à possibilidade de instituição, configuração e estruturação jurídico-econômica das igrejas ou confissões religiosas. Sob o prisma do Direito, implica a obtenção, pela confissão religiosa, de personalidade jurídica, para o que basta a comprovação de vontade humana de associar-se para fins religiosos, com objetivos lícitos e atendimento às formalidades legais, no que forem harmônicas e submissas à Constituição Federal.

4. LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional tem grande relevância e aplicabilidade para o presente estudo, principalmente no que tange aos tratados internacionais que o Brasil é signatário, ou seja, aqueles que possuem aplicabilidade no plano jurídico interno.

Em matéria de liberdade religiosa, são dois os tratados internacionais que tem maior destaque normativo: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Em se tratando do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1992), dispõe seu artigo 18 que “toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião”, e este pode ser exercido de maneira pública ou privada, só podendo ser limitado por leis que tenham a finalidade de proteger “a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”. O presente tratado também inova ao positivizar especial proteção às minorias, dentre elas, as religiosas:

Art. 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (1992)

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, traz expresso em seu artigo 12 uma repetição do conteúdo preexistente no tratado anteriormente citado. Entretanto, conforme Lellis e Hees (2016, p. 75):

Por sua vez, apesar de repetir integralmente o conteúdo do art. 18 do “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos” em seu art. 12, a Convenção Americana de Direitos Humanos reveste-se de especial importância porque cria meios de proteção dos direitos que normatiza, ao prever a existência e reger a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos artigos 33,b e 52 a 73.

Além dos tratados supramencionados, há também outro documento que merece especial atenção em se tratando da liberdade religiosa no âmbito internacional: a Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções. Editado em 1981 pela ONU (Organização das Nações Unidas) não possui força vinculante sobre o ordenamento jurídico nacional, mas seu conteúdo apresenta relevante direcionamento para a edição de normas que visam a eliminação da discriminação e intolerância religiosa, como por exemplo, o seu artigo 4º ao estabelecer:

Artigo 4º

§1. Todos os Estados adotarão medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação por motivos de religião ou convicções, no reconhecimento, do exercício e do gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em todas as esferas da vida civil, econômica, política, social e cultural.

§2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.

5. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE A INTOLERÂNCIA

Tolerância tem uma íntima ligação com a liberdade religiosa, visto que uma de suas vertentes, implica no reconhecimento da liberdade religiosa alheia. A Declaração de Princípios sobre a Tolerância da UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), no artigo 1º, 1.1, assim a define:

Art.1º,1.1 - A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. (1995)

A tolerância impõe o dever de respeitar as convicções e as crenças alheias, e em seu sentido jurídico vincula todos os indivíduos nesta concepção. Mas para que isso ocorra, são necessários instrumentos legalmente instituídos que ajudem a combater atos de intolerância.

5.1 DA ESCUSA DE CONSCIÊNCIA

Um meio, de total relevância, instituído pela Constituição de 1988 como proteção à liberdade religiosa é a Escusa de Consciência que Cunha (2001, p. 75)

define como: “A objeção ou escusa de consciência consiste no direito de não prestar o serviço militar obrigatório ou qualquer outra obrigação legal a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política.”.

Sua previsão está expressa no artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal quando estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”.

É evidente que a escusa de consciência trata-se de um direito líquido e certo, assim a possibilidade de prestação alternativa em razão de crença religiosa, não se torna um privilégio - como muitos o julgam - mas sim um direito nos termos da lei.

Não há, em todo o entorno da escusa de consciência, violação ao princípio da isonomia, visto que este consiste em tratar desigualmente os desiguais, devendo o postulante estar disposto a cumprir a prestação alternativa a ele imposta. Desta maneira não fica este obrigado a se comportar de modo contrário aos seus princípios religiosos.

5.2 DA PROTEÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL

Apesar de a Constituição ter previsto, ao longo de sua evolução histórica, o direito à liberdade religiosa, foi necessário que a legislação infraconstitucional tipificasse condutas como meio de coibir atos de intolerância religiosa.

Na legislação penal, em seu artigo 208, está descrito o crime de Ultraje a Culto e Impedimento ou Perturbação de ato a ele relativo com pena de detenção que pode variar de 1(um) mês a 1(um) ano, podendo ser aumentada em um terço se houver violência. Em se tratando deste tema, Cabette (2012, p. 188) entende que o referido tipo penal:

Tutela-se a liberdade de crença e o livre exercício de culto religioso (art. 5º, VI, CF). As condutas são o escarnecimento (zombaria) por motivo de crença ou função religiosa; o impedimento ou perturbação de cerimônia ou culto religioso e o vilipêndio (menoscabo) público de ato ou objeto de culto religioso.

Outro elemento importante que merece destaque é a preocupação do legislador em tutelar a liberdade religiosa, tipificando sua violação por funcionários públicos como crime de abuso de autoridade do artigo 3º da lei n. 4.898/65:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

d) à liberdade de consciência e de crença;

e) ao livre exercício do culto religioso;

Grande destaque deve ser dado à lei n. 9.459/97 que alterou grande parte da legislação pátria no que concerne a práticas discriminatórias. Uma das maiores alterações por ela estabelecida, foi a inclusão da religião no rol de elementos que podem ser passíveis de penalização da lei n. 7.716/89 – Lei de Racismo. Desde então todo aquele que pratica, induz ou incita qualquer ato discriminatório com fundo religioso incorrerá nas penas previstas. São enquadradas práticas como obstar o acesso a algum estabelecimento comercial, recusar o atendimento em locais abertos ao público, negar ingresso em estabelecimento de ensino, dentre outros. Outra importante alteração da referida lei, foi a inclusão do parágrafo 3º ao crime de Injúria, criando a figura da injúria preconceituosa ou discriminatória que objetiva ofender a honra subjetiva de alguém se utilizando de elementos referentes à religião.

No entanto a intolerância pode chegar a níveis extremos, como por exemplo, o Genocídio que é definido por Ponte (2013, p. 24) como “[...] um crime internacional contra a humanidade, em que não se busca proteger apenas a vida ou a integridade física ou mental das pessoas atingidas, mas a própria existência de determinado grupo étnico, cultural, religioso ou segmento social.”. Assim, todo aquele que tenha o dolo de destruir determinado grupo religioso, no todo ou em parte, será enquadrado no artigo 1º da lei n. 2.889/56 – Lei do Genocídio.

CONCLUSÃO

O direito à Liberdade Religiosa representa uma grande conquista para a população brasileira, visto que evoluiu com a própria sociedade sofrendo grandes imposições pelos diferentes governos, e pelas mais variadas ideologias dos poderes constituintes.

A Liberdade Religiosa em seu conceito mais simples traz a essência da toda a luta contra a intolerância religiosa, qual seja, o respeito reivindicado para os próprios direitos deve ser o mesmo atribuído ao direito alheio, isso porque as religiões podem ser diferentes, mas o respeito deve ser igual. Portanto a harmonia precisa ser buscada e o preconceito reprimido, para que o radicalismo egoísta não se sobreponha aos direitos constitucionalmente garantidos.

Sem Liberdade Religiosa, não se pode falar em dignidade humana ou em exercício pleno de cidadania. Toda pessoa possui o direito de não ser obrigada a agir contra a própria consciência ou seus princípios religiosos, deste modo, nota-se profunda preocupação com a garantia de tal direito na Constituição ao criar instrumentos, como a escusa de consciência, para efetivar a norma positivada. Além disto, mesmo não sendo absoluto, é notória a necessidade de ponderação e bom senso quando surgir um conflito entre este e outro direito, para que nenhum deles seja suprimido, aparentando intolerância.

A liberdade religiosa e a escusa de consciência são a prática da cidadania e da tolerância. Somente assim pode-se dizer que o país está caminhando em busca de uma harmonia social para a concretização do Estado Democrático de Direito.

O presente artigo não tem a pretensão de findar as discussões referentes ao tema discutido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecElimFormIntDisc.html>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. **Pacto internacional sobre direitos civis e políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 11 out. 2016.

CABETTE, Eduardo Santos. **Direito Penal - Parte Especial I - Arts. 121 A 212**, 1ª. ed. Saraiva, 2012. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169081/cfi/0>>.

Acesso em: 29 mai. 2017.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

JÚNIOR, João Ribeiro. **Elementos e evolução do direito constitucional brasileiro**. Campinas: Edicap, 2002.

LELLIS L.M.; HEES C.A. **Fundamentos jurídicos da liberdade religiosa**. 1ª. ed. Engenheiro Coelho: Unaspres, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 3ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. 4ª. ed. Saraiva, 2009. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135543/cfi/342>>. Acesso em: 11 out. 2016.

PONTE, Leila da. **Genocídio**, 1ª ed. Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502209404/cfi/0>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

SORIANO, Aldir Guedes. **Direitos humanos e liberdade religiosa: da teoria à prática**. São Paulo: Editora Kit's Ltda, 2012.

UNESCO. **Declaração de princípios sobre a tolerância**. 1995. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR, A SILENCIOSA CONSEQUÊNCIA PSICOLÓGICA NA VÍTIMA

ANA CAROLINE FERREIRA BONETTO AMICUCCI:
Bacharelada do curso de Direito Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis - SP.

EDA LECI HONORATO

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade estudo da Lei.11.340/2006 “Lei Maria da Penha” no estudo da mulher vítima da violência doméstica e familiar, com objetivo de informar e deixar claro as medidas de proteção diante de uma agressão ou de qualquer outro ato de extrema violência. Diante de tal, mencionar os programas assistenciais a essa vítima, apontar a garantia de seus direitos, visto que a vítima possui diversos tipos de proteção e focar o principal objetivo deste artigo a sua condição psicológica para superação dos traumas causados pelos vários tipos de violências que lhe foram causados. Trata-se de reflexão sobre a violência doméstica, com especial enfoque na violência psicológica. Esta se desenvolve como um processo silencioso, que progride sem ser identificado, deixando marcas em todos os envolvidos. Pela sua característica, a violência psicológica no interior da família, geralmente, evolui e eclode na forma da violência física.

Palavras Chaves: Violência doméstica; Consequências Psicológicas; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: The purpose of this article is study a Law 11.340 / 2006 "Maria da Penha Law" in the study of women victims of domestic and family violence, in order to inform and make clear the measures of protection against aggression or any Another act of extreme violence. In this regard, mentioning the assistance programs for this victim, pointing out the guarantee of their rights, since the victim has several types of protection and focus the main objective of this article its psychological condition to overcome the traumas caused by the various types of violence that Had been caused. This is a reflection on domestic violence, with a special focus on psychological violence. It develops as a silent process that progresses without being identified, leaving marks on everyone involved. By its characteristic, the psychological violence inside the family, generally, evolves and it appears in the form of the physical violence.

Keywords: Domestic violence; Psychological Consequences; Maria da Penha Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Lei Maria da Penha. 1.1. Objetivos da Lei Maria da Penha. 1.2. Das Formas de Violência Doméstica E Familiar. 1.3 Dos Tipos de Violência. 2. Direitos Fundamentais. 3. Princípio da Isonomia. 4. Formas de Proteção a Vítima e Punição do Agressor. 5. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e suas Consequências Psicológicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz a análise da lei. 11.340/2006 mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, a lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar com a pretensão de mostrar a quem sofreu algum tipo de violência seja ela, emocional, patrimonial, física, sexual e moral. A violência contra a mulher não é uma situação recente, vem de uma realidade histórica baseada na desigualdade da relação de poder entre home e mulher, sobre a subordinação e inferioridade da mulher frente ao homem.

A grande polêmica deste tema figura-se na busca incessante da mulher por punições mais severas aos autores da agressão, por ser um dos crimes de maior incidência no país que possui efeito perverso multiplicador, atingindo não só a pessoa da ofendida, mas, por suas sequelas, acabam por comprometer todos os membros da entidade familiar.

Na luta pela conquista do cumprimento desta lei, o texto legal veio para reconhecer e definir a violência doméstica em suas distintas manifestações, também prevendo a criação de sistema integrado de proteção e atendimento a estas vítimas e buscando uma aplicação eficaz de sanção penal contra o agressor.

Desta forma, tem-se como foco demonstrar a Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, apontando os meios de proteção e resguardos legais que a lei Maria da penha trás a mulher ofendida, pois, essa violência é uma violação dos direitos humanos, onde seus direitos tende a ser garantido em todos os aspectos.

Dentre os tipos de violências a mais avassaladora delas é a psicológica, que é emocional, pois esta violência perdura durante todo o ciclo violento, causando a vítima sofrimento psíquico chegando a ser mais intenso do que a violência em forma física.

1. A LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da penha veio com objetivo de por fim à violência de gênero considerada a mais preocupante questão sociocultural, ela foi sancionada em 7 de Agosto de 2006 pelo então presidente Lula, e publicada no DOU no dia 8 de agosto de 2006, com propósito de cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei fundou-se em normas e diretrizes no artigo 226, § 8º da CF/88, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e ainda dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e na área administrativa do trabalho, também prevê norma, tal como direito a remoção e ausência das atividades, sem prejuízo.

1.1. OBJETIVOS DA LEI MARIA DA PENHA

A lei não tem como foco exclusivo o ajuste dos meios de proteção e promoção de assistência eficaz a salvaguarda os direitos humanos da mulher. A lei se direcionar excepcionalmente coma proteção da mulher nos atos de violência domínio doméstico e familiar, por qualquer pessoa com as quais conviva no âmbito doméstico e familiar, com os quais ela tenha uma relação marital ou de afetividade.

Seu Art. 1º a Lei 11.340/06 deixa claro para que veio:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e erradicar a Violência contra a mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A criação da lei considera os aspectos culturais que permeiam o cotidiano da maior parte do país, pois, a situação social da mulher vem sendo moldada há tempos perante a sociedade no qual ainda que evolua a mulher sempre será vista como submissa ao homem reforçado pela ideologia patriarcal que influencia a uma relação de hierarquia de poder.

1.2. DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Os artigos 5º, 6º da lei nº 11340/06 definem e identificam as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, a fim de facilitar sua compreensão.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se

consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Trata o dispositivo a cima da violência baseada no gênero que é o objeto da lei, pois a violência de gênero é uma espécie de violência doméstica que decorre de uma relação de hierárquica de poder na dominação do homem e a submissão da mulher, conclui-se dizer que a violência é exercida simplesmente porque o agressor é homem e a vítima é mulher.

1.3 DOS TIPOS DE VIOLÊNCIA

As formas de violência doméstica contra mulher estão expressas no art. 7º da lei 11.340/2006 reconhecidas como: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz,

insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.”

Os tipos de violências mencionados acima são exemplificativos, assim para serem caracterizadas como violência doméstica deve de fato ocorrer no âmbito familiar, doméstico ou em relação íntima de afeto.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A mulher possui direitos inalienáveis que constitui parte integrante dos direitos humanos: Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena 93). A discriminação contra as mulheres viola e a impede de participações políticas, sociais, econômicas e culturais, em condições igualitárias às

dos homens. É sabido o reconhecimento do direito fundamental à igualdade de homens e mulheres.

O grande marco foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, que apresentou a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, onde o Brasil é signatário desta declaração e de várias outras convenções e pactos de direitos humanos, o que constitui um grande avanço para a democracia e para a legislação Brasileira.

Provada a hipossuficiência e discriminação da mulher a busca direitos gerou grandes movimentos com resultados positivos aos direitos humanos da mulher em vários países do mundo, tendo como necessário a elaboração de um sistema especial de proteção dos seus direitos humanos, através de convenções e pactos internacionais, são eles: A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher de (Resolução nº 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18/12/1979); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher adota pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06/06/1994) e ratificada pelo Brasil em 27/11/1995, a chamada “Convenção de Belém do Pará”; a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher “Beijing”, que constituem alguns dos mais relevantes instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos da mulher na ordem jurídica internacional.

Com todas as conquista alcançadas não se pode dizer que a mulher conquistou uma posição de igualdade perante o homem, pois, a violência física e psicológica contra a mulher continua a fazer parte do cotidiano da vida moderna, neste e em outros setores, ainda há um longo caminho a ser perseguido.

Na Convenção De Belém Do Pará, a violência contra a mulher é conceituada como qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Nesta convenção, os Estados-partes afirmam no art. 5º que:

Art. 5º. Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos

humanos. Os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Assim, o Brasil ratificando esses documentos internacionais de proteção à mulher, assume o compromisso de adotar medidas internas para garantir a elas estes direitos no âmbito das relações domésticas e familiares.

3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O direito a igualdade é afirmativo em dizer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, de acordo com os critérios acolhidos pelo ordenamento jurídico.

Observa-se que a isonomia não ocorre com a Lei nº 11.340/2006, pois nessa Lei a mulher é tratada como sujeito passivo da violência doméstica e o homem, na maioria das vezes, figura no polo ativo, não descartando a possibilidade também de ser a mulher.

O princípio da igualdade constitucionalmente dizendo é parte fundamental sendo norma supraconstitucional, pois, estamos diante de um princípio de direitos e garantias, no qual todas as outras normas devem obediência, de forma a fortalecer a igualdade, especialmente entre homens e mulheres.

No artigo 226, §5º da Constituição Federal trás o Princípio da Isonomia entre cônjuges e no Código Civil, em seu artigo 1.511, o mesmo princípio está inserido, deste modo a luta é para que permaneça a igualdade no que diz respeito a sociedade conjugal, sem o uso de posições inferiores ao outro, harmonizando os interesses comuns da família.

4. FORMAS DE PROTEÇÃO A VÍTIMA E PUNIÇÃO DO AGRESSOR

Em função do aumento da violência doméstica a Lei 11.340/06 trouxe penas mais severas e majorante que é o aumento de pena, visando garantir a segurança da vítima e sua família, foram criadas então as medidas protetivas de emergência

voltadas para a vítima, conhecidas também como medidas cautelares, que estão previstas no art. 18 ao art. 21 da Lei Maria da Pena.

Essa inovação na lei tem por finalidade não só a prevenção de medidas com a necessidade da situação do fato, pois ela contempla instrumentos de caráter civil, trabalhista, previdenciário e, administrativo, penal e processual tornando a lei heterotópica.

As medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Pena podem ser divididas em duas modalidades: Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e das medidas protetivas de urgência à ofendida.

Das medidas de urgência que obrigam o agressor, são as medidas que evitam ação do agressor a praticar violência contra a ofendida, podendo o juiz requisitar o auxílio de força policial e utilizar as medidas previstas na legislação em vigor, sempre que a mulher agredida necessite, para sua segurança ou de sua família.

Já as medidas protetivas de urgência a ofendida são dirigidas a proteção física e psicológica da ofendida, sendo assim, estas medidas trazem a garantir a proteção imediata a mulher em situação de violência, seja protegendo a vitima diretamente ou submetendo o agressor a determinado comportamento.

5. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

E SUAS CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

A violência doméstica ou familiar contra a mulher pode se apresentar de vários modos, desde marcas visíveis no corpo, caracterizando a violência física, até formas mais sutis, porém não menos importante a violência psicológica que traz grandes danos significativos à estrutura emocional da mulher. A violência doméstica contra a mulher é uma questão de saúde pública, pois, gera prejuízos nas esferas do desenvolvimento físico, cognitivo, social, moral, emocional ou afetivo. As manifestações físicas da violência podem ser agudas, e eternas.

Dentre os sintomas psicológicos encontrados nas vítimas de violência doméstica que podemos mencionar são: insônia, agitações, desatenção, irritabilidade, falta de apetite, e até o aparecimento de sérios problemas mentais como a depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos como tentativas de suicídio. A mulher desenvolve sentimento de insegurança a sua vida ocorrendo alterações psíquicas que surgem em função do trauma, juntamente ao estado de choque que é imediato após a agressão, sobre tudo a sua autoestima dela.

Muitas são as causas da não denúncia e a permanência da mulher junto ao agressor dentre eles estão: situação financeira, vergonha dos familiares e pessoas do convívio social, e o medo de reviver o trauma, e o constrangimento.

A figura do psicólogo é de suma importância para a ofendida, para seu restabelecimento psicológico e sua qualidade de vida pós-trauma, focando este tratamento em acolher, orientar, resgatar seus desejos e vontades que ficaram sufocadas com uma relação marcada pela violência.

CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa fica visível que muito deve ser feito para amenizar a violência doméstica e familiar, sendo um problema de intervenção onde todos os serviços estatais, polícia, justiça e saúde, e os que atuam nesses setores devem ser preparados para atender a vítima.

A lei Maria da Penha estimulou o avanço em mecanismo e punição da violência doméstica, fazendo valer os direitos da mulher, desconsiderando o homem como símbolo do poder familiar que exigia respeito e submissão. A violência contra a mulher que a lei apresenta constitui um grave problema que carece ser reconhecido e enfrentado, tanto pela sociedade como pelos órgãos governamentais, através da criação de políticas públicas que contemplem sua prevenção e combate, assim como o fortalecimento da rede de apoio à vítima.

Fica evidente que os motivos para violência são vários, os danos causados são imensuráveis e profundos. Não apenas os físicos, mas principalmente os de cunho psicológico. No aspecto de revisitar a si mesma, de refletir sobre a situação

em que vive ou que viveu e procurando dar um rumo novo é que se faz necessário o amparo psicológico para ser sentir novamente a mesma pessoa.

Enfim, o combate à violência contra mulher precisa ainda ser bastante trabalhado, tanto no que se refere à vítima, como também na reeducação do agressor, onde o papel destes profissionais das diferentes áreas é reestabelecer a vida da mulher recuperando sua dignidade e reagir frente à violência doméstica.

REFERÊNCIAS

A Atuação Direta do Psicólogo com Mulheres Vítimas de Violência Doméstica. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologiajuridica/aatuacaodiretadopsicologocommulheresvitasdeviolenciadomestica>>. Acesso em 14 nov 2016.

AZEVEDO, Maria Amélia. **Mulheres espancadas: a violência denunciada.** São Paulo: Cortez, 1985.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11340/06.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 05 dez 2016.

CAMPOS, Antonia Alessandra Sousa. **A lei Maria da Penha e sua efetividade.** 2008. Monografia de Conclusão de Curso (Pós Graduação) – Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2008.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do principio da isonomia. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

DEL PRIORE, **Mary**. **Histórias e Conversas de Mulher**. 1ª, ed, São Paulo: Planeta, 2013, p.9-10.

Do Direitos Fundamentais da Mulher. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/violencia-domestica-familiar-contramulher-lei-maria-.htm>> Acesso em 05 dez. 2016.

FONSECA, Paula M. da, SOUZA LUCAS, Taiane Nascimento. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação). Escola Bahiana para Desenvolvimento das Ciências. Salvador, 2006.

Medidas de Proteção. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-maria-da-penha-e-as-medidas-de-protecao-a-mulher,56058.html>>. Acesso 05 dez. 2016.

PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Princípio da Isonomia. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6169>. Acesso 05 dez. 2016.

Violência Doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas. Disponível em: <<http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>>. Acesso 05 dez. 2016).

MÍNIMO EXISTENCIAL SOCIOAMBIENTAL-LABORAL? O ALARGAMENTO DA CONCEPÇÃO DE MEIO AMBIENTE EM PROL DA SADIA QUALIDADE DE VIDA DO TRABALHADOR

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Inicialmente, o homem passou a integrar, de maneira plena, o meio ambiente no percurso para o desenvolvimento sustentável consagrado pela nova ordem ambiente mundial. Com efeito, consequência disto está alicerçada na consideração de que o meio ambiente do trabalho integra também o conceito abrangente de ambiente, de maneira que deve ser considerado como bem que reclama proteção dos diplomas normativos para eu o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida. Trata-se de concreção dos direitos do trabalhador o de ter minorado os riscos inerentes ao trabalho, por meio de ordenanças de saúde, higiene e segurança, demonstrando uma contemporânea posição em relação ao tema, de modo que as questões atinentes ao meio ambiente do trabalho ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, inundando toda a sociedade. O meio ambiente do trabalho, doutrinariamente reconhecido, é o local em que os indivíduos desempenham suas atividades laborais, independente dessas serem remuneradas ou não, cujo equilíbrio se encontra estruturado na salubridade do ambiente e na ausência de agentes que possam comprometer a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que apresentem. Neste sentido, o escopo do presente propõe um elastecimento do ideário de mínimo existencial socioambiental-laboral, passando a compreender um ambiente digno para o desenvolvimento do trabalhador.

Palavras-chaves: Mínimo Existencial Socioambiental-laboral. Segurança. Sadia Qualidade de Vida do Trabalhador.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica do Direito Ambiental; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Anotações ao Meio Ambiente do Trabalho; 4 Acepção do Vocábulo “Trabalho” em sede de Meio Ambiente; 5 Mínimo Existencial Socioambiental-Laboral? O Alargamento da Concepção de Meio Ambiente em prol da Sadia Qualidade de Vida do Trabalhador.

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 alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, 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 espreque 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 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 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, diante das situações concretas.

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, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, 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 Carta Política 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 do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

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].

Conforme assinala expressamente Paulo Bonavides, os direitos denominados de terceira dimensão “*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 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da aceção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro

Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprouve ao Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre

brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente

estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na hígidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração, consagrando, verdadeiramente, os primados de solidariedade intergeracional e transgeracional.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmago essencialmente econômico, notadamente

quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, 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. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: 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.

3 Anotações ao Meio Ambiente do Trabalho

Inicialmente, o homem passou a integrar, de maneira plena, o meio ambiente no percurso para o desenvolvimento sustentável consagrado pela nova ordem ambiente mundial. Com efeito, consequência disto está alicerçada na consideração de que o meio ambiente do trabalho integra também o conceito abrangente de ambiente, de maneira que deve ser considerado como bem que reclama proteção dos diplomas normativos para eu o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida. Trata-se de concreção dos direitos do trabalhador o de ter minorado os riscos inerentes ao trabalho, por meio de ordenanças de saúde, higiene e segurança, demonstrando uma contemporânea posição em relação ao tema, de modo que as questões atinentes ao meio ambiente do trabalho ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, inundando toda a sociedade.

O meio ambiente do trabalho, doutrinariamente reconhecido, é o local em que os indivíduos desempenham suas atividades laborais, independente dessas serem remuneradas ou não, cujo equilíbrio se encontra estruturado na salubridade do ambiente e na ausência de agentes que possam comprometer a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que apresentem. Ao lado disso, cuida salientar, com bastante ênfase, que, consoante as ponderações de Brollo[16], “o meio ambiente do trabalho configura o conjunto das condições de

produção nas quais a força de trabalho e o capital se transformam em mercadorias e benefícios”. Ao lado disso Fiorillo, com bastante pertinência, evidencia que “no tocante à matéria relativa ao meio ambiente do trabalho, continua ela a ser basicamente regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela Portaria n. 3.214/78, que aprova diversas normas regulamentadoras”[17], estabelecendo, via de consequência, normas que regem à segurança e medicina do trabalho.

Ora, salta aos olhos que o cerne da questão do aspecto em comento encontra arrimo na premissa que o ambiente laboral é o lugar em que o trabalhador passa considerável parte de sua existência e, portanto, a higidez daquele influencia, de maneira determinante a sadia qualidade da vida humana. Denota-se, desta sorte, que o meio ambiente laboral ambiciona garantir a sadia qualidade de vida, o qual se desdobra em saúde e segurança do trabalhador, sendo que o enfoque constitucional dispensado ao tema em testilha ostenta aspecto essencialmente preventivo, já que objetiva reduzir riscos à saúde e à segurança. *“Nesse caso, o ambiente do trabalho a ser preservado é aquele que não represente risco nem à saúde, nem à segurança do trabalhador e que, acima de tudo, assegure a sua dignidade”[18]*

Infere-se que a Carta da República de 1988, ao dispor acerca do meio-ambiente e seus distintos aspectos, adotou dois objetos diversos, a saber: um imediato consistente na manutenção da qualidade do meio-ambiente e de todos os plurais elementos que o constituem, e outro mediato que se manifesta na saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expressado, de maneira robusta, nas locuções *vida em todas as suas formas* e em *qualidade de vida*, consagrados nas redações do artigo 3º, inciso I, da Lei Nº. 6.938/1981[19] e artigo 225, *caput*, da Constituição Federal[20]. No mais, a acepção que deve envolver o meio ambiente laboral deve ser ampla e irrestrita, vez que alcança todo trabalhador, remunerada ou não, o qual detém proteção constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, sendo elemento indispensável à digna e sadia qualidade de vida.

No mais, o bem ambiental alcança a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da estruturação de instrumentos adequados referentes a condições de trabalho, higiene e medicina do trabalho. Incumbe, primeiramente, ao empregador a obrigação de salvaguardar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, promover a fiscalização carecida para materializar a incolumidade desse bem. Ora, como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica, não se pode olvidar que o

Texto Constitucional coloca em realce os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente, em sentido amplo e abrangente.

Não obstante a proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho, no plano internacional, o Brasil também é signatário da Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho, a qual adota medidas de proteção e prevenção, a fim de possibilitar a utilização do asbesto/amianto com segurança. Esta convenção impõe restrições ao uso do amianto e sugere a sua substituição por materiais que não causem danos à saúde. Trata-se de norma internacional, de recepção supralegal no ordenamento jurídico pátrio, aplicada a todas as atividades que exponham trabalhadores ao amianto no desempenho de suas tarefas. A título de *obiter dictum*, deve-se levar em conta que o meio ambiente laboral seguro e saudável bem como a preservação da integridade física do trabalhador são direitos que encontram amparo no próprio texto constitucional, passando, por extensão, a conformar a aplicação dos diplomas normativos, com o escopo de materializar tal proteção.

4 Acepção do Vocábulo “Trabalho” em sede de Meio Ambiente

Com o escopo de assimilar a proteção ambiental, em sede de meio ambiente laboral, insta questionar a acepção conceitual do vocábulo trabalho a ser adotado. Ora, sendo o meio ambiente sadio, tal como pontuado em momento pretérito, um direito impregnado de essência constitucional fundamental, sobreleva anotar que o conceito de trabalhador também deve ser perquirido no âmago do da Carta de Outubro de 1988. Nesta perspectiva de exposição, “*o ponto de partida a ser adotado é que a proteção ao meio ambiente do trabalho é distinta da proteção do direito do trabalho. Isso porque aquela tem por objeto jurídico a saúde e a segurança do trabalhador, a fim de que este possa desfrutar uma vida com qualidade*”^[21]. O escopo primordial, à luz do esposado, está assentado na busca de resguardar o trabalhador das formas de degradação e poluição de vida.

Em um segundo momento, patente se faz analisar que ocorre a valorização do trabalho humano, eis que é direito social estruturador da ordem econômica e financeira e um dos axiomas da República Federativa do Brasil. Entretanto, carecido se faz que o trabalho esteja relacionado a um aspecto econômico, já que deve ser passível de valoração social. Ora, o trabalho, no contexto ofertado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[22], assume

múltiplas facetas que, conquanto sejam distintas, mantêm um liame entre si, bem como complementam os objetivos e fundamentos arvorados, notadamente no sentido de garantir a todos uma existência digna num sistema em que haja justiça social. Desta feita, é verificável que o trabalho surge enquanto instrumento da tutela pessoal, indispensável à sobrevivência do homem em seu aspecto como indivíduo, tal como política a ser estruturada pelo Estado, em uma dimensão difusa e essencial aos escopos hasteados pelo Estado Democrático de Direito.

Ao lado disso, susta ponderar que não é possível, notadamente em decorrência dos influxos abrangentes derivados do tema em apreço, restringir a proteção ambiental do trabalho a relações de natureza exclusivamente empregatícia. “Quando se fala em relação de emprego está-se referindo àqueles vínculos em que o trabalho é subordinado”[23]. Nesta esteira, o que ganha relevo é a proteção ao meio ambiente no qual o trabalho humano é prestado, seja em que condição for. Ao lado do expendido, com o escopo de fortalecer as ponderações acima, é possível colacionar a manifestação do Tribunal Superior do Trabalho, em especial quando destacou que:

Compete à empresa o ônus da prova das boas condições ergonômicas de trabalho e/ou da existência de um meio ambiente laboral sadio, bem como é de incumbência da empregadora a implementação das regras de medicina e de segurança do trabalho, as quais, sendo mínimas, não excluem a observância de outras providências que se façam necessárias à redução e, preferencialmente, à eliminação dos riscos[24].

Além disso, não se pode olvidar que a omissão do empregador na adoção de medidas que visem à prevenção de acidentes pode provocar, de acordo com a gravidade ou repetição dos fatos, diversas consequências jurídicas, dentre as quais é possível destacar: a) nas relações individuais do trabalho, o direito do empregado de rescindir o contrato de trabalho por culpa do empregador; b) na seara criminal, as penas correspondentes; c) no âmbito civil, a responsabilidade indenizatória, tal como as decorrentes do seguro obrigatório contra acidentes de trabalho; d) multas administrativas e a interdição do estabelecimento ou equipamento. Consoante se infere, o empregador tem o dever de cumprir e de fazer cumprir o conjunto de normas de segurança e medicina do trabalho, instruir os seus empregados, por meio de ordens

de serviço no tocante aos procedimentos de condutas de segurança e precauções a observar com o fito de evitar acidentes do trabalho. Trata-se de concreção do dever geral de cautela, competindo ao empregador atuar com toda a diligência para evitar acidentes, bem como a manutenção do meio ambiente laboral propício ao trabalhador.

5 Mínimo Existencial Socioambiental-Laboral? O Alargamento da Concepção de Meio Ambiente em prol da Sadia Qualidade de Vida do Trabalhador

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. Trata-se, com efeito, do processo de reestruturação do Estado e juridificação de questões peculiares, estendendo a incidência do direito a questões florescidas na contemporaneidade, objetivando emprestar uma visão normativa ao tema, utilizando, como filtro de análise, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e sua densidade no ordenamento jurídico brasileiro. 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.

Tal como pontuado alhures, o Texto de 1988 garante a todos o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, o qual constitui bem de interesse geral de toda a coletividade, que deve defendê-lo e preservá-lo em proveito próprio e das futuras gerações (art. 225, *caput*). Por óbvio que nessa proteção também se inclui o meio ambiente do trabalho, conforme, inclusive, expresso na CF/88, art. 200, VIII. Nesse passo, sem prejuízo de outros direitos que visem a melhoria de sua condição social, o art. 7º, XXII da CF/88 assegura ao trabalhador a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". De modo a dar efetividade a essas diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, a legislação infraconstitucional atribui ao empregador o dever de: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhe sejam determinadas pelo órgão regional competente.

A Constituição Federal[25] dispensou ao meio ambiente do trabalho tutela imediata e mesmo mediata. Desta sorte, as eventuais lesões ou principalmente as ameaças à saúde de brasileiros e estrangeiros residentes no país passaram a reclamar atenção especial, notadamente em decorrência do tormentoso tema de competência jurisdicional judicial. “O art. 114 da Constituição Federal enfrenta o tema ao estabelecer competência à Justiça do Trabalho em decorrência de várias situações desenvolvidas no plano constitucional”[26]. Ora, salta aos olhos que nas hipóteses em que se objetiva o cumprimento da legislação trabalhista, em decorrência de situações que estejam a caracterizar lesão ou mesmo ameaça ao meio ambiente do trabalho, ofertados principalmente por empregadores, incumbe à Justiça do Trabalho apreciar eventual conflito de interesses atrelados à defesa da saúde, inserto em uma concepção que indica a tutela dos direitos materiais constitucionais metaindividuais. No que pertine à matéria, cuida trazer à colação entendimento jurisprudencial que sustentam as ponderações aventadas até o momento:

Ementa: Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Meio Ambiente do Trabalho. Justiça do Trabalho. Súmula N.º 736/STF. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 1. Consoante entendimento sedimentado desta Corte Superior, é da Justiça do Trabalho a competência para julgamento de demanda promovida pelo Parquet, na

qual se encontre em discussão o cumprimento, pelo empregador, de normas atinentes ao meio ambiente do trabalho (AgRg no REsp n.º 509.574/SP, DJe de 01/03/2010; REsp n.º 240.343/SP, DJe de 20/04/2009; e REsp n.º 697.132/SP, DJ de 29/03/2006). 2. Inarredável a aplicação à hipótese da inteligência do enunciado sumular n.º 736/STF, litteris: "Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores", sendo irrelevante, para tanto, decorrerem as obrigações daí resultantes de previsão expressa na legislação vigente ou resultarem concomitantemente de termo de ajustamento de conduta firmado entre o empregador e o Ministério Público Estadual. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ AgRg no REsp 1.116.923/PR/ Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS)/ Julgado em 21.10.2010/ Publicado no DJe em 05.11.2010).

Ementa: Recurso Especial. Ação Civil Pública. Segurança e Medicina do Trabalho. Ministério Público Estadual. Ministério Público do Trabalho. Legitimidade. 1. A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos. 2. A Lei Complementar n. 75/93, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade ad causam de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o parquet especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho. 3. Na hipótese de ação civil pública destinada a prevenir acidentes de trabalho promovida no ano de 1997, quando pacífico era o entendimento de que competia à Justiça estadual o

conhecimento e processamento do feito, a legitimidade ativa é do Ministério Público estadual. 4. Recurso especial não-conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/REsp 240.343/SP/ Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior/ Relator para o Acórdão: Ministro João Otávio de Noronha/ Julgado em 17.03.2009/ Publicado no DJe em 20.04.2009).

Neste sentido, diante de uma acepção ampliada da conotação que assume o meio ambiente laboral, pode-se afirmar que, contemporaneamente, o ideário de mínimo existencial socioambiental reclama ampliação, objetivando assegurar a sadia qualidade de vida e segurança do trabalhador. Neste aspecto, o mínimo existencial socioambiental-laboral passa a compor a rubrica indissociável de elementos imprescindíveis ao desenvolvimento humano do trabalho, estabelecendo um diálogo entre os ideários contidos no artigo 225, artigo 200, inciso VIII, e artigo 7º, todos da Constituição Federal de 1988, em uma interpretação norteadas pelo princípio da unidade da constituição. Assim, é possível afirmar que o feixe axiológico advindo da locução proposta objetiva assegurar a consolidação da dignidade da pessoa humana, a partir de elementos indissociáveis do ambiente em que o trabalhador desempenha suas atividades e, com isso, imprimir ao local de trabalho o *locus* de desenvolvimento humano.

É imprescindível rememorar que, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, arrolados nos incisos do artigo 7º da Constituição Cidadã, sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social, destaca-se o inciso XXVIII, que prevê o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem prejuízo da indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. A responsabilidade por dano patrimonial e moral trabalhista é fundamentalmente subjetiva, inspirando-se na ideia de culpa. Excepcionalmente, a responsabilidade será objetiva, esteada na teoria do risco, segundo a qual aquele que com sua atividade cria um risco de dano para terceiros deve repará-lo, ainda que o seu comportamento seja isento de culpa. Denota-se, portanto, a partir das ponderações coligidas até o momento, que o meio ambiente laboral, a partir de uma interpretação jurisprudencial dos dispositivos 225 e 200, inciso VIII, ambos do Texto Maior de 1988, substancializam verdadeiro direito fundamental e que dialoga, diretamente, com o rol do artigo 7º daquele, porquanto, de maneira robusta, salvaguarda o trabalhador, assegurando-o um ambiente apto e imprescindível para a

execução de suas atividades, colocando sob proteção, principalmente, saúde e integridade física, diretamente ameaçados por um ambiente danoso.

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 26 fev. 2017.

_____. **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 26 fev. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

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 26 fev. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

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.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 fev. 2017.

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 26 fev. 2017.

[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 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

[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 26 fev. 2017.

[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 26 fev. 2017.

[7] *Idem*. **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 26 fev. 2017.

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

[9] BRASIL. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 fev. 2017.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de

Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 mar. 2013: “*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 Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017.

[16] BROLLO, 2006, p. 17.

[17] FIORILLO, 2012, p. 614.

[18] BROLLO, 2006, p. 17.

[19] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 fev. 2017.

[20] *Idem*. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

[21] FIORILLO, 2012, p. 614.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2017..

[23] FIORILLO, 2012, p. 615.

[24] BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista Nº 3500-44.2007.5.15.0145. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Princípio da tripartição de poderes. Prequestionamento. Ausência. O Tribunal de origem não analisou a questão à luz do art. 2º da Carta Magna, tampouco cuidou a reclamada de provocar a respectiva manifestação nos embargos de declaração opostos. Aplicação da Súmula 297/TST, face à ausência do necessário prequestionamento. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Julgado em 20.02.2013. Publicado no DEJT em 01.03.2013. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em 26 fev. 2017..

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2017..

[26] FIORILLO, 2012, p. 620.

A GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO E A QUESTÃO DA REMUNERAÇÃO NOS DIAS DE PARALISAÇÃO

RAIMUNDO GOMES DE ALMEIDA NETO:
Advogado, Pós Graduado em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade de Ananguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Este artigo objetiva explicar a questão da ausência de direito ao pagamento da remuneração dos servidores públicos que aderem à greve no serviço público, sobretudo sob a luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Demonstrar-se-á os fundamentos normativos que embasam esse entendimento jurisprudencial.

Palavras-chave: Greve. Serviço Público. Remuneração. Jurisprudência.

ABSTRACT: This article aims to explain the lack of entitlement to pay civil servants who join the strike in the public service, especially in light of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. The normative foundations that support this jurisprudential understanding will be demonstrated.

Keywords: Strike. Public service. Remuneration. Jurisprudence.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 direito de greve no serviço público; 3. O direito à remuneração nos dias de paralisação e a jurisprudência. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há muito se discute no meio acadêmico e jurisprudencial acerca do direito dos servidores públicos de perceber remunerações durante o período de paralisação grevista. Algumas vezes se levantaram contrariamente, por vislumbrar ofensa a princípios de direito público, sobretudo em razão da indisponibilidade do interesse público, incompatível com o pagamento sem a correspondente prestação de serviço. Outros apontavam que nem no direito privado trabalhista havia pagamento de remuneração, e com maior razão pudesse ser no direito público, face à origem pública dos recursos.

Em sentido contrário, alguns defendiam a manutenção da remuneração, sob pena de ofender a livre iniciativa grevista, já que enfraqueceria o movimento e pressionava os trabalhadores. Esses entendiam que interromper a remuneração seria negar o direito de greve, como uma sanção.

Recentemente, os STF e o STJ alinharam suas jurisprudências e pacificaram a questão, na forma como se apresentará a seguir.

2. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal assegura o direito de greve aos trabalhadores privados assim como aos servidores públicos. Veja-se os dispositivos constitucionais:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Conforme se extrai do texto constitucional, o exercício do direito de greve pelos servidores públicos deve ser regulado por “lei específica”. Embora tenha surgido alguma divergência sobre a amplitude da lei, se editada por cada ente político ou se se trata de Lei nacional, há certo consenso sobre a natureza dessa lei, conforme o entendimento exposto a seguir por José dos Santos Carvalho Filho:

“A despeito do entendimento de alguns estudiosos de que a lei específica deve emanar de cada ente federativo responsável pela regulamentação do dispositivo constitucional, sob o argumento de que a matéria seria de direito administrativo, parece-nos, ao contrário, que a lei deve ser *federal*, aplicável a todas as pessoas políticas. Trata-se de dispositivo situado no capítulo da “Administração Pública”, cujas regras formam o estatuto funcional genérico e que, por isso mesmo, têm incidência em todas as esferas federativas. À lei federal caberá enunciar, de modo uniforme, os termos e condições para o exercício do direito de greve, constituindo-se como parâmetro para toda a Administração”.[\[1\]](#)

Ocorre que, além de o STF ter decidido que o art. 37, VII, da CF seja de eficácia limitada, ou seja, dependa da edição de lei para produzir seus efeitos, não há lei específica que trate do assunto.

Em outro giro, frise-se a existência de Lei sobre a matéria, entretanto, aplicável tão somente aos trabalhadores da iniciativa privada, não se estendendo, a princípio, aos servidores públicos, já que a Constituição Federal exige lei específica.

Para suprir de forma temporária essa lacuna legislativa e possibilitar o exercício de direito de tamanha envergadura, até que sobrevenha a legislação específica, o STF, no julgamento dos mandados de injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, determinou a aplicação analógica da Lei nº 7.783/89 à greve dos servidores públicos, dando caráter *erga omnes* a essa decisão. Assim, a Lei Geral de Greve passou a reger, no que couber, o movimento paredista no serviço público. Veja-se a Ementa:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE

COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. **MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989.** 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011). (**grifos nossos**).

Nesses julgados, o STF definiu as balizas gerais para a aplicação analógica da Lei Geral de Greve. Inicialmente, deve haver prévia tentativa de negociação com a Administração, conforme artigo (Art. 3º). Frustrada a negociação, a deflagração da greve deve partir de decisão assemblear (Art. 4º), sendo indispensável a notificação com 72 horas de antecedência, pois o serviço público é, por sua natureza, essencial, pelo que reclama aplicação do artigo 13 da Lei. Nesse ponto, imperioso registrar que o STF pacificou entendimento no sentido de que o rol desse artigo é meramente exemplificativo, isso porque o artigo 10 da Lei não prevê, por exemplo, educação e outros serviços de prestação direta pelo Estado.

Além disso, a categoria deve garantir a manutenção da continuidade dos serviços por meio de quantidade mínima de servidores em atividade, sob pena de se caracterizar como ilegal, com fundamento no artigo 9º da

Lei. A legislação não estabelece um percentual mínimo para que haja a manutenção do serviço, ficando a cargo da Jurisprudência estabelecer tais limitações, sob à luz da proporcionalidade e razoabilidade. A depender da atividade a jurisprudência determina a manutenção em percentuais elevados, como num caso julgado, em que o TST determinou que a greve dos trabalhadores ferroviários de São Paulo deveria manter 90% das atividades nos horários de maior movimento e 70% no restante do dia. Por fim, deve o movimento observar também o artigo 6º da Lei Geral de Greve que proíbe o caráter agressivo da greve.

Vale ressaltar, ainda, que a jurisprudência do STF não admite a greve de algumas categorias: (I) militares, já que a Constituição não lhes estendeu tal direito; (II) grupo armado, como a Polícia Civil, pelo mesmo espírito que animou o constituinte a proibir a greve aos militares, qual seja evitar o risco a paz social.

3. O DIREITO À REMUNERAÇÃO NOS DIAS DE PARALISAÇÃO E À JURISPRUDÊNCIA.

Em recentes julgados, STJ e STF demonstraram o alinhamento quanto à questão do direito à remuneração dos servidores pelos dias de paralisação. Ambos os tribunais decidiram pela inexistência desse direito como corolário natural do exercício do direito de greve.

As Cortes lançaram mão do mesmo raciocínio aplicado aos trabalhadores privados, que não fazem *jus* à remuneração nesse período. No direito do trabalho, a greve é causa de suspensão do contrato de trabalho, conforme artigo 7º, da Lei nº 7.783/1989.

Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de

trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

Sobre os efeitos da suspensão do contrato de trabalho, veja-se as palavras de Maurício Godinho Delgado:

“A figura celetista em exame traduz a sustação da execução do contrato, em suas diversas cláusulas, permanecendo, contudo, em vigor o pacto. Corresponde à sustação ampla e bilateral de efeitos do contrato empregatício, que preserva, porém, sua vigência.

Em princípio, praticamente todas as cláusulas contratuais não se aplicam durante a suspeição: não se presta serviço, não se paga salário, não se computa tempo de serviço, não se produzem recolhimentos vinculados ao contrato, etc. No período suspensivo, empregado e empregador têm, desse modo, a ampla maioria de suas respectivas prestações contratuais sem eficácia”^[2].

Assim sendo, STF e STJ entendem ser decorrência natural do exercício do direito de greve o não pagamento da remuneração, paralelamente ao que acontece no direito do trabalho com a suspensão do contrato, notadamente porque, no serviço público, incide o princípio da indisponibilidade do interesse público. Pagar a remuneração sem a contraprestação devida seria dispor indevidamente do interesse público, já que inexistente autorização legal para tanto. Sendo o povo o titular do interesse público, apenas ele, por intermédio dos seus representantes, quando da produção das leis, pode autorizar a disposição do interesse público. O Administrador Público gere o bem de terceiro e, por isso mesmo, não pode dispor do interesse desse último sem sua autorização. Nesse mesmo sentido são as palavras de Matheus Carvalho:

“Este princípio define os limites da atuação administrativa e decorre do fato de que a impossibilidade de abrir mão do interesse público deve estabelecer ao administrador os seus critérios de conduta.

(...)

Dessa forma, cumpre ressaltar que ao administrador não pertencem os bens da administração, ou seja, ele não é o titular do interesse público, portanto não tem livre atuação, fazendo-o, em verdade, em nome de terceiros.

(...)

Ademais, pode-se entender que o princípio da legalidade é corolário da regra de indisponibilidade do interesse público. Afinal, a lógica é que o administrador não pode atuar de forma a dispor do interesse público e, portanto, sua atuação fica dependendo da autorização do titular do interesse público (que é o povo), responsável pela elaboração das leis, por meio de seus representantes legitimamente escolhidos. Sem embargos, a autorização legal configura a manifestação da vontade popular no sentido de que é possível ao administrador praticar uma determinada conduta, sem que isso configure disposição dos direitos da coletividade”[3].

Em outro giro, o STF apontou que o direito de greve não é absoluto e tem consequências. Do mesmo modo que a coletividade deve suportar os ônus do movimento paredista, notadamente pela diminuição da oferta e qualidade dos serviços públicos, aos grevistas também há ônus pela paralisação. Assim, essa limitação também serve para evitar greves temerárias ou abusivas.

O Pretório Excelso salientou, contudo, que o não pagamento das remunerações não significa sanção, pois a greve não é um ato ilícito. Por essa razão, o não pagamento das remunerações independe da declaração de ilegalidade da greve.

Por fim, é de se notar que o STF excetuou à regra do não pagamento das remunerações no período de greve em caso de a sua deflagração se motivar por fato da administração. Assim, em caso como descumprimento pela administração de acordo anteriormente celebrado, não pode haver interrupção do pagamento das remunerações.

Por todo o exposto, veja-se decisão abaixo.

“A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público. (...) O Tribunal assentou que: a) a deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra geral, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga; e b) somente não haverá desconto se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou se houver outras circunstâncias excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho. Consideram-se assim aquelas circunstâncias em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos. (...) Na parte conhecida, rememorou entendimento jurisprudencial pela legalidade dos descontos remuneratórios alusivos aos dias de paralisação, a exemplo do que fixado no MI 708/DF (DJEde 30-10-2008). Frisou inexistir legislação específica acerca do direito de greve no setor público, razão pela qual, quando o tema alcança o Supremo Tribunal Federal, tem-se decidido pela aplicação da regra atinente ao setor privado. [\[RE 693.456](#), rel. min. **Dias Toffoli**, j. 27-10-2016, P, [Informativo 845](#), com repercussão geral.]”

Imperioso registrar, ainda, que o Pretório Excelso se manifestou no sentido de que nada impede que lei específica autorize o pagamento das remunerações no período de paralisação grevista, porque, nesse caso, haverá autorização pelo titular do interesse público, conforme dito em linhas

anteriores. Como visto, o STF permitiu que haja compensação futura da jornada como forma de evitar o desconto salarial.

Em outro giro, o Superior Tribunal de Justiça firmou relevante entendimento acerca do tema. Segundo esse Tribunal, o desconto não pode ser de uma única vez, caso o servidor requeira seja parcelado, valendo-se para tanto do artigo 46, *caput*, e §1º, da Lei 8.112/90, aplicável, nesse caso, inclusive aos servidores estaduais e municipais, já que encontra respaldo constitucional no princípio da razoabilidade. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GREVE. DESCONTO DOS DIAS PARADOS. POSSIBILIDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E INTIMAÇÃO PESSOAL PARA REALIZAR O DESCONTO. DESNECESSIDADE. PARCELAMENTO DA REPOSIÇÃO. ART. 46, § 1º, LEI N. 8.112/90. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PEDIDO DO INTERESSADO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade do desconto dos dias parados e não compensados, provenientes do exercício do direito de greve, em parcela única sobre a remuneração do servidor público.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que é lícito o desconto dos dias não trabalhados em decorrência de movimento paredista. Precedentes: AgInt no AREsp 780.209/SC, Rel.

Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/5/2016, DJe 2/06/2016; EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1497127/SC, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe

25/5/2016; AgRg no REsp 1377047/RN, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO), Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016.

3. Prescinde de prévio processo administrativo o desconto realizado no salário de servidores públicos referente a dias não trabalhados em decorrência de greve. Precedentes.

4. Não há que se falar em necessidade de intimação pessoal para realizar a reposição dos dias parados por conta do exercício do direito de greve, quando há comprovação de que o próprio servidor público faz a opção pela compensação dos referidos dias em regime de mutirão.

5. Falta razoabilidade e é contra legem normativo administrativo que impede o parcelamento em conformidade com a lei, por aplicação analógica do art 46, caput e § 1º, da Lei n. 8.112/90, a pedido do interessado, dos valores a serem restituídos à Administração Pública relativos ao desconto dos dias parados em razão do movimento paredista.

6. Recurso em mandado de segurança parcialmente provido.

(RMS 49.339/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 20/10/2016)

5. CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, vê-se que a jurisprudência pátria, diante da absoluta omissão legislativa, cuidou em garantir o exercício efetivo do direito de greve aos servidores públicos e definiu as diretrizes necessárias para a segurança jurídica por parte dos servidores e da própria Administração Pública.

Entretanto, como não há direito absoluto, essa mesma jurisprudência entende o desconto salarial pelos dias não trabalhados como um dever do administrador, em respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público e a partir de uma aplicação analógica do regime trabalhista.

Assim sendo, vê-se que esse desconto, ainda que não se configure como sanção, mesmo porque a greve é um direito e não um ilícito, equilibra a iniciativa grevista impede o cometimento de abusos e reparte os ônus do exercício desse direito.

6. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 59/61.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª Ed. São Paulo: LTr., 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JR. José Cairo. **Curso de direito do trabalho**. 9ª Ed. Salvador: Jus podvim, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. pg.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTAS:

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 751.

[2] DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14ª Ed. São Paulo: LTr,, 2015. p. 1149.

[3] CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 59/61.

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

RAUL CESAR JUNGES CARVALHO: formado na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, ex-servidor público do Instituto Nacional de Serviço Social - INSS.

Resumo: O presente trabalho visa esclarecer/identificar os princípios constitucionais aplicados à seguridade social, bem como à previdência social, a fim de permitir que o intérprete do direito, atuante na área previdenciária, possa aplicá-los da forma mais coerente e sistêmica possível dentro do nosso ordenamento jurídico. Diante da força normativa atribuída à Constituição Federal faz mister entender e saber aplicar seus princípios, uma vez que em diversas situações concretas a única forma de solução é através da interpretação principiológica.

Palavras-chaves: princípios; seguridade social; previdência social.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos Princípios aplicados a seguridade social. 2.1 Da seguridade social. 2.2 Da previdência social. 2.3 Dos princípios constitucionais específicos da seguridade social. 2.4 Da definição do princípio da solidariedade no estado brasileiro. 2.5 Dos princípios específicos da previdência social. 3 Conclusão. 4 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento, analisaremos a seguridade social e suas ramificações, a saber, assistência social, saúde, e previdência social. Passando, então, aos princípios constitucionais norteadores da seguridade social, bem como aos aplicados a previdência social, objeto de maior relevância no presente trabalho. Através destes, será possibilitada a visualização e o entendimento da sistemática envolvendo nosso ordenamento jurídico.

Os princípios foram elevados à espécie de norma jurídica ao lado das regras, bem como muitos deles foram elevados à categoria de princípios constitucionais. Sendo assim, exercem enorme influência no ordenamento jurídico.

O princípio impõe qual é o estado das coisas que você deseja alcançar, ou seja, busca um objetivo a ser atingido. Sendo assim, em muitas situações concretas, o intérprete somente conseguirá solucionar a lide através da aplicação dos princípios.

Ademais, diante da força normativa atribuída à Constituição Federal, as normas jurídicas infraconstitucionais devem ser interpretadas sempre mantendo o respaldo constitucional, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Nesse sentido, resta imprescindível o entendimento e domínio dos princípios constitucionais aplicados a seguridade social, bem como a previdência social, visando uma melhor forma de solucionar possíveis conflitos sem incorrer em ofensa a Carta Magna.

2 DOS PRINCÍPIOS APLICADOS A SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Da seguridade social

O conceito *seguridade social* foi implantado com a constituição de 1988, determinando-se como as iniciativas do Poder Público junto com a sociedade, cada qual fornecendo recursos dentro de sua capacidade contributiva, para alcançar melhorias na condição de vida da população brasileira através das áreas da saúde, assistência social e previdência social. Parte da doutrina entende^[1] que o conceito de seguridade social está disposto no artigo 194, *caput*, da Constituição Federal: *a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*

Por sua vez, o autor Wladimir Novaes Martinez sustenta que:

A seguridade social é técnica de proteção social, custeada solidariamente por toda a sociedade segundo o potencial de cada um, propiciando universalmente a todos o bem-estar das ações de saúde e dos serviços assistenciais em nível mutável, conforme a realidade socioeconômica, e os das prestações previdenciárias^[2].

A seguridade social foi regulamentada pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91 acerca da Previdência Social, pela Lei 8.080/90 regulamentadora da Saúde, e pela Lei 8.742/93 disciplinadora da Assistência Social.

A assistência social compõe a seguridade social com o objetivo de preencher as lacunas deixadas pela previdência social, atingindo os cidadãos que ficam dela excluídos. A previdência seria um emaranhado de redes protetivas que captam determinados riscos sociais preestabelecidos, bem como a assistência, nessa visão, seria a última rede protetiva para o cidadão que restou desprotegido.

Nesse sentido é a lição de Fabio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciado a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.[3]

Ademais, a assistência social é vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, especificamente à Secretaria de Estado de Assistência Social.

A saúde é um sistema isento de contribuição, ou seja, é de livre acesso a toda população independentemente de realizar o recolhimento de contribuições previdenciárias, que visa manter a higidez física e psicológica da população.[4] Não obstante, o Sistema Único de Saúde é responsável pela saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, podendo aquele ter seu exercício complementado pela iniciativa privada[5].

Dessa forma, hipoteticamente, se considerarmos a seguridade social um átomo, os prótons seriam a previdência social, enquanto a saúde e a assistência social seriam os elétrons que ficam ao redor do átomo complementando a sua perfeita formação.

2.2 Da previdência social

A previdência social é técnica criada por homens reunidos em sociedade para substituir os meios habituais de subsistência, quando da ocorrência de eventos obstaculizadores da aquisição desses meios.^[6] Diversamente das demais áreas da seguridade social, saúde e assistência social, a previdência social é um sistema contributivo, devendo o segurado contribuir para possuir direito aos benefícios e serviços pleiteados.

O autor Fábio Zambitte Ibrahim afirma que “a natureza da Previdência Social é institucional ou estatutária, já que o Estado, por meio de lei, utiliza seu poder de império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário”.^[7]

A previdência oferece benefícios em pecúnia ou em serviços. Os benefícios são preestabelecidos para proteger determinados riscos sociais que atingem os segurados, tais como, velhice, acidentes, maternidade, doenças. Cada um desses riscos possui uma espécie de benefício, por exemplo, a aposentadoria por idade protege o segurado que já atingiu uma determinada idade e não está mais apto para o serviço, devendo a previdência sustentá-lo durante a velhice.

Dentro da previdência social podemos encontrar 3 (três) tipos de regimes previdenciários:

a) Regime Geral de Previdência Social – RGPS, destinado aos trabalhadores da iniciativa privada e administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social;

b) Regime Próprio da Previdência Social - RPPS, utilizados pelos servidores públicos de cargos efetivos e militares, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) Regime Previdenciário Complementar – RPC, o qual possui caráter complementar aos dois regime públicos anteriores e natureza privada ou pública, podendo ser aderido por qualquer cidadão.

Ressalta-se que os princípios gerais da previdência social são aplicados apenas para o Regime Geral de Previdência Social e Regime Próprio de Previdência Social, uma vez que o Regime Previdenciário Complementar é regido por princípios próprios.

Atualmente, a Previdência Social mantém cerca de 32,5 milhões de benefícios ativos em cadastro, dos quais 83,8% são previdenciários, 2,6% acidentários e 13,5% assistenciais.[\[8\]](#)

2.3 Dos princípios constitucionais específicos da seguridade social

No direito brasileiro, existem várias concepções acerca do propósito dos princípios. Dentre estas, destacamos a do doutrinador Wladimir Novaes Martinez, que aduz, “juridicamente, princípio é preceito, regra elementar – elementar comparecendo no sentido de profundidade e não de superficialidade – requisito primordial de Direito, alicerce. Sinônimo de postulado e preceito, verdade praticamente indemonstrável”.[\[9\]](#) O referido autor através do objetivo dos princípios consegue atingir o verdadeiro conceito de princípio. Vejamos:

Basicamente, os princípios têm duplo papel: inspirar e orientar a construção do ordenamento jurídico e, durante a construção ou depois dela, colaborar na sua aplicação, limitadamente, nas hipóteses de integração e de interpretação. Nessas últimas ideias, são formas praticamente consagradas. [...] De todas essas ponderações, resultam os princípios serem diretrizes fundamentais ou básicas, norteadoras da criação e da aplicação do Direito Previdenciário, auxiliares na sua feitura, integração e interpretação.[\[10\]](#)

O ordenamento jurídico é regido por princípios gerais e princípios específicos. Os gerais estão aplicados a toda a ciência do Direito, tais como, ampla defesa, contraditório, legalidade, direito adquirido, igualdade, etc. Os princípios específicos regem determinadas áreas do direito.

Na seara do direito previdenciário, o artigo 194, § único, da Constituição Federal, discrimina os objetivos perseguidos pela seguridade social, os quais podem ser entendidos como os princípios específicos, uma vez que fornecem as diretrizes básicas a seguidas pelas políticas de saúde, assistência social e previdência social, *in verbis*:

Artigo 194. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O *princípio da universalidade da cobertura e do atendimento* consiste no fato de todas as pessoas residentes no Brasil, nacionais ou estrangeiros, sejam passíveis de atendimento junto à seguridade social. Este princípio possui dois objetivos; o primeiro diz respeito à cobertura, denominada de universalidade objetiva; e o segundo refere-se ao atendimento, designado de universalidade subjetiva.

De acordo com o entendimento da autora Simone Barbisan Fortes:

Na prática, sob os auspícios do princípio da universalidade, cada vez maiores garantias protetivas são demandadas e, por outro lado, que mais grupos e/ou classes sociais clamam por proteção. De fato, a ampliação da rede de proteção tem sido buscada para muito além do patamar mínimo, de forma a garantir os cidadãos contra a ocorrência de um rol cada vez mais abrangente de riscos sociais (universalidade da cobertura). E, na ordem do dia, colocam-se candentes questões, como a proteção de grupos numericamente minoritários, como as classes médias, ou os trabalhadores rurais (universalidade de atendimento).^[11]

A universalidade objetiva visa proteger o maior número de contingências da sociedade, a saber, a velhice, invalidez, doenças. Enquanto a universalidade subjetiva busca abranger o maior de número de cidadãos cobertos pelo sistema previdenciário.

Dessa forma, explica o autor Wagner Balera:

O princípio da universalidade tem, pois, duas vertentes. A primeira refere-se à universalidade da cobertura, querendo significar que a Previdência Social deveria cobrir todos os riscos sociais que poderiam atingir os trabalhadores que vivem em sociedade, operando, portanto, mediante implemento de prestações. A segunda, universalidade do atendimento, diz respeito aos titulares do direito à proteção social, determinando que todos os trabalhadores deveriam ser atendidos pelo sistema.”[\[12\]](#)

Ressalta-se que a universalidade de cobertura e atendimento deve sofrer o contrapeso de outros princípios, uma vez que um país que anula qualquer forma de contingência sofrerá com a falta de ambição do povo, o qual teria seu estímulo de acúmulo de riqueza diminuído, ocasionando uma baixa competitividade no mercado econômico, fatores que gerariam uma inversão de valores sociais e morais.[\[13\]](#)

O *princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais* veio para corrigir uma sequele social, onde os trabalhadores rurais possuíam menor proteção social frente aos urbanos, com o objetivo de estender aos residentes no campo a mesma amplitude de proteção historicamente conferida aos domiciliados em áreas urbanas[\[14\]](#). Exemplo disso é a Lei Eloy Charles, criada em 24 de janeiro de 1923, a qual implantou a Previdência dos trabalhadores urbanos, ao passo que a proteção previdenciária dos trabalhadores rurais iniciou-se apenas com o Estatuto do Trabalhador Rural, criado em 02 de março de 1963, ganhando maior importância somente na década de 70 com o Pró-Rural, ou seja, 40 anos após a previdência urbana.

De acordo com os dados estatísticos da previdência social, no ano de 2010, os benefícios concedidos à clientela urbana atingiram 71,4% e os concedidos à clientela rural somaram 28,6% do total, demonstrando a

grande discrepância social ainda existente entre as diferentes populações.^[15]

A diversidade de riscos sociais enfrentados pela população não possui limites, porém a condição econômica do Estado possui limites. Dessa forma, é necessário que o legislador escolha como empregará os recursos financeiros disponíveis da nação para o combate dos selecionados riscos. Nisto, consiste o *princípio da seletividade*.

Na lição de Wladimir Novaes Martinez:

Por seleção de prestações, entende-se a escolha, por parte do legislador, de um plano de benefícios compatível com a força econômico-financeira do sistema nos das necessidades do indivíduo. Obviamente, elegendo-se a distinção entre riscos programáveis e não programáveis, privilegiando as incapacidades em comparação a outras contingências protegíveis.^[16]

Dessa forma, enquanto o princípio da seletividade determina quais contingências prioritárias serão combatidas, o princípio da universalidade de atendimento e cobertura procura atender todos que estejam enquadrados nos requisitos estabelecidos pelo legislador, havendo uma harmonização entre os referidos princípios.

O *princípio da distributividade* busca melhorar a distribuição de renda da população, para atingir os objetivos traçados na constituição, como a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Este princípio possui maior relevância nas políticas de assistência social^[17], sendo pouco visualizado na previdência social, a qual possui como maior características a contributividade.

De acordo com Wladimir Novaes Martinez:

Quer dizer a necessidade de, no bojo da previdência social (em que estão presentes duas forças sociais de grande realce, a solidariedade e a distribuição de rendas), na elaboração do Plano de Benefícios, serem concebidos direitos em maior número e qualidade a favor dos mais necessitados.^[18]

O *princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios* possui grande relevância na vida do aposentado ou segurado. Deve-se entender essa

irredutibilidade sob o valor real do benefício, ou seja, devem ser corrigidos, na forma da lei, para preservação de seu valor real, não podendo ter seu valor depreciado, em razão de questões de ordem monetária, pois objetivam a manutenção do segurado e seus dependentes.^[19] Dessa forma, conforme o artigo 201, § 4º, da Constituição Federal, *in verbis*: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”.

Na visão de Wladimir Novaes Martinez, este princípio possui, no mínimo, dois significados: 1) os benefícios não podem ser onerados; 2) devem manter o poder aquisitivo do valor original, por meio de parâmetro a ser definido segundo a lei ordinária e com vistas às circunstâncias de cada momento histórico.^[20]

O objetivo da Constituição ao eleger a qualidade de *princípio à equidade na forma de participação no custeio* é dividir entre a sociedade, sem sobrecarregar alguns indevidamente, nem amenizar outros, o financiamento da seguridade social. Este princípio está intimamente ligado aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia: sendo exigido de quem possui melhores condições econômicas que contribua com mais recursos para o custeio do sistema, porém sem impor uma carga desproporcional.

Acerca do referido entendimento, nas palavras de Marcelo Leonardo Tavares:

A equidade na forma de participação no custeio é decorrência do princípio geral da isonomia. Não significa que todos os contribuintes do sistema de seguridade pagarem tributo da mesma forma, mas sim que deve haver igualdade de cobrança quando os financiadores se encontrarem sob a mesma situação fática. [...] E, mesmo dentro de cada um dos subsistemas de contribuintes, poderá haver reconhecimento jurídico de diversidade fática, com a estipulação de carga tributária variada.^[21]

O *princípio da diversidade de base de financiamento* procura expandir o universo captador de contribuições para arcar com o ônus das políticas da seguridade social. Isso acaba proporcionando uma maior segurança financeira e atuarial ao sistema, o qual se torna mais sólido, ou seja, menos

frágil a oscilações setoriais ou sazonais na arrecadação de contribuições. O princípio significa que o legislador ordinário deve buscar múltiplas fontes de custeio, obviamente diferenciadas, compromissadas tão somente com a técnica protetiva. [\[22\]](#)

O artigo 195, incisos I a IV, da Constituição Federal, é a especificação prática do princípio da diversidade da base de financiamento, pois elenca diversas áreas onde incidirão a arrecadação da seguridade social.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O princípio do caráter democrático e descentralização da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, visa efetivar o estado democrático de direito em que vivemos, possibilitando que todos os interessados e atingidos pelas políticas sociais possuam participação nas decisões que direcionam o rumo da sociedade. [\[23\]](#)

Apesar de não disposto no artigo 194, § único, da Constituição Federal, não menos importante, temos o *princípio da preexistência de custeio* em relação ao benefício ou serviço, o qual está positivado no artigo 195, § 5º, da Carta Magna, *in verbis: Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

O princípio da preexistência de custeio é direcionado aos administradores e legisladores com o objetivo de evitar a criação de benefícios sem a prévia indicação da fonte de recursos que irão custear o referido benefício. Com isso, aumentamos a segurança financeira e atuarial da nossa seguridade social com uma simples regra de economia familiar: não podemos gastar mais do que ganhamos, bem como não podemos assumir compromissos financeiros sem uma fonte de renda confiável para suportá-los. Nesse sentido, a lição de Sérgio Pinto Martins:

[...] o caixa da Seguridade Social só pode pagar o benefício se tiver dinheiro para tanto. Assim, é preciso que antes ingresse o numerário por meio de custeio para depois sair o numerário na forma de benefício. Não é possível pagar um valor sem tê-lo em caixa, ou melhor dizendo: gastar além do que se recebe. É uma regra aplicada em qualquer comércio e até mesmo na economia doméstica, que deve também ser respeitada na Seguridade Social.^[24]

Além dos princípios contidos no capítulo constitucional da Seguridade Social, encontramos no artigo 40, Constituição Federal, o princípio da solidariedade, o qual é respeitado como o princípio de maior relevância da Seguridade Social, uma vez que representa a base e o fundamento de sua existência.

2.4 Da definição do princípio da solidariedade no estado brasileiro

A Constituição Federal em seu artigo 3º, inciso I, insculpiu como objetivo da República a construção de uma sociedade solidária. Ocorre que o conceito de solidariedade^[25] pode ser entendido sob diversos ângulos. Por exemplo, existem pessoas que ajudam os necessitados economicamente visando uma atitude

altruísta, por outro lado, outras ajudam pensando que um dia podem estar na situação daquele e serão ajudados.

Na seara da seguridade social, definimos o princípio da solidariedade através da lição de Wladimir Novaes Martinez:

O princípio da solidariedade social significa a contribuição pecuniária de uns em favor de outros beneficiários, no espaço e no tempo, conforme a capacidade contributiva dos diferentes níveis da clientela de protegidos, de oferecerem e a necessidade de receberem.[\[26\]](#)

O princípio da solidariedade possui algumas características marcantes. Primeiramente, visualizamos o objetivo da redistribuição de renda entre a população. Nesse ponto, há forte relação com o princípio da capacidade contributiva, fulcro no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, a qual dispõe que aquele que possui melhores condições econômicas deverá contribuir com mais recursos do que terceiros com capacidade econômica debilitada.

Ocorre que mesmo se tivéssemos uma distribuição de renda perfeita no Brasil, os imprevistos sociais ainda abalariam a população. Exemplificando: se todos os cidadãos possuísem as mesmas condições financeiras, quando um evento danoso assolasse determinados grupos de pessoas, repercutindo em sua economia familiar, iria debilitá-los frente aos demais cidadãos. É nesse momento que surge a segunda característica do princípio da solidariedade que é o mutualismo. A partir desse a população irá dividir o risco de um sinistro entre a toda a população.

Conforme Danê Dal Bianco

Nesse enfoque, o princípio da solidariedade diz respeito à diluição de determinados riscos sociais entre uma coletividade, riscos estes escolhidos pelo Estado com base em critérios sociais, ou seja, riscos que se fossem deixados descobertos poderiam gerar problemas sociais graves, em prejuízo de toda a coletividade. Há um interesse de toda a comunidade para que, por exemplo, crianças e adolescentes cujo pai ou mãe faleceu recebam algum apoio

financeiro para evitar que fiquem na miséria ou que sejam compelidos a ingressar precocemente no mercado de trabalho, e que o tratamento de certas doenças graves seja patrocinado pelo Estado para aliviar o sofrimento dos enfermos.[\[27\]](#)

Por último, porém não menos importante, há o enfoque da solidariedade intergeracional aplicado ao princípio da solidariedade. Significa que a população atualmente ativa através de suas contribuições sociais efetua o pagamento dos benefícios concedidos aos idosos e aposentados, economicamente inativos, bem como, na esperança que em um futuro, ao tornarem-se inativos, sejam sustentados pelos novos ativos. Tal sistema de custeio é chamado de repartição simples.

Essa última característica do princípio em análise é chamada de solidariedade consanguínea, pelo doutrinador Wladimir Novaes Martinez, o qual afirma que a obrigação dos pais de criar os filhos e o dever destes de cuidados dos genitores, quando idosos, é manifestação de solidariedade consanguínea, a base mais profunda do princípio fundamental da solidariedade social. [\[28\]](#) Ademais, cabe destacar a lição de Ivan Kertzman que sintetiza os diferentes enfoques apresentados:

Este princípio pode ser analisado sob a ótica horizontal ou vertical. Horizontalmente, representa a redistribuição de renda entre as populações (pacto intra-geracional) e, verticalmente, significa que uma geração deve trabalhar para pagar os benefícios das gerações passadas (pacto inter-geracional). [\[29\]](#)

Em cada setor da seguridade social enxergamos uma dessas características do princípio da solidariedade ser exarado. Na saúde é de fácil visualização a preponderância do mutualismo, uma vez que as doenças graves atingem pequenos grupos sociais, os quais serão custeados por toda a população. Já na assistência social é característica marcante a distribuição de renda, uma vez que os benefícios de prestação continuada pagos aos idosos e inválidos são custeados pelo sistema de repartição simples. Ainda, na previdência social é palpável a solidariedade intergeracional, pois a população inativa, para receber seus benefícios, depende do pagamento das contribuições da geração ativa[\[30\]](#).

2.5 Dos princípios constitucionais específicos da previdência social

Entre os princípios norteadores do Regime Geral de Previdência Social temos: princípio da compulsoriedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial. Tais princípios estão expressos na Constituição Federal, art. 201, *in verbis*: “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de *caráter contributivo* e de *filiação obrigatória*, observados critérios que preservem o *equilíbrio financeiro e atuarial*, [...]”. **(Grifo nosso)**

O *princípio da contributividade* é o ponto determinante para diferenciar a previdência social das demais áreas arroladas na seguridade social. Sendo essencial a contribuição prévia do segurado para acessar os benefícios oferecidos pela previdência. Ao contrário da saúde e assistência social, as quais não possuem caráter contributivo, sendo de livre acesso à população.

A contributividade é a válvula-mestre da previdência social, sendo financiada pelas contribuições efetuadas pelos segurados, sem as quais aquela não poderia existir. Qualquer benefício oferecido pela previdência é precedido de contribuições. Dessa forma, é indissociável o princípio da contributividade com a previdência social.

Ademais, há similaridade entre o princípio constitucional da precedência de custeio em relação ao benefício e o princípio da contributividade, porém estes não devem ser confundidos. O primeiro preocupa-se com a existência de uma fonte de custeio para assegurar o pagamento da totalidade de benefícios, impedindo que o legislador crie novos benefícios sem indicar de onde sairão os recursos para custeá-los, contribuindo para a segurança financeira da previdência. Enquanto, o segundo importa-se com o próprio segurado, se este efetuou as contribuições para adquirir o direito ao benefício previdenciário.^[31]

Acerca do caráter contributivo da previdência social, Dal Bianco afirma:

Dizer que os benefícios previdenciários são contributivos significa que a concessão de todo e qualquer benefício da Previdência Social depende da realização de contribuição prévia pelo segurado. Somente terá acesso ao benefício previdenciário o indivíduo que contribuiu para tanto. Se não houve contribuição adequada, o indivíduo não

poderá receber o benefício ou – conforme o caso – o receberá com o valor proporcional às contribuições realizadas, observando os parâmetro e mínimos legais^[32].

O *princípio da compulsoriedade* é uma manifestação da força do Estado em que vivemos. No Estado brasileiro, qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, que exerce algum tipo de atividade remunerada, não abarcada por algum Regime Previdenciário Próprio, estará, automaticamente, ligada ao Regime Geral de Previdência Social, sendo obrigada a realizar os devidos recolhimentos ao sistema previdenciário.

Destarte, o referido princípio e o sucesso operacional da previdência estão intimamente interligados. Se o Estado não obrigar o cidadão que preenche os requisitos a contribuir para a previdência, provavelmente, esta não teria condições de arcar financeiramente com a demanda requerida pelos segurados filiados. Bem como, o Estado sofreria as consequências no futuro, pois teria de arcar sozinho com o custeio da população inativa, gerando um caos social.

Ademais o princípio da compulsoriedade é de suma importância, pois auxilia a população predisposta a atender apenas as necessidades mais prementes a pensar no sustento futuro. Há fatores de ordem econômica que podem fazer com que a participação na Previdência Social não seja prioritária, caso fosse voluntária. Muitas pessoas não possuem recursos financeiros disponíveis para direcionar a uma poupança de longo prazo. Se disponível a escolha, optariam por alocar seus poucos recursos em necessidades mais urgentes ou em bens que lhes darão retorno imediato a poupar tais recursos para eventualidades futuras.^[33] Não obstante, a classe alta da sociedade também não colocaria seus recursos na previdência, pois preferiria alocá-los em transações financeiras que lhes trouxessem maior lucratividade, abandonando assim qualquer forma de solidariedade.

Destarte, a baixa renda do trabalhador é, atualmente, um dos maiores obstáculos ao aumento da participação deste no sistema previdenciário.^[34] Esse trabalhador não só tem dificuldade em contribuir, como vê poucas razões para tanto, pois o benefício mínimo assegurado pelo sistema previdenciário – atualmente, um salário mínimo – é próximo da renda que ele obterá junto à assistência social caso não contribua.

O autor Dal Bianco declara que se a filiação não fosse obrigatória teríamos a ocorrência da chamada “seleção adversa”, a saber, apenas a parcela com necessidades especiais ingressaria no sistema buscando proteção e aqueles trabalhadores vigorosos para o serviço de longo prazo jamais adotariam a filiação. Conforme o referido autor:

Outro problema que adviria caso a participação no sistema público de Previdência fosse voluntária é a seleção adversa. Somente os indivíduos mais propensos a incorrer nas situações de risco asseguradas pelo sistema é que ingressariam nele, fazendo com que a taxa de sinistros aumentasse, o que geraria a necessidade de elevar o valor dos prêmios cobrados, o que por sua vez faria com que uma parcela do grupo (os menos propensos ao risco) se retirasse do sistema, criando um círculo vicioso. ^[35]

Por fim, atentamos ao fato que a previdência social permite o correto investimento das contribuições dos trabalhadores, resguardando-os de possíveis errôneos investimentos econômicos, uma vez que a maioria dos indivíduos de baixa renda não teria informações suficientes sobre como e quando poupar, quais os riscos futuros, qual a natureza e o custo futuro do tratamento de doenças ou de sustento na inatividade e inúmeras outras variáveis.

O *princípio do equilíbrio financeiro e atuarial* ganhou o status de princípio constitucional com a Emenda Constitucional n.º 20/1998. Sendo, anteriormente, tratado como objetivo para atender as necessidades de boa gestão pública. Parte de seu conceito refere-se ao equilíbrio financeiro, o qual consiste na equação matemática entre as contribuições vertidas à previdência e os benefícios concedidos e a conceder dentro de um lapso temporal. Seria basicamente uma receita fiscal entre os “ganhos” e as “despesas” mensais da previdência. ^[36]

O equilíbrio financeiro deve ser analisado com a devida cautela, pois, antigamente, era natural a ocorrência de superávit na previdência, uma vez que o número de ativos vertendo contribuições era imensamente superior aos inativos. Ocorre que com o passar dos anos, através do avanço da medicina e da melhoria da qualidade de vida, a expectativa de vida aumentou consideravelmente, o que vem gerando um movimento de inversão na pirâmide demográfica de nosso país,

culminando em uma minoração do número de ativos e uma majoração no número de inativos.^[37]

Dessa forma, é impositiva, além da preocupação financeira, a análise atuarial do sistema. O equilíbrio atuarial envolve uma série de variáveis em seu cálculo, pois visa à durabilidade econômica do sistema em longo prazo, por exemplo, a evolução demográfica (observação das tendências de natalidade, mortalidade, expectativa de vida, taxa de fecundidade, dentre outras), modificações econômicas nas condições trabalhistas, taxas de juros, acréscimo do produto interno bruto nacional, com o objetivo de manter o sistema previdenciário solvente, ou seja, a possibilidade do valor da reserva econômica ser capaz de liquidar todos os benefícios concedidos e a conceder.^[38]

O autor Wladimir Novaes Martinez, em sua obra Princípios de Direito Previdenciário, esclarece que

O equilíbrio atuarial compreende as idéias matemáticas (v.g. taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações da massa etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício.^[39]

Acerca deste último princípio, Fábio Zambitte Ibrahim afirma que

A Atuária, ciência do seguro, irá cotejar o risco protegido e os recursos disponíveis para sua cobertura, vislumbrando sua viabilidade em diversos cenários, especialmente dentro das expectativas futuras em relação ao envelhecimento da população e às tendências da natalidade populacional.^[40]

Diante do exposto, resta evidenciado que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é demasiadamente importante aos segurados, pois, eventualmente, ao necessitarem desfrutar de algum benefício ou serviço poderão exigir da previdência social, a qual terá condições econômicas suficientes para arcar com o patrocínio da prestação requisitada.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho apresentou as noções de seguridade social, bem como suas áreas de abrangência, a saber, saúde, assistência social e previdência social. Ademais, discorreremos sobre os princípios constitucionais aplicados a seguridade social e a previdência social.

Nesse sentido, foi possível perceber a forma integrada como os princípios constitucionais foram disciplinados, ou seja, eles foram uma rede de conexão onde cada princípio está interligado a outro.

Sendo assim, diante de um caso concreto, recomendamos partir da premissa que a Constituição Federal é o centro de interpretação e através de uma interpretação sistêmica, onde tenhamos o domínio dos princípios constitucionais, seja buscada a solução ao caso concreto.

Portanto, para a atuação na área previdenciária, resta imprescindível entender o significado e o objetivo dos princípios da seguridade social e da previdência social a fim de buscar uma solução congruente com a Constituição Federal e o ordenamento jurídico como um todo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Afrânio. **Direito previdenciário**. Resumo. Disponível em:

<<http://pt.scribd.com/doc/55737179/Direito-Previdenciario>>. Acesso em: 13/03/2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13/02/2017.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em 21/02/2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de junho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 23/02/2017.

_____. PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wpcontent/uploads/2017/05/berps17.03.pdf>. Acesso em 26/05/2017

Uma Reforma Previdenciária Abrangente. Disponível no site: <<http://www.dca.ufrn.br/~ricardo/files/seminario-ipea-sheila-najberg.pdf>>. Acesso em 25/05/2017.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **Direito previdenciário médico**: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial. São Paulo: Atlas, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo, LTr, 2004..

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios constitucionais da previdência social**. São Paulo: LTr, 2011.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 20. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no estado democrático de direito**: uma visão à luz da teoria da justiça. São Paulo: LTr, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**: o caminho para uma melhora aposentadoria. 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM. 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social**. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2004.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário: manuais para concursos e graduação**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

ALECAR, Hermes Arrais. **“Desaposentação” e o instituto da “transformação” de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

NOTAS:

[1] KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. - 6. ed. - Salvador: JusPODIVM. 2010, p. 23.

[2] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. – 5. ed. - São Paulo: LTr, 2011. p. 390.

[3] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 5.

[4] OLIVEIRA, Lamartino França de. *Direito previdenciário: manuais para concursos e graduação*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005, p. 29.

[5] Constituição Federal. Art. 196, caput. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Constituição Federal. Art. 199, caput. “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

[6] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op.cit.*, p. 103.

[7] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *op. cit.*, p. 29.

[8] MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/berps17.03.pdf>. Acesso em 26/05/2017.

[9] MARTINEZ, Wladimir Noaves. *Op. cit.*, p. 73

[10] MARTINEZ, Wladimir Noaves. *Op. cit.*, p. 73.

[11] FORTES, Simone Barbisan. *Previdência social no Estado democrático de direito: uma visão à luz da teoria da justiça*. São Paulo: LTr, 2005, p. 180.

[12] BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 19.

[13] DAL BIANCO, Dânae. *Princípios Constitucionais da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2011, p. 36.

[14] TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. – 10 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3.

[15] PREVIDÊNCIA SOCIAL, *Boletim Estatístico da Previdência social*. Disponível no site: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/berps17.03.pdf>. Acesso em 26/05/2017

[16] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 169.

[17] A seguridade social é repleta de políticas para promover a distribuição de renda, tais como o Bolsa Família (Lei 10.826/04), Programa

de Erradicação do Trabalho Infantil (Lei 10.097/00), PROUNI (11.096/05) e etc.

[18] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 169.

[19] FELIPE, J. Franklin Alves. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[20] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 169..

[21] TAVARES, Marcelo Leonardo. *op. cit.*, p.. 5-6 *passim*.

[22] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 146.

[23] Reflexo desse princípio foi a criação de diversos conselhos, como o Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS, Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, Conselho de Previdência Social – CPS, entre outros.

[24] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. – 19. ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 83.

[25] Solidariedade: Sf. 1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes. 3. Adesão ou apoio à causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e à responsabilidade de um grupo social, dumna nação, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoio o outro(s): solidariedade de classe. FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. - 20. ed. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

[26] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 88.

[27] DAL BIANCO, Dânae. *op. cit.*, p. 31.

[28] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op.cit.*, p. 81.

[29] KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. - 6. ed. - Salvador: JusPODIVM. 2010, p. 46.

[30] BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito previdenciário médico: benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

[31] DAL BIANCO, Dânae. *op. cit.*, p. 53-54 *passim*.

[32] *Ibid.*, p. 52-65 passim.

[33] Uma Reforma Previdenciária Abrangente. Disponível no site:

<<http://www.dca.ufrn.br/~ricardo/files/seminario-ipea-sheila-najberg.pdf>>. Acesso em 25/05/2017.

[34] CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. - 5 ed. - São Paulo, LTr, 2004, p. 751.

[35] DAL BIANCO, Dânae. *op. cit.*, p.59.

[36] ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2004. p. 157.

[37] ALECAR, Hermes Arrais. *“Desaposentação” e o Instituto da “Transformação” de Benefícios Previdenciários do regime Geral de Previdência Social*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 48.

[38] STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 135.

[39] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op. cit.*, p. 95.

[40] IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhora aposentadoria*. – 5. ed. – Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 23.

LAVAGEM DE CAPITAIS: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS, MECANISMO DE COMBATE E REPRESSÃO

THIAGO GONTIJO MATOS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2013). Advogado.

RESUMO: A prática criminosa conhecida como “Lavagem de Dinheiro” tornou-se um dos principais desafios a ser enfrentado pelos países de todo o mundo. A quantidade de dinheiro envolvida representa um risco ao sistema financeiro e, além disso, está diretamente ligada a diversos outros crimes: tráfico de drogas, tráfico de armas, sequestro, extorsão, e terrorismo. O presente artigo tem como tema problema a discussão acerca do combate e prevenção à lavagem de dinheiro no Brasil sob a ótica da lei nº 12.683/2012, que foi promulgada com intuito de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Tal lei representa um novo marco legal para o combate à lavagem de dinheiro e, por ser recente, mostra-se carente de estudos e críticas.

PALAVRAS CHAVES: Lavagem de capitais. Etapas. Combate. Prevenção. Lei nº 12.683/2012.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO 2.LAVAGEM DE DINHEIRO 2.1 Conceito 2.2 Relevância sócio-econômica 2.3 Origem histórica 2.4 Etapas 2.5 Mecanismos e normas de combate à lavagem no Brasil e no Mundo 2.6Repressão à lavagem de dinheiro: resultados. 3.CONCLUSÃO 4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO.

A prática criminosa conhecida como “Lavagem de Dinheiro” tornou-se um dos principais desafios a ser enfrentado pelos países de todo o mundo. A quantidade de dinheiro envolvida representa um risco ao sistema financeiro e, além disso, está diretamente ligada a diversos outros crimes: tráfico de drogas, tráfico de armas, sequestro, extorsão, e terrorismo.

Tal relevância socioeconômica faz com que a matéria torne-se carente de um estudo aprofundado. O tema problema do presente artigo decorre de uma nova legislação, a lei nº 12.683/2012, que foi promulgada com intuito de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Tal lei representa

um novo marco legal para o combate à lavagem de dinheiro e, por ser recente, mostra-se carente de estudos e críticas.

Buscaremos realizar uma abordagem geral de forma a compreender melhor o instituto da Lavagem de Dinheiro e a importância do seu estudo. Será realizado um levantamento histórico desse crime, bem como dos principais marcos legais internacionais e nacionais. Estudaremos também o mecanismo de funcionamento, ou seja, as etapas do crime.

2 LAVAGEM DE CAPITAIS

2. 1 Conceito

A “lavagem de dinheiro” consiste no processo de conversão do recurso financeiro, obtido de maneira ilegal, em um recurso com aparência lícita. Essa expressão nada mais é do que uma redução terminológica para uma imensa variedade de formas utilizadas com intuito de dar aparência lícita a ativos financeiros obtidos de maneira ilícita. É, em termos simples, o ato que faz o dinheiro de “Origem X” parecer que vem de uma “Origem Y”. É fazer com que produtos de crimes pareçam ter sido adquiridos por uma forma legal.

A Lei nº 12.683, de 9 de Julho de 2012, no artigo 1º prevê o conceito da lavagem de dinheiro da seguinte forma: ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração. Percebe-se desta forma que o crime de lavagem de dinheiro apresenta uma peculiaridade em relação a outros delitos, pois exige uma infração antecedente, conforme analisaremos posteriormente.

De acordo com SILVA, lavagem de dinheiro é “a expressão que passou a ser utilizada para designar o dinheiro ilícito com aparência de lícito, ou seja, o ‘dinheiro sujo’ transformado em ‘dinheiro limpo’, ou, ainda, o ‘dinheiro frio’ convertido em ‘dinheiro quente’, com a ocultação de sua verdadeira origem”^[1].

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), possui um papel central no sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro, tendo a incumbência legal de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de

informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas, assim define a lavagem de dinheiro:

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.[2]

Como percebemos, toda conceituação acerca da definição da expressão lavagem de dinheiro leva ao mesmo fim, qual seja, o de transformar um recurso ilícito em um recurso com aparência lícita.

2.2 Relevância sócio-econômica.

O crime de lavagem de dinheiro é uma prática que causa severos danos econômicos em uma escala global e um dano imensurável em escala local, pois propicia que traficantes, contrabandistas, dentre outros, obtenham sucesso com suas atividades, alcançando lucros ilegais e financiando o ciclo de atividades criminosas.

Por causa da natureza clandestina da lavagem de dinheiro, fica difícil estimar o volume total de fundos lavados que circulam internacionalmente. Especialistas estimam que aproximadamente US\$ 500 bilhões em dinheiro sujo – cerca de 2% do PIB mundial – circulam a cada ano na economia[3]. Trata-se de ameaça a nível global que exige uma cooperação internacional para minimizar seus efeitos. O crime de lavagem de dinheiro mancha as instituições financeiras e pode causar uma desconfiança pública quanto sua integridade, comprometendo sua estabilidade.

O interesse no combate à lavagem de dinheiro está intimamente ligado à defesa dos mercados financeiros e à garantia da livre concorrência. Mas não só, o combate à lavagem de dinheiro também está diretamente relacionado a aspectos

criminais, de forma que um resultado eficaz no combate a tal crime incide diretamente no tráfico de drogas, contrabando de armas, dentre outros crimes.

O crime da lavagem de dinheiro muitas vezes é pouco visível no cotidiano de um país, sendo rara sua veiculação em noticiários, o que muitas vezes, causa a falsa impressão que seus efeitos só são observados em uma escala nacional ou internacional. Tal visão é errônea, tal crime tem efeitos preocupantes em escala local, seja pelo sucesso de traficantes, seja em policiais e políticos corruptos e seja – mas não só – no desânimo geral por parte de empresários cujas empresas não têm lucros próximos ao de criminosos que se utilizam da lavagem.

Não precisamos ir muito longe para observar o impacto de tal crime em nossa sociedade. Basta analisarmos dois episódios recentes veiculados na mídia: Operação Monte Carlo e Ação Penal 470. Esta última, conhecida como “Mensalão”, caracterizou-se pelo esquema de compra de votos dos parlamentares durante o início do governo Lula. O relatório do ministro-relator, Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, demonstra claramente o processo de lavagem utilizado no decorrer do “Mensalão”:

vultosas quantias movimentadas pelas empresas do núcleo publicitário tiveram sua origem, movimentação, localização e propriedade ocultadas ou dissimuladas através da não escrituração na contabilidade, ou da sua escrituração com base em milhares de notas fiscais falsas, simulando a prestação de serviços, dentre outros, para o Banco do Brasil e o Ministério dos Transportes.^[4]

A Operação Monte Carlo também retrata a gravidade do crime de lavagem para toda a sociedade. Famosa pela utilização de grampos ilegais, tal operação investigava uma rede de corrupção, tráfico de influência, lavagem de dinheiro e exploração de jogos ilegais no Distrito Federal. O esquema seria comandado por Carlinhos Cachoeira, com a participação de políticos, policiais e outras autoridades.

2.3 Origem histórica

A lavagem de dinheiro também é conhecida como lavagem de capitais ou branqueamento de capitais. Segundo LILLEY tal expressão:

surgiu na década de 20, nos Estados Unidos. Naquela época, as quadrilhas que visavam transformar o dinheiro obtido de forma ilícita em dinheiro "legal", de forma que passasse a integrar a economia formal, o faziam através de empresas "de fachada", com giro rápido de dinheiro. A maioria destes criminosos se utilizava de lavanderias e lava-rápidos, o que possibilitava a inclusão do dinheiro "sujo" juntamente com o dinheiro obtido legalmente.[\[5\]](#)

No entanto, seria muito ingênuo considerar que tal processo surgiu somente no início do século XX. Segundo WEISS[\[6\]](#), tal prática – tornar aparentemente lícito o dinheiro adquirido ilicitamente - é bem mais antiga, havendo referências até no Novo Testamento, na história de Ananias e Safira.[\[7\]](#)

Há quem diga que a lavagem de dinheiro nasceu na China há 3000 anos, quando mercantes adotavam, para proteger os próprios patrimônios dos governantes da época, técnicas muito parecidas as usadas hoje pelos lavadores.[\[8\]](#)

Dos países pioneiros no combate à lavagem de dinheiro destaca-se a Itália que, em 1978, já desenvolveu a conduta típica que se resumia à imposição de obstáculos na identificação das origens dos bens. Muito se progrediu após isso, tanto nas legislações internas como no âmbito internacional.[\[9\]](#)

Os Estados Unidos também se destacam no cenário mundial quanto ao combate à lavagem de dinheiro. Em 1970, foi sancionada a Lei de Sigilo Bancário que eliminava a movimentação bancária anônima e autorizava o Departamento do Tesouro a forçar os bancos a manter registros que tornassem mais fácil visualizar transações suspeitas. Outro evento paradigmático se consubstancia no Money Laundering Act Control, de outubro de 1986, o qual tipificou o crime de lavagem de dinheiro nos Estados Unidos.[\[10\]](#)

No início da década de 80 apareceram os primeiros documentos internacionais relativos aos crimes de lavagem de dinheiro, notadamente através

de regulamentações de operações bancárias, como a “Recomendação R(80)10”, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 27/06/1980 .[\[11\]](#)

No Brasil o crime de “lavagem de dinheiro” só seria tratado por lei no ano de 1998, como veremos na análise da Lei nº 9.613/98. Outro marco importante foi a criação, no mesmo ano, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Percebemos, com esse breve histórico, que a atenção legislativa dada a nível global para esse crime é recente, somente a partir das décadas de 1970, 1980 e 1990 é que os países começaram a editar leis de repressão e prevenção a esse crime. Analisaremos posteriormente dois marcos fundamentais no combate a lavagem de dinheiro, a Convenção de Viana (1988) e a Convenção de Palermo (2000).

2.4 Etapas

O dinheiro obtido com a lavagem de dinheiro, até chegar a ser um ativo aparentemente legal, passa por algumas etapas, definidas como colocação, ocultação e integração.

A colocação é a primeira etapa do processo e consiste em colocar o “dinheiro sujo” no sistema financeiro. Com o objetivo de ocultar a origem ilícita, os “lavadores” procuram movimentar o dinheiro em países com regras mais permissivas, ou seja, com um sistema financeiro mais liberal. São os chamados “paraísos fiscais”, conceituados e indicados no Brasil pela Instrução Normativa RFB nº 1037, de 2010[\[12\]](#). A colocação geralmente se efetua por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Diversas técnicas são utilizadas para dificultar a percepção da origem criminosa daquele recurso, tal como o fracionamento de valores que transitam pelo sistema financeiro. Essa etapa também é visualizada em uma escala local. É muito comum a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro, como boates, bilheterias de shows, “jogo do bicho” e os famosos caça níqueis.

A segunda fase do processo, chamada de ocultação, consiste em dificultar ao máximo o rastreamento dos recursos ilícitos e sua origem. Para tanto, os criminosos buscam a movimentação financeira dos ativos ilegais, transferindo o recurso financeiro para outras contas anônimas. Há dados de que mais de 500.000

operações de transferência eletrônica são feitas por dia – representando valor superior a US\$ 1 trilhão – a nível mundial, a grande maioria legítimas.^[13] No entanto, não é possível (ou pelo menos não é fácil) distinguir as transações envolvendo dinheiro de origem ilícita das outras.

A última fase do processo é denominada **integração** e, como o próprio nome diz, consiste em integrar formalmente o ativo ao sistema econômico. Os criminosos buscam investir em negócios que facilitem a integração, tais como: entrada na compra de imóveis, devolução de um falso empréstimo, transferências bancárias menores, falsificação de bilheteria de shows, etc. Uma vez processadas todas as fases, torna-se cada vez mais difícil a percepção da ilicitude daquele recurso financeiro.

O caso do economista Franklin Jurado (EUA, 1990-1996) retrata bem o que seria o ciclo clássico de uma lavagem de dinheiro. No final dos anos 1980 e início dos anos 1990, Franklin Jurado, renomado economista formado em Harvard, coordenou uma operação para lavar dinheiro do traficante colombiano Jose Santacruz-Londono. Estima-se que cerca de US\$ 36 milhões tenham sido “lavados”. Em termos simples, a operação se desenvolveu da seguinte forma: 1 – Colocação: Jurado depositou o dinheiro de venda de drogas nos Estados Unidos em contas do Panamá. 2 - Ocultação: Durante um período de três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, sempre com transações menores para de US\$ 10 mil para evitar suspeitas. Os fundos foram novamente transferidos, dessa vez para contas da Europa, de maneira a dificultar a percepção da origem real dos ativos. 3- Integração: O plano era enviar o dinheiro para a Colômbia, onde Santacruz-Londono usaria para financiar seus negócios ilícitos, mas Jurado foi pego. O esquema foi interrompido quando um banco de Mônaco quebrou e, em seguida, uma auditoria revelou várias contas que, quando rastreadas, levavam ao economista.

2.5 Mecanismos e normas de combate à lavagem de dinheiro no Brasil e no Mundo.

Nesse primeiro momento, traçaremos os marcos legais desse da lavagem de dinheiro no Brasil e os mecanismos de controle e prevenção. No entanto, faz-se necessário o conhecimento de dois marcos internacionais importantes: Convenção de Viena (1988) e a Convenção de Palermo (2000). Com isso, teremos uma base

sólida para o início do próximo capítulo, para finalmente adentrarmos no tema problema do presente artigo.

A Convenção de Viena, conhecida como “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas”, foi realizada em 1988 e estabeleceu as primeiras linhas no combate à lavagem de dinheiro. Tal Convenção previa como crime antecedente apenas o tráfico de drogas. Foi a primeira a definir o tipo penal lavagem de dinheiro. A partir dela, vários países que ainda não haviam tipificado o crime de lavagem de dinheiro, comprometeram-se a fazê-lo.

A Convenção de Palermo (2000), também conhecida como Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, tinha como objetivo prevenir crimes como o tráfico de pessoas e também à lavagem de dinheiro. Foi prevista a ampliação dos crimes antecedentes, dando atenção aos delitos praticados por organizações criminosas e à corrupção.

No Brasil a estabilidade financeira trazida com o Plano Real a partir do início da década de 1990, juntamente com a deficiência de fiscalização do nosso sistema financeiro (se comparado aos EUA, por exemplo), propiciou ao crime organizado um local atrativo para realizações de práticas de lavagem.^[14] Com isso, e em cumprimento da Convenção de Viena, fez-se necessária a criação de uma legislação que abordasse o tema. Em 1998, foi criada a Lei nº 9.613, que dispôs sobre o crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei. Criou-se também o Conselho de Atividades Financeiras – COAF. Este é considerado o grande marco do combate à lavagem de dinheiro no Brasil.

Com a análise da referida legislação percebe-se que o bem jurídico que se visa tutelar é a ordem sócio-econômica nacional, ou seja, busca-se “prevenir a utilização dos sistemas financeiro e econômico do País para fins ilícitos, sobretudo com o propósito de impedir a legalização do patrimônio de origem criminosa”.^[15]

Por opção do legislador pátrio, no entanto, não seriam todos os ativos oriundos de crimes que poderiam ensejar o crime de “lavagem”, como veremos adiante.

A Lei nº 9.613/98 foi posteriormente alterada pela Lei nº 10.467/02, buscando uma maior eficiência na luta contra as diversas modalidades do crime organizado. Como o objetivo deste artigo não é uma mera análise legislativa, buscaremos mostrar outras normas que tratam do tema no Brasil em vez de detalhar a Lei nº 9.613/98.

Diversas outras leis e decretos relacionados ao tema foram criados, a título de observação vale citamos o Decreto nº. 2.799, de 8 de outubro de 1998, instituindo o Estatuto do COAF e a Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. No entanto, merece destaque e análise a nova lei de lavagem de dinheiro, Lei nº 12.683/12.

A nova lei busca incorporar recomendações internacionais sobre o tema e fortalecer o combate à lavagem de capitais. Se, por um lado, a lei estabelece um controle mais rígido nas áreas em que a lavagem de dinheiro é mais comum (o que é necessário), por outro, há certos dispositivos que merecem atenção.

A Lei nº 12.683 elimina o rol taxativo de crimes antecedentes estabelecido pela Lei nº 9.613/98. Antes da nova lei, apenas crimes mais graves (tráfico de drogas e contrabando de armas, por exemplo) eram “laváveis”. Agora, qualquer infração penal – mesmos as contravenção penal – que “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou infração penal”^[16] será considerado crime de lavagem de dinheiro.

2.6 Repressão à lavagem de dinheiro: resultados.

A partir da análise do quadro abaixo buscaremos avaliar o desempenho relativo a repressão à lavagem de dinheiro no Brasil. Segue as estatísticas elaboradas pela Procuradoria Geral da República, Departamento de Polícia Federal e Conselho da Justiça Federal e Relatório de Avaliação Mútua do Brasil pelo GAFI – Groupe d’Action Financière^[17]. Ressalta-se que não foram encontrados dados referentes aos anos 2009 e seguintes.

Ano	Comunicações de Operações Suspeitas e outras <i>notitia criminis</i> recebidas	Inquéritos Policiais	Ações Penais	Condenações	Absoluções	Con Fin
2004	350	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não</i>
2005	324	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não apurado</i>	<i>Não</i>
2006	370	2228	462	14	7	
2007	489	1311	187	30	13	
2008	347	1289	131	47	47	

Percebemos claramente que os dados relativos a repressão à lavagem de dinheiro são alarmantes. O número total de condenações com trânsito em julgado até 2008, é de apenas 91 casos. Em quatro anos (2004 - 2008), número baixíssimo se comparado a ocorrência do crime. O crime de lavagem de dinheiro está bastante difundido em nossa sociedade, mas encontra grande dificuldade de contenção.

O combate e a prevenção à lavagem de dinheiro encontra limitações de conhecimento até pelos próprios operadores do Direito. Trata-se de uma lei subtilizada pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Nesse contexto podemos citar o conselheiro Gilberto Martins, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que defendeu, no Seminário Nacional Inovações e Desafios da Nova Lei sobre Crimes de Lavagem de Dinheiro, realizado no início de março de 2013, a capacitação de magistrados e membros do Ministério Público como forma de aprimorar a aplicação da nova lei: “Os números de que dispomos indicam que ou o Ministério Público não tem promovido denúncias contra esse tipo de crime ou o Poder Judiciário não está capacitado para entender os meandros da norma legal e do próprio crime de lavagem de dinheiro” [18].

A nova lei de combate à lavagem de dinheiro, Lei nº 12.683/12, veio justamente para tentar contornar tal situação, como percebemos no seu artigo 1º: “Esta Lei altera a [Lei no 9.613, de 3 de março de 1998](#), para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

3.CONCLUSÃO

A partir das décadas de 1970, 1980 e 1990, com a globalização da economia, aumentou consideravelmente a preocupação dos governos com o combate ao crime organizado. Não há mais a necessidade de deslocamento por parte dos criminosos para movimentar o dinheiro ilegal. A lavagem de dinheiro se tornou cada vez mais frequente. Para os criminosos, “lavar dinheiro” é essencial. É através dessa prática que torna-se possível usufruir dos lucros obtidos com a atividade criminosa.

Ao longo do trabalho percebemos que a lavagem de dinheiro deixou de ser um crime limitado a grandes organizações criminosas – mafiosos e traficantes – sendo praticada também cidadãos “comuns”. Diante disso, podemos inferir que tal crime está presente em toda a sociedade, mais próximo da população do que se supõe.

Constatamos também que os resultados da repressão ao crime de lavagem de dinheiro, após a promulgação da Lei nº 9.613/98, se mostraram inadequados, fazendo-se necessário a intervenção do legislador, fato este que ocorreu com a Lei. 12.683/2.

Verificamos que a legislação brasileira se igualou à de países como os Estados Unidos da América, México, Suíça, França, Itália, entre outros, no que se refere a classificação por gerações. Passamos de uma legislação de “segunda geração” (rol fechado de crimes antecedentes) – Lei nº 9.613/98 - para uma de “terceira geração” (rol aberto) – Lei nº 12.683/12.

Por fim, ficou demonstrado que o desempenho relativo a repressão à lavagem de dinheiro no Brasil é baixo e que o combate e a prevenção à lavagem de dinheiro encontra limitações de conhecimento até pelos próprios operadores do Direito, tratando-se de uma lei subtilizada pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Diante desse cenário, a Lei nº 12.683/12 pode representar uma nova guinada no combate à tal delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Marcia Bonassi Mougnot e BONFIM, Edilson Mougnot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

PARODI, Lorenzo. **Lavagem de dinheiro e seus perigos**. Disponível em: <www.fraudes.org/lavagem.asp>. Acesso em: 06.03.2013

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. **Lavagem de Dinheiro. A tipicidade do crime**

antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cesar Antonio. **Lavagem de dinheiro, uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Roberto E. **Tratados dos paraísos fiscais**. São Paulo: Observador Legal, 1998.

WEISS, G. **A segunda profissão mais antiga**. Valor Econômico, São Paulo, 10 out. 2001. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em: 09 abr. 2005.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Sobre Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1>>. Acessado em: 04 de março de 2013.

Lavagem de dinheiro: um problema mundial [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Brasília: UNDCP, 1999. pg.08.

Lavagem de Dinheiro e seus perigos: Etapas da Lavagem. Disponível em: <<http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=181>>. Acessado em 06/03/2013.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Futura, 2001.

Relatório da Ação Penal 470. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/relatorioMensalao.pdf>>. Acessado em 09/03/2013.

BRASIL. Lei nº 12.683/12, de 09 de julho de 2012. **Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acessado em: 03 de março de 2013.

CNJ. **Judiciário deve capacitar magistrados para o combate à lavagem de dinheiro.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23888-judiciario-deve-capacitar-magistrados-para-o-combate-a-lavagem-de-dinheiro-diz-conselheiro>>. Acessado em: 23 de março de 2013.

MPF. **Grupo de trabalho em lavagem de dinheiro.** Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.gov.br/estatisticas/repressao-a-lavagem-de-dinheiro-resultados>>. Acessado em: 01/04/13.

NOTAS:

[1] SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Pág. 33.

[2] CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. **Sobre Lavagem de Dinheiro.** Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/sobre-lavagem-de-dinheiro-1>>. Acesso em: 06 de março de 2013.

[3] **Lavagem de dinheiro: um problema mundial** [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Brasília: UNDCP, 1999. pg.08.

[4] **Relatório da Ação Penal 470.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/relatorioMensalao.pdf>>. Acessado em 09/03/2013.

[5] LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Futura, 2001, pg. 16.

[6] WEISS, G. **A segunda profissão mais antiga.** Valor Econômico. São Paulo, 10 out. 2001. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>>. Acesso em: 06 jan. 2013

[7] A astúcia de Ananias e Safira (AP Ato dos Apostos V, 1 – 10) Um certo homem chamado Ananias de comum acordo com sua mulher Safira vendeu um campo e, combinando com ela, reteve uma parte da quantia da venda. Levando apenas a outra parte depositou-a aos pés dos apóstolos. Pedro, porém, disse: “Ananias, por que tomou conta Satanás do teu coração, para que mentisse ao

Espírito Santo e enganastes acerca do valor do campo? Acaso não o podias conservar sem vendê-lo? E depois de vendido, não podias dispor livremente desta quantia? Por que imaginaste isto em teu coração? Não foi aos homens que mentistes, mas a Deus.” Ao ouvir estas palavras Ananias caiu morto. Depois de umas três horas, entrou também sua mulher, nada sabendo do ocorrido. Pedro perguntou-lhe: “Dizeme mulher, por quanto que vendestes o vosso campo?” Respondeu-lhe ela: “Sim, por esse preço.” Replicou Pedro: “Por que combinaste para por a prova o Espírito do Senhor?” Estão ali, à porta, os pés daqueles que sepultaram teu marido. Hão de levar-te também a ti.” Imediatamente caiu a seus pés e expirou.

[8] PARODI, Lorenzo. **Lavagem de dinheiro e seus perigos**. Disponível em: <www.fraudes.org/lavagem.asp>. Acesso em: 06.03.2013

[9] SILVA, César Antônio. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pg. 34.

[10] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44-45.

[11] PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

[12] INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB nº 1.037, de 4 de Junho de 2010. Art 1º: Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições: I - Andorra; II - Anguilla; III - Antígua e Barbuda; IV - Antilhas Holandesas; V - Aruba; VI - Ilhas Ascensão; VII - Comunidade das Bahamas; VIII - Bahrein; IX - Barbados; X - Belize; XI - Ilhas Bermudas; XII - Brunei; XIII - Campione D'Italia; XIV - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XV - Ilhas Cayman; XVI - Chipre; XVII - Cingapura; XVIII - Ilhas Cook; XIX - República da Costa Rica; XX - Djibouti; XXI - Dominica; XXII - Emirados Árabes Unidos; XXIII - Gibraltar; XXIV - Granada; XXV - Hong Kong; XXVI - Kiribati; XXVII - Lebuán; XXVIII - Líbano; XXIX - Libéria; XXX - Liechtenstein; XXXI - Macau; XXXII - Ilha da Madeira; XXXIII - Maldivas; XXXIV - Ilha de Man; XXXV - Ilhas Marshall; XXXVI - Ilhas Maurício; XXXVII - Mônaco; XXXVIII - Ilhas Montserrat; XXXIX - Nauru; XL - Ilha Niue; XLI - Ilha Norfolk; XLII - Panamá; XLIII - Ilha Pitcairn; XLIV - Polinésia Francesa; XLV - Ilha Queshm; XLVI - Samoa Americana; XLVII - Samoa Ocidental; XLVIII - San Marino; XLIX - Ilhas de Santa Helena; L - Santa Lúcia; LI - Federação de São Cristóvão e Nevis; LII - Ilha de São Pedro

e Miguelão; LIII - São Vicente e Granadinas; LIV - Seychelles; LV - Ilhas Solomon; LVI - St. Kitts e Nevis; LVII - Suazilândia; LVIII - Suíça; (Vide [Ato Declaratório Executivo RFB nº 11, de 24 de junho de 2010](#)) LIX - Sultanato de Omã; LX - Tonga; LXI - Tristão da Cunha; LXII - Ilhas Turks e Caicos; LXIII - Vanuatu; LXIV - Ilhas Virgens Americanas; LXV - Ilhas Virgens Britânicas.

[13] Lavagem de Dinheiro e seus perigos: Etapas da Lavagem. Disponível em: <<http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=181>>. Acessado em 06/03/2013.

[14] SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Roberto E. Tratados dos paraísos fiscais. São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 194-195

[15] BONFIM, Marcia Bonassi Mougnot e BONFIM, Edilson Mougnot. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

[16] BRASIL. Lei nº 12.683, de 9 de Julho de 2012. Art 1º, caput.

[17] MPF. Grupo de trabalho em lavagem de dinheiro. Disponível em: < [http://gtld.pgr.mpf.gov.br/ estatisticas/repressao-a-lavagem-de-dinheiro-resultados](http://gtld.pgr.mpf.gov.br/estatisticas/repressao-a-lavagem-de-dinheiro-resultados)>. Acessado em: 01/04/13.

[18] CNJ. Judiciário deve capacitar magistrados para o combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23888-judiciario-deve-capacitar-magistrados-para-o-combate-a-lavagem-de-dinheiro-diz-conselheiro>>. Acessado em: 23 de março de 2013.

ERRO DE TIPO, ERRO DE PROIBIÇÃO, DESCRIMINANTES PUTATIVAS E SUAS DIFERENÇAS

DOUGLAS CAMILO PEREIRA: Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (Instituição Toledo de Ensino - ITE). Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson - UNAR".

RESUMO: O erro de tipo, o erro de proibição e as descriminantes putativas são os temas a serem abordados no artigo a ser desenvolvido. São assuntos relevantes em face de sua alta complexibilidade que serão desmistificados de uma forma simples e didática. A obra iniciará com um estudo da teoria geral do crime, em seguida é feito o estudo de cada uma dessas figuras e também a distinção destes institutos. Além de suas classificações, incidências, e natureza jurídica, serão abordadas suas influências no concurso de agentes.

ABSTRACT: The type error, the error of prohibition and the putative descriminates are the topics to be covered in the article to be developed. Issues are relevant in view of its highcomplexity that Will be demystified in a simple and intuitive. The work begins with a study of general theory of crime, then the study is done of each of these figures and also the distiction of these institutes. In addition to their ratings, implications, and legal, their influences Will be addressed in tender agent.

Palavra-Chave: Erro de Tipo. Erro de proibição. Descriminantes putativas

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noções Sobre o conceito de crime. 3 Do Erro 4 Erro de tipo. 4.1 Espécies de erro. 4.1.1 Erro de tipo essencial. 4.1.2 Erro de tipo accidental. 5 Erro de proibição. 6 Descriminantes putativas fáticas. 7 Conclusão. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de realizar uma pesquisa explicativa e exemplificativa e especialmente diferenciadora dos institutos erro de tipo, erro de proibição e das descriminantes putativas. Por esse motivo surgiu à idéia do tema.

Não é apenas esse o fator motivador do exame. É de se registrar sua grande importância em concursos públicos. Eis alguns exemplos dessas matérias em certames: Procurador do Banco central, realizado em 2006 pela fundação Carlos Chaga (FCC); Prova para provimento de cargo de Delegado Federal realizado em 2004 pela CESPE; Exames para provimento de cargo de Juiz Substituto dos Estados do Mato Grosso do Sul e Pará, realizados respectivamente, pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e FCC. Enfim, como visto, é inquestionável a incidência desses temas em concursos Públicos e, com o projeto realizado, é indubitável que se verá o clareamento sobre essas figuras.

Com efeito, esses assuntos são estudados na Parte Geral do Direito Penal, vistos que estão previstos no artigo 20, “Caput” e §1º, e artigo 21, ambos do Código Penal. Todavia, devido sua natureza e o modo como esses dispositivos são regidos, não é incomum observar pessoas que, não só apresentam dificuldade na compreensão, mas, também, deparam-se com problemas quando necessitam diferenciá-los.

Portanto, a análise que será realizada tem o objetivo de estudar cada uma dessas figuras e também a distinção destes institutos, a fim de sanar de modo didático e exemplificativo, essas intempéries.

2. Noções sobre o conceito de crime

O crime, em seu conceito analítico, é um fato típico, antijurídico e culpável (fato típico e antijurídico, para quem adota a teoria bipartida do crime), sendo assim, diante de um fato basta o observador identificar se estão presentes seus elementos.

O fato típico está caracterizado pela subsunção do ato concreto ao ordenamento jurídico penal, é o fato material no qual se identifica a efetivação de uma conduta prevista no tipo penal incriminador, e ainda, que afeta ou ameaça de forma relevante bens penalmente tutelados.

Superada a primeira fase da análise, chegando-se à conclusão do fato ser típico, deve-se investigar se o mesmo é ilícito ou não.

A antijuridicidade é caracterizada por ser determinada conduta contrária ao Direito. Para saber se o fato é ilícito, a melhor maneira é fazer

um raciocínio *a contrario sensu*; ou seja, deve-se verificar se está presente alguma das excludentes de ilicitude:

- a) estado de necessidade;
- b) legítima defesa;
- c) estrito cumprimento de dever legal;
- d) exercício regular de direito;
- e) livre e eficaz consentimento do ofendido.

Se estiver presente um dos elementos acima enunciados, o fato não é ilícito.

Concluindo-se pela ilicitude do fato, por último deve-se averiguar se o fato é culpável, pelo que se deve averiguar a presença dos elementos essenciais da culpabilidade, quais sejam:

- a) imputabilidade;
- b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato;
- c) exigibilidade de conduta diversa.

Para decidir sobre a presença da imputabilidade, o melhor critério também é fazer um raciocínio *a contrario sensu*, averiguando a presença de uma de suas excludentes, que são as seguintes: a) doença mental (art. 26 do CP); b) capacidade penal (art. 27 do CP); c) embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º, do CP); d) condição de silvícola inadaptado. Presente uma dessas excludentes, não há imputabilidade e, por conseguinte, o fato não é culpável.

Quanto à potencial consciência da ilicitude do fato, também a melhor forma de identificar se ela está presente ou não é através da averiguação da presença de sua única excludente: O erro de proibição inevitável (art. 21 do CP). Acaso tenha ocorrido erro de proibição inevitável, não há potencial consciência da ilicitude do fato, não sendo também o fato culpável.

No tocante à exigibilidade de conduta diversa, prevalece o mesmo raciocínio. Busca-se identificar suas excludentes que são, a princípio, duas, ambas previstas no art. 22 do CP: a) coação moral irresistível; e b) obediência hierárquica. A doutrina majoritária admite, no entanto, causas supralegais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa, que devem ser identificadas diante das situações concretas, sempre tendo em mente o raciocínio de que para excluir a exigibilidade de conduta diversa, o proceder do agente deve estar em consonância com o comportamento que a sociedade exige para a situação que se apresenta.

Portanto a culpabilidade é o juízo de reprovação que a conduta humana provoca no ambiente da coletividade, que somada às características da tipicidade e antijuridicidade caracterizam o crime.

A título de esclarecimento é pertinente trazer as duas definições mais respeitadas, no Direito jurídico pátrio, sobre culpabilidade:

- A) A culpabilidade como pressuposto da pena;
- B) A culpabilidade como característica do crime.

No Direito Penal Brasileiro não há um acordo com relação à inclusão da culpabilidade no conceito de crime.

Para os que defendem que a culpabilidade é pressuposto da pena, o delito já se perfaz com a tipicidade e antijuridicidade da ação, sendo a culpabilidade mero pressuposto para a aplicação da pena.

Os defendem ser a culpabilidade característica do crime, entendem pela inclusão da culpabilidade no conceito de crime, com o argumento de que a conceituação com os três elementos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) conduz a um grau maior de racionalismo e segurança jurídica, haja vista que em se apresenta sempre como pressuposto do outro, ou seja, os elementos se sucedem.

Assim, do ponto de vista jurídico, o delito é toda conduta humana que o legislador tornou merecedora de uma sanção. Contudo, como previsão constitucional “não há crime sem lei anterior que o defina”, nem “pena sem prévia cominação legal”, consubstanciando o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito.

3. Do erro

Erro é “o ato ou efeito de errar; juízo falso; desacerto, engano”. Para o Direito Penal, erro pode denotar tanto ausência de conhecimento acerca de alguma questão, algum objeto, quanto um visão equivocada da realidade. Para que o erro se configura é preciso a prática de uma ação ou omissão, desta forma, analisar o erro é verificar todo o desdobramento de um ilícito penal.

A grosso modo, tem-se como por conduta toda prática humana volitiva em que há uma ação (evento positivo) ou omissão (evento negativo). Tal prática, para que se ateste a culpabilidade é necessário que haja um *nexo causal*, que significa a relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado produzido, entendido este, como a fim a que se pretende, ou, em caso de atipicidade, o fim destinado à vítima, em qualquer hipótese.

Eis então, a perfeita estrutura do crime. Ocorre que o homem, ser pensante que é, manifesta sua conduta de inúmeras formas, o que, por si só, facilita a configuração de erros.

No terreno do Direito Penal, tais erros podem ser de tipo ou de proibição. O primeiro incide sobre os elementos do tipo em si, interferindo na estrutura do crime (norma, conceito etc). O segundo reflete-se sobre o próprio comportamento do agente, incidindo diretamente sobre a ilicitude da conduta.

4. Erro de tipo

Tipo é a descrição legal da norma proibitiva, vale dizer, é a norma que descreve condutas (previstas abstratamente) que são criminosas. Quando o indivíduo pratica um fato e ele se subscreve na descrição legal, tem-se o crime, surgindo aí o "*ius puniendi*" do Estado. Porém, podem ocorrer circunstâncias que, se objetivamente constatadas, excepcionarão o poder de punir do Estado e dentre estas exceções encontra-se o erro de tipo.

O erro de tipo previsto no art. 20, "*caput*" do Código Penal, ocorre no caso concreto quando o indivíduo não tem plena consciência do que está fazendo, imagina estar praticando uma conduta lícita, quando na verdade, está a praticar uma conduta ilícita, mas que por erro, acredite ser inteiramente lícita.

O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo, o dolo, vale dizer, a vontade livre e consciente de praticar o crime, ou assumir o risco de produzi-lo (art. 18, I, CP).

Por isso, de acordo com o que dispõe o art. 20, "*caput*" do CP, o erro de tipo exclui o dolo e, portanto, a própria tipicidade. Observe não há qualquer mácula

à culpabilidade, por força disso, se o erro for vencível, haverá punição por crime culposos desde que previsto no tipo penal.

4.1. Espécies de erro de tipo

O erro de tipo pode ser de duas formas, quais seja, o erro essencial e o erro acidental.

4.1.1 Erro de tipo Essencial

O erro essencial ocorre quando ele recai sobre elementares, qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes, ficando-as excluídas se o erro foi escusável. Nesta forma, o agente não tem plena consciência ou nenhuma de que esta praticando uma conduta típica.

Por sua vez o erro essencial se desdobra em duas modalidades:

Escusável ou invencível, que está previsto no art. 20, "caput", (1ª parte). Verifica-se quando o resultado ocorre, mesmo que o agente tenha praticado toda diligência necessária, em suma, naquela situação todos agiriam da mesma forma.

Ocorrendo esta modalidade, ter-se-á por excluído o dolo e também a culpa. Logo, se o erro recai sobre uma elementar, exclui o crime, se recai sobre uma qualificadora, exclui a qualificadora e assim por diante.

As consequências processuais são de suma importância pois, havendo inquérito, deve o membro do Ministério Público pedir seu arquivamento, e se houver ação penal, deve pedir o trancamento.

O erro essencial pode ser também vencível ou inescusável, previsto no art. 20, "caput" (2ª parte) do CP, que se dá quando o agente, no caso concreto, em não agindo com a cautela necessária e esperada, acaba atuando abruptamente cometendo o crime que poderia ter sido evitado.

Ocorrendo essa modalidade de erro de tipo, há a exclusão do dolo, porém subsiste a culpa, e o réu responde por crime culposos se existir a modalidade culposa.

4.1.2. Erro de tipo acidental

Erro accidental é o que não versa sobre os elementos ou circunstâncias do crime, incidindo sobre dados accidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução, não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento e por isso não exclui o dolo. São casos de erro accidental o erro sobre o objeto, sobre pessoa, na execução, erro sobre o nexos causal, e o resultado diverso do pretendido. Vejamos:

a) O erro sobre objeto, ou *error in objecto*, ocorre quando o sujeito supõe que sua conduta recai sobre determinada coisa, sendo que na realidade incide sobre outra, é o caso do sujeito subtrair açúcar supondo tratar-se de farinha.

b) Erro sobre pessoa, ou *error in persona*, ocorre quando há erro de representação, em face do qual o sujeito atinge uma pessoa supondo tratar-se da que pretendia ofender, ou seja, ele pretende atingir certa pessoa, vindo a ofender outra inocente pensando tratar-se da primeira.

Observe que não houve falha na execução do delito, apenas ocorreu uma falsa representação da realidade.

Ocorrendo o erro de pessoa, o agente responde como se tivesse atingido a pessoa que pretendia e não a que efetivamente atingiu.

c) Erro na execução, ou *aberratio ictus*, ocorre quando o sujeito, pretendendo atingir uma pessoa, e vem a ofender outra. Há disparidade entre a relação de causalidade pretendida pelo agente e o nexos causal realmente produzido, ou seja, ele pretende que em consequência de seu comportamento se produza um resultado contra Antônio, realiza a conduta, e causa evento contra Pedro.

Porém, pode ocorrer resultado duplo, vale dizer, atingiu dolosamente a pessoa que queria e culposamente um terceiro, neste caso há concurso formal perfeito, uma vez que não existem desígnios autônomos, devendo ser considerada uma só pena aumentando-se de 1/6 a 1/2 (Sistema da Exasperação).

Pode ocorrer também, que esteja no "*animus*" do agente atingir as duas pessoas, portanto um resultado duplo doloso. Neste caso afirma-se haver desígnios autônomos, devendo então as penas serem somadas, (Sistema do Cúmulo Material). Tem-se na hipótese manejada o concurso formal impróprio.

Não podemos confundir o erro na execução com o erro sobre a pessoa, porque neste, o agente atinge a vítima pensando que é a desejada, aqui há uma falsa representação da realidade. No erro na execução, o agente quer atingir a vítima desejada e sabe que é ela, só que erra na execução, e atinge outra pessoa.

d) Neste caso o erro recai sobre o nexa causal ("*aberratio causae*"), é a hipótese do dolo geral. Um exemplo nos leva à compreensão da espécie, ex: "A" dá várias facadas em "B" e, presumindo que esteja morto, atira-o de um precipício, mas "B" vem a morrer com a queda e não em razão das facadas, nesses casos, não haverá exclusão do dolo, punindo-se o autor por crime doloso.

e) Resultado diverso do pretendido ("*aberratio criminis*"), significa desvio do crime, no qual ocorre erro na execução do tipo, ou seja, o agente quer atingir um bem jurídico e ofende outro de espécie diversa. Por exemplo: "A" quer atingir a vidraça, mas por erro de pontaria acaba por acertar a cabeça de "B", neste caso o agente só responde por lesões culposas, que absorve a tentativa de dano.

Porém se ocorrer duplo resultado, o agente responde por crime de dano consumado em concurso formal com crime de lesões corporais culposas, aplicando-se o sistema da exasperação.

5. Erro de proibição

O desconhecimento da lei é inescusável (art. 21, "*caput*" do CP). O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena, se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço.

É importantíssimo para o prosseguimento dos estudos que neste instante já tenhamos uma ideia exata da distinção entre a ignorância da lei e ausência de conhecimento da ilicitude, tema este que já fora estudado. Para se saber o que é erro de proibição, o que se exige não é uma consciência indubidosa da ilicitude, e sim uma potencial consciência, que decorre necessariamente do conjunto de valores éticos e morais de cada indivíduo, pois hoje existem mais de mil tipos penais, o que acarreta uma multiplicidade de leis, motivo pelo qual torna-se por vezes impossível, até para nós operadores do direito, saber o que é permitido ou que é proibido.

Na primeira parte do art. 21, nosso Código Penal foi fiel à regra de que o desconhecimento da lei não é escusável, ou seja, se o agente desconhece a lei que proíbe abstratamente aquele comportamento, essa ignorância não o exime de responsabilidade. Até por quê, se pudesse alegar o desconhecimento da lei, para alguém se eximir da responsabilidade, não haveria possibilidade positiva de aplicação, e tantas seriam as desculpas de desconhecimento.

O legislador determinou que o erro de proibição exclui a culpabilidade, por ausência de potencial consciência de ilicitude.

Verificarmos que o agente atua com vontade, ou seja, dolo, portanto o primeiro requisito do fato típico punível encontra-se superado. A solução da questão se dará na culpabilidade. Esta não há, uma vez que se pratica o fato por erro quanto à ilicitude de sua conduta. Observe que podemos falar em injusto penal, que é o fato já valorado como típico e antijurídico, mas não punível, por faltar a culpabilidade.

O erro de proibição se faceta nas seguintes formas: direto e indireto, ambos denominados de discriminantes.

O erro de proibição direto recai sobre seu comportamento, o agente acredita sinceramente que sua conduta é lícita. Pense, por exemplo, turista que trazia consigo maconha para consumo próprio, pois em seu país era permitido tal uso.

Por outro lado, o erro de proibição indireto se dá quando o agente supõe que sua ação, ainda que típica, é amparada por alguma excludente de ilicitude pode ocorrer em duas situações, quais sejam:

a) Quando aos limites: O agente pratica o fato porém desconhece seus limites, como por exemplo, “A” ameaça “B”, este por sua vez vai à sua casa, pega a arma e mata “A”. Este se enganou, pois pensou que a legítima defesa poderia se dar em relação a mal futuro. Desconhecia “B” que a referida excludente de ilicitude se refere à agressão atual e iminente.

b) Quanto à existência: O agente supõe presente uma causa que está ausente, a exemplo pode-se citar o caso de alguém que, sendo credor de outrem, entende que pode ir à casa deste pegar o dinheiro devido, sendo certo que tal atitude configura crime de Exercício Arbitrário das Próprias Razões (art.º 345 CP).

Não se deve olvidar que, apesar de o desconhecimento da lei ser inescusável, é previsto como circunstância atenuante pelo art. 65, II, do Código Penal.

6. Discriminantes putativas fáticas

As Discriminantes Putativa Fáticas é um dos temas do nosso direito material onde não há um consenso entre os doutrinadores. Trata-se de modalidade de erro que recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação.

A grande divergência que se instala sobre o instituto se refere à sua natureza jurídica. Desse modo, seria as discriminantes putativas, erro de tipo ou erro de proibição?

Na doutrina podemos encontrar algumas teorias que tentam solucionar o problema, vejamos algumas:

1) Teoria limitada da culpabilidade: seria erro de tipo permissivo e, por analogia, teria o mesmo tratamento do erro de tipo, ou seja, se escusável, há atipicidade, e se inescusável, aplica-se a pena do crime culposos.

2) Teoria dos elementos negativos do tipo: Seria erro de tipo, ou seja se invencível, atipicidade, e se vencível, pena do crime culposos.

3) Teoria extremada da culpabilidade: Trata-se de erro de proibição, ou seja, se invencível, isenção de pena e se vencível, seria culpabilidade dolosa atenuada.

4) Teoria do erro orientada às consequências: O agente comete um crime doloso quando atua com essa espécie de erro, mas deve sofrer as consequências de um crime culposos se evitável o erro, porque o desvalor da ação é menor, e se inevitável, há isenção de pena.

O art. 20, §1º do Código Penal dispõe que é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Da leitura do dispositivo conclui-se que a teoria adotada pelo nosso Código Penal foi a Teoria Limitada da Culpabilidade, sendo o erro que incide sobre as discriminantes putativas o erro de tipo, que exclui o dolo, por conseguinte a tipicidade se for invencível, ou permite a punição por crime culposo se o erro for vencível.

Por fim, não se pode deixar de mencionar, que responde pelo crime o terceiro que determina o erro, na forma do art. 20, § 2º do Código Penal.

No caso de erro provocado por terceiro, o agente atua por erro em virtude de provocação ou determinação de terceiro, que pode ser dolosa ou culposa. A provocação culposa decorre de uma ação de terceiro, eivada de imprudência, negligência ou imperícia, neste caso o terceiro responderá culposamente pelo delito culposos a que o sujeito foi induzido a praticar (art. 20, § 2º, c/c art. 18, II, CP). Já a provocação dolosa é decorrente de erro preordenado pelo terceiro. Este, desejando a prática do fato delituoso, induz o sujeito a fazê-lo, face ao erro. Neste caso, o terceiro responderá pelo crime dolosamente (art. 20, § 2º, c/c art. 18, I, CP).

A situação do sujeito provocado dependerá da análise do tipo de erro:

a) Se invencível, será excluído o dolo e a culpa, não sendo responsabilizado.

b) Se vencível, será responsabilizado a título de culpa, se esta for prevista (art. 20, CP).

É de se salientar, porém, o caso em que o terceiro provocador e o provocado agem dolosamente e o caso em que o terceiro provocador age culposamente e o provocado dolosamente. No primeiro caso, ambos desejam a consumação do fato delituoso, sendo responsabilizados, igualmente, a título de dolo. No segundo caso, o terceiro age culposamente na provocação do sujeito (por imprudência, negligência ou imperícia) e este, desejando a prática do fato delituoso, aproveita-se da provocação culposa do terceiro e age de acordo com sua vontade, livre e conscientemente. Nesta situação, haverá a responsabilização do terceiro por delito culposos e a do sujeito provocado por delito doloso.

7. CONCLUSÃO

Após uma prévia introdução ao tema, acreditamos ter alcançado a finalidade pela qual o artigo foi realizado. É possível chegar a diversas conclusões sobre as matérias que foram analisadas. A primeira delas: não é um assunto simples.

Vimos que o erro de tipo incide no crime afastando o fato típico, mais precisamente o dolo, integrante da conduta, se inevitável. Porém, se for evitável o agente poderá ser punido a título de culpa, se assim houver para aquela modalidade delituosa. Não só, que o erro de tipo se divide em essencial, na hipótese de recair sobre os elementos do tipo penal, ou acidental, no caso de recair sobre aspectos secundários da figura típica: objeto ou pessoa sobre os quais recaí a conduta do agente, erro na execução ou sobre o nexa causal e se sobrevém resultado diverso pretendido.

Em seguida, foi feito um prévio estudo sobre as discriminantes putativas, e após isso, conclui-se que são diferentes os conceitos de erro e de ignorância. Outrossim, estabeleceu-se a explanação do erro de proibição, atuante na culpabilidade, bem como suas modalidades.

Por fim, para facilitar a didática, a intenção deste artigo científico foi estabelecer as diferenças entre o erro de tipo, o erro de proibição e as discriminantes putativas, de modo a iniciar seu conhecimento e seu alcance no Direito Processual Penal e em casos práticos.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 589p.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 923p.

JESUS, DAMÁSIO E. **Direito Penal – Parte Geral**. 25ª ed. v.1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 309p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 26ª ed. São Paulo: Atlas. 2010.

ASPECTOS RELEVANTES DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO "PREGÃO"

WILSON FELIPE FRANCO JANDOTTI:
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade
Brasil, Campus Fernandópolis.

AILTON NOSSA MENDONÇA

(Orientador)

RESUMO: As licitações ocorrem diariamente na Administração Pública, de forma desenfreada. Existem várias modalidades previstas em lei, contudo nem sempre usadas de Boa Fé, tão pouco escolhida uma modalidade que vise beneficiar, ou aplicar meios, capazes de gerar menor índice de fraudes. O grande número de licitações envolve muito dinheiro, tencionando uma modalidade que possua aspectos relevantes, vantagens e características que contribuam de modo a beneficiar, ajudar e vigorar um procedimento limpo e eficaz. No presente trabalho, será abordado a lei 10520/2002 e a lei 8666/1993, deixando claro a existência de inúmeras modalidades de licitação a disposição da Administração Pública. A modalidade Pregão possui uma forma de aplicação diferente; uma inversão de fases que traz maior celeridade processual, publicidade e transparência do procedimento. Sendo aplicada a modalidade Pregão, por todos os aspectos que podem beneficiar as licitações, juntamente com a Boa Fé, regulada pelo Código Civil, há maior chance de diminuição do índice de fraudes nas licitações, desencadeando um procedimento mais célere e eficaz.

Palavras Chaves: Pregão, celeridade processual, licitações, Administração Pública.

ABSTRACT: Bids occur daily in Public Administrations. However, is not Always used in Good Faith; so little, chosen a modality that is designed to benefit, or apply means capable of generating a lower rate of fraud. The large number of bidding involves a lot of Money, intending a modality that has relevant aspects, advantages and features that contribute to benefit, help and force, a procedure clean and effective. In the present study, will be dealt with the law 10520/2002 and the law 8666/1993, making clear the existence of numbers from so far, the provision of Public Administration. The modality "Pregão", has a form of different application; a reversal of phases that brings greater speed up the procedures, publicity and transparency of the

procedure. Being applied o modality “Pregão”, for all aspects that can be nefit the bidding, together with Good Faith, regulated by the Civil Code, there is a greater chance of decreasing the rate off raud resulting in procurement, unleashing a procedure more famous and effective.

KEYWORD; “Pregão”, speedupthe procedures, bidding, Public Administration.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO 1. APRESENTAÇÃO DE LICITAÇÕES 2 OS BENS E SERVIÇOS COMUNS 3. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO 3.1 Origem 3.2 Conceito 3.3 Lei 10520/02 3.4 As Características do Pregão 3.5 Vantagens do Pregão 4. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO 5. A EFICÁCIA DO PREGÃO CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar os aspectos relevantes da modalidade de licitação pregão, sua forma de aplicação e suas vantagens.

A pesquisa apresentará a necessidade das licitações pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, visando a utilização da modalidade de licitação pregão.

A grandíssima importância das licitações em relação às fraudes, onde a administração, pode utilizar de meios capazes de evitar fraudes e corrupções, pois uma forma de buscar por melhorias em obras, desapropriações acaba sendo meio para que os governantes tomem posse de parte do valor, por meio de fraudes.

A normatização constitucional referente a lei 10520/2002, nos apresentou uma nova modalidade de licitação, o pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Nesta modalidade a disputa pelo fornecimento é feito em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço.

A forma de inovação do pregão, na inversão das fases de habilitação e análise das propostas trouxeram mais facilidades e vantagens, pois somente será analisada a documentação do participante que apresentou melhor proposta.

O poder público concretizando com eficácia a licitação, gera economia dos gastos públicos, com modalidades que embasam de certa forma desde a fase de habilitação até o momento do contrato.

São oferecidas várias modalidades no âmbito das licitações, mas nem sempre são adotadas, seria de grande importância se houvesse um meio de controle a ser adotado, através de pesquisas e gráficos, dando maior conhecimento ao poder público.

Assim, uma modalidade que tem características que refletem melhorias nas licitações é o pregão, pela sua forma de aplicação de seu procedimento, utiliza-se de propostas escritas, que após disputas verbais, ou ainda negociações diretas com pregoeiro, pode-se provocar com que aconteça menor índices de fraude e corrupção.

1. APRESENTAÇÃO DE LICITAÇÕES

As licitações e contratos administrativos estabelecem normas gerais pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações na forma dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A licitação é o procedimento administrativo formal, pelo qual faz contratações de serviços ou aquisições pelos entes da Administração Pública direta ou indireta, onde o governo atua comprando e contratando serviços conforme regras e leis. Desta forma conforme Art.3, §3a licitação não poderá ser sigilosa, deve ser pública e acessível ao público, todos os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

Tudo começa com a premência da administração pública pelo serviço ou compra, iniciando o planejamento pela melhor solução, essa é a fase interna. Já a fase externa tem início com a publicação da licitação, ficando exposto ao conhecimento público, vindo ao objetivo central o “Contrato”, onde cabe à empresa contratada executar, e à administração, fiscalizar o serviço.

A licitação poderá ser a de menor preço, de melhor técnica, uma combinação entre técnica e preço, ou a de maior lance ou oferta, conforme art.45, § 1, incisos I a IV da lei 8666/93.

Será feito um julgamento destas propostas, em conformidade com o edital, e assim será escolhida a que melhor possa realizar o serviço.

2. OS BENS E SERVIÇOS COMUNS

Os Bens e serviços comuns são aqueles que possuem padrões de empenho e qualidade, onde pode ser objetivamente definido pelo edital, por meio de

enumerações usuais no mercado. Versar-se à, portanto, de bens e serviços comumente oferecidos por vários fornecedores, e facilmente comparáveis entre si, de modo a comportar a deliberação de compra com base no menor preço.

Conforme a lei 10520/02 traz em seu bojo no Art. 1º para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser aceita a licitação na modalidade de pregão, que será dirigida por esta Lei, assim consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cuja normas de empenho e qualidade possam ser objetivamente determinadas pelo edital, por meio de descrições usuais no mercado.

3. A MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO

3.1 Origem

A modalidade de licitação pregão surgiu no ano de 1997 no sistema brasileiro, na lei geral de telecomunicações (9472/97), onde ocorreu o primeiro diploma legislativo ao autorizar a administração pública fazer licitações por pregão na aquisição de bens e serviços comuns.

3.2 Conceito

O pregão é uma modalidade de licitação regulada pela lei 10520/2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, sua disputa pelo fornecimento é feita em sessão pública, por meio de propostas, lances, por onde se faz a classificação e habilitação do licitante que propor o menor preço.

A grande mudança na modalidade de licitação pregão se dá pela inversão das fases, onde passa a ser primeiro oferecidas as propostas, e só depois será analisada a documentação do participante que tenha oferecido a melhor proposta, assim se este estiver habilitado estará sujeito ao serviço.

As propostas são feitas de forma escrita e em seguida é feita disputa através de lances verbais. Há também a possibilidade de ainda haver a negociação direta com o pregoeiro, com intuito de diminuir o valor ofertado.

O pregão vem a se juntar às modalidades previstas na Lei n.º 8.666/93, que são: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Diferente destas modalidades, o pregão pode ser aplicado a qualquer valor de contratação, e o seu critério de julgamento de proposta é somente o de menor preço.

3.3 Lei 10520/02

A lei 10520/2002 ofereceu segurança jurídica necessária para a aplicação da modalidade pregão no âmbito da administração pública, vindo a ser utilizada a modalidade de licitação pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

Conforme artigo 2º, § 2º da lei 10520/2002, será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Município.

Nos dizeres de Vera SCARPINELLA, “uma das maiores complicações de acomodação jurídica do pregão, não derivou apenas da novidade em matéria de licitação por ele trazida, mas da sua origem em medida provisória, suas sucessivas reedições e mudanças mensais no texto.

Assim já havia a medida provisória 2182/01 que deu origem, um início para que a lei 10520/2002 desse seguimento, mudanças e ampliações na formação da modalidade pregão.

3.4 As Características do Pregão

Como todas as modalidades o Pregão possui suas características, onde os entes públicos possam analisar se a modalidade traz benefícios, e como será, sua forma de utilização.

A forma de utilização da modalidade não está relacionada a valores, mas sim no objeto;

- Objeto: bens e serviços comuns;
- Não possui valor mínimo, nem valor máximo;
- A licitação será sempre do tipo menor preço;
- Haverá nomeação de um pregoeiro e equipe de apoio;
- A existência da celeridade procedimental;
- O prazo para abertura da licitação é de, no mínimo, 08 (oito) dias úteis;
- As respectivas propostas podem ser renovadas; e,
- O recurso deve ter declinação imediata e motivada, sob pena de preclusão.

“Enumera, exemplarmente, as características do pregão. São elas: 1) limitação do uso desta modalidade licitatória a compras e serviços comuns; 2) possibilidade de o licitante reduzir verbalmente o valor da proposta durante a sessão; 3) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; 4) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado apenas ao final do certame. (Fernandes)”

Essas características evidentemente claras, são de mera importância onde uma modalidade de licitação não só pode gerar economia, mas como também celeridade processual ganhando tempo no curso de sua celebração.

3.5 Vantagens do Pregão

O Pregão traz em seu bojo uma forma de aplicação que acarreta em várias vantagens, na aquisição de bens e serviços comuns.

“A aquisição de bens e serviços através do pregão traz diversas vantagens para a Administração Municipal. Dentre elas pode-se destacar: menor custo no procedimento licitatório, maior agilidade, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento, ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço, maiores vantagens econômicas. O pregão apresenta ainda outras vantagens, como por exemplo, o fato de não sofrer limitação de ordem econômica, o que abre a possibilidade de se realizar diversas licitações em um mesmo exercício orçamentário, versando sobre um mesmo objeto, sem que a Administração corra o risco de ser acusada de fracionamento da licitação. Todavia, vale pontuar que, em respeito ao princípio da economicidade, não convém que a Administração abra vários procedimentos licitatórios para negociar um mesmo objeto haja vista que a compra em grande escala torna o produto bem mais barato do que a compra em menor quantidade. Porém, sendo necessário, não há qualquer óbice. O pregão também consegue

alcançar sensíveis reduções de preços, isto porque, após as propostas escritas, os licitantes, que atenderem aos critérios estipulados em lei, podem cobrir o preço mais baixo oferecido, até se alcançar o menor preço possível.” (CARO GESTOR, 2012)

Sendo assim gerando benefícios e vantagens a administração pública, sua rigorosidade recai sobre o fracionamento da licitação, o que vem a diminuir o índice de fraudes e roubo dos cofres públicos.

A modalidade pregão traz vantagens também nas reduções de preços, pois após as propostas escritas, os licitantes que estiverem habilitados e que atenderam os critérios em lei podem cobrir o preço mais baixo oferecido, até que se obtenha o menor preço.

Conforme pesquisas do governo federal, a União gerou economia de 25,6 bilhões de reais nos contratos obtidos nos últimos seis anos. (CARO GESTOR, 2012)

Desta forma é possível ver o grande índice de economia, com o uso da modalidade pregão, que sem dúvida alguma se mostra eficaz, econômico, gerando uma celeridade processual rápida e acabando com o fracionamento da licitação, onde podia se acarretar em fraude, roubo dos cofres públicos.

4. OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PREGÃO

A Constituição Federal, a lei 8.666/93, e os decretos submete ao pregão alguns princípios, estes os quais deve-se observância. São estes os princípios:

“Indisponibilidade do interesse público – À Administração Pública cabe o dever de conservar e gerir os bens e interesses públicos. A Administração não tem a livre disposição sobre os bens e interesses públicos que, na realidade, pertencem a toda a sociedade. O dinheiro público deve ser gasto com coerência e sabedoria. As contratações realizadas devem satisfazer o interesse público e não podem ser feitas ao arbítrio do administrador.” (CARO GESTOR, 2012)”

A partir do momento em que se está participando da administração pública, o indivíduo deve sempre estar disponível, à disposição de gerir os bens, como também os interesses públicos.

Legalidade – A administração é subordinada pela lei. Todas as atividades administrativas devem ser reguladas por lei ou decretos, estando vigentes, para que sua atividade seja lícita.

Impessoalidade – Tem o objetivo de igualdade, todos administrativos com mesmo tratamento nas situações jurídicas que estiver participando.

Moralidade – O administrador público tem que reger sua conduta pelos preceitos da ética e da moral. Saber ponderar o que é certo e o que é errado, regulando e exigindo justiça a seus atos.

Publicidade – A licitação tem que ser divulgada, para que informe o maior nível de pessoas. A publicidade é o princípio que garante o cumprimento de todos os outros princípios da licitação, pois permite que o administrado fiscalize a gestão dos interesses públicos.

Eficiência – princípio bastante respeitado na modalidade de licitação pregão, pois visa à utilização racional dos recursos públicos, busca pela eficiência, celeridade processual.

Probidade administrativa - Deve-se agir com boa-fé, com honestidade, com moralidade. Este princípio exige que a Administração aja com honestidade, para que ocorra a satisfação do interesse público.

Vinculação ao instrumento convocatório – Todas as regras fixadas devem ser observadas para que o processo seja válido. Este princípio evita a violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e probidade administrativa.

Julgamento objetivo – Todos os critérios exigidos no edital devem ser usados no julgamento, para que não ocorra surpresa aos licitantes.

Competitividade – Visa garantir o acesso do maior número possível de pessoas à licitação. O artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02, dentre outros artigos da Lei do pregão, consagram este princípio.” (CARO GESTOR [4] 23/02/12)”

Todos aqueles que demonstrar interesse podem participar, são bem vindos, o que se busca é o maior número possível de licitantes.

- Formalidade – Devem ter observância a legislação e as regras do edital de convocação.
- Celeridade – A modalidade de licitação pregão foi feita com o intuito de gerar agilidade no processo licitatório, seu objetivo é atender com brevidade as necessidades da Administração.
- Transparência – Todos possuem o amplo acesso à gestão dos bens e serviços públicos.
- Justo preço – A Administração busca satisfazer suas necessidades mediante preços justos, pelo preço mais baixo, condizentes com a realidade.
- Maior vantagem – Busca pelo melhor contrato, pelo preço mais baixo dentre os oferecidos no mercado, por um produto de qualidade previamente estipulada.
- Oralidade – Pode se fazer propostas e lances verbais na sessão pública, vindo a ser escolhida a melhor proposta.

5 A EFICÁCIA DO PREGÃO

A modalidade de licitação pregão possui um procedimento diferente, impõem uma forma de aplicabilidade com maior agilidade, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento.

Os desvios dos recursos públicos nunca deixaram de existir, pois a desonestidade a cada dia que se passa está mais comum na nossa sociedade, as pessoas estão perdendo seus valores. Assim é de grande importância a modalidade de licitação pregão, pois vincula às licitações ocorrerem de forma que gere menor

índice de fraudes. Além das outras vantagens proporcionadas pela modalidade de licitação.

Com a aplicabilidade da lei do Código Civil, espera-se que venha a ajudar a regular e colocar ordem, para que as pessoas se sintam impostas ao cumprimento de seus deveres para que não sejam punidas.

A Boa fé surge para que os entes que participem das licitações, da administração pública se regrem para não se impor ao caráter ilícito de suas condutas.

Conforme o Código Civil verifica-se os artigos;

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sendo violada a Boa fé, com o cometimento de ato ilícito que exceder os limites impostos, será aplicado a Lei do Código Civil punindo o indivíduo.

Assim com a aplicabilidade da Lei do Código Civil, junto à modalidade pregão que traz uma forma de aplicação que também colabora com o menor índice de fraudes espera-se que, a Má fé acabe, que os licitantes que usem desta Má fé para burlar e fraudar comessem a se sentir afrontados e encurralados pela aplicação da lei.

CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico brasileiro criou a licitação como um meio de contratação na administração pública, para que ocorra concorrência de preços e que todos que estejam habilitados participem. Proporcionando várias modalidades de licitação, onde a modalidade pregão traz um novo procedimento com o aspecto de facilitar a contratação.

As licitações são reguladas pela lei 8666/93, onde estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações na forma dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Oferecendo várias modalidades de licitações para que se conclua um contrato.

Mas a lei 10520/02 trouxe uma nova modalidade de licitação o Pregão, que estabeleceu benefícios com sua inversão de fases e celeridade processual. Aspectos relevantes e diferentes quanto às outras modalidades, vinculado a um caminho onde o processo é mais rápido e eficaz, pois com o grande número de licitações feitas anualmente as fraudes geram um grande desvio dos recursos públicos precisando ser impedidas.

Assim, compreendemos que é de grande importância a adoção da modalidade Pregão, que traz com sua forma de aplicação, a inversão de fases, o menor custo no procedimento licitatório, maior agilidade “celeridade”, desburocratização, melhor gerenciamento das despesas públicas, publicidade e transparência do procedimento, ampliação da disputa entre os fornecedores e prestadores de serviço; Com vantagens econômicas, tanto para administração pública, como para os licitantes.

Na prática, o que se observa efetivamente é a eficiência e, sobretudo, a economia a ganhar com a realização do Pregão, modalidade esta, que está sendo procurada cada vez mais pela Administração Pública.

Sendo uma modalidade já prevista em nosso ordenamento jurídico, com aspectos, características e vantagens que proporcionam diversos benefícios é o Pregão, pois todo seu procedimento acarreta que sua utilização seja mais viável à administração pública nas licitações, tornando assim, todo o seu trabalho administrativo referente às finanças públicas bem transparente.

REFERÊNCIAS

Lei 8666/93 – disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> – Acesso em: 10 Out. 2016.

Lei 10520/2002 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> – Acesso em: 10 Out. 2016.

Caro gestor, 2012, Disponível em: <http://www.carogestor.com.br/opinião/o_pregao_breves_consideracoes_sobreO_procedimento,_a_aplicabilidade,_a_necessidade_e_as_vantagens_do_pregao_presencial_e_eletronico>: Acesso em: 10 Out. 2016.

Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby, ob. cit., p. 419.

Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de JANEIRO de 2002 – disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> - Acesso em: 22 Out. 2016.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: INCORPORAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA COM STATUS DE NORMA CONSTITUCIONAL OU SUPRALEGAL

PRISCILA HELENA SOARES PIAU: Ensino Superior Completo - Universidade de Brasília (UnB). Cargo de Técnico Judiciário Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O artigo tem como objetivo demonstrar que o processo de internalização dos tratados internacionais em matéria tributária que versam sobre garantias do contribuinte, a saber a de não ser duplamente tributado, representam conquistas dos direitos humanos e, sendo assim, atendidos os requisitos constitucionais previstos no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, podem passar à estatura de emendas constitucionais quando alocados no ordenamento jurídico brasileiro, o que os revestiria de hierarquia máxima no sistema de validade das normas internas. Além disso, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, caso esses tratados não sejam incorporados ao ordenamento interno com o *status* de emenda constitucional, serão eles dotados de supralegalidade.

PALAVRAS-CHAVE: tratados internacionais, dupla tributação, bitributação, garantias do contribuinte, direitos humanos, internalização de tratados, emendas constitucionais, supralegalidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os tratados internacionais em matéria tributária. 3. O direito de não sofrer a bitributação visualizado como um direito humano do contribuinte. 4. A internalização dos tratados internacionais em matéria tributária que objetivem afastar a bitributação dos contribuintes. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, antes de adentrar a temática que será abordada neste trabalho, cumpre ressaltar alguns aspectos introdutórios que são relevantes para o correto desenvolvimento do assunto.

O Direito Tributário Internacional costuma ser visualizado pelo seu objeto, isto é, em função das diversas situações que englobam a vida tributária internacional.

O referido objeto tem por característica a homogeneidade, mas também possui caracteres de heterogeneidade.[1]

Nesse ponto, frise-se que a heterogeneidade é verificada no tocante à fonte normativa, à matéria e à natureza das normas de Direito Tributário Internacional.[2]

Sem dúvida, no que se refere à fonte do Direito Tributário Internacional, os tratados internacionais constituem os instrumentos de maior relevância, sendo neles previstas, em especial, as normas que tratam da dupla tributação e da evasão fiscal internacional, bem como a temática da colaboração administrativa em matéria de tributos.[3]

Mais especificamente no que concerne às fontes deste ramo do Direito, ou seja, quanto aos tratados internacionais em matéria tributária, é importante estudar, discutir e explanar a respeito da forma de internalização de tais diplomas normativos, inclusive porque isso pode ensejar grande repercussão no sistema de validade das normas jurídicas no plano interno, sobretudo quando tais tratados refletirem garantias do contribuinte relacionadas à dupla tributação por ele sofrida.

É nessa linha que será apresentado o artigo ora em exame: tratando em um primeiro momento dos tratados internacionais (com enfoque nos tratados em matéria tributária); após, demonstrando-se que alguns desses tratados internacionais revestem-se de verdadeiros tratados de direitos humanos (em especial quando tratam de garantias para evitar a bitributação do contribuinte); e, por fim, apresentar-se-á que tais tratados são internalizados no ordenamento jurídico brasileiro com estatura de emenda constitucional ou com *status* supralegal.

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Os tratados internacionais, enquanto fontes, são considerados diplomas recentes no âmbito do Direito Internacional, tendo em vista que a sua positividade se tornou mais comum a partir do século XIX. Até então, o costume internacional representava a fonte preponderante no âmbito desse ramo do Direito.[4] Entretanto, a formalização dos tratados tem se mostrado cada vez maior, em especial pela necessidade de regulação e fortalecimento de um mercado internacional que é altamente competitivo.

De acordo com o artigo 1º, *a*, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, o termo “tratado” significa “*um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e redigido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*”.

Por outro lado, a partir de uma percepção doutrinária acerca dos tratados internacionais, convém ressaltar que há alguma tendência em se visualizar as normas oriundas do direito internacional como superiores àquelas emanadas de um poder legiferante interno. Contudo, critica-se tal posição sob o fundamento notoriamente conhecido das contribuições de Sieyès no sentido de que o Poder Constituinte, decorrente da vontade do povo, é soberano no tocante à formação da vontade estatal.^[5]

Diante dessa constatação, evidencia-se que o Estado Soberano é livre para anuir aos tratados internacionais ou dele se desvincular quando isso se fizer conveniente e oportuno para o País. Ressalta-se, aliás, que essa postura é unânime nos ordenamentos jurídicos dos Estados, que sempre buscam resguardar a soberania que lhes é inerente.^[6]

Não obstante, cabe frisar a existência de nações que atribuem a esses tratados, quando devidamente assinados e incorporados pelo país, uma hierarquia superior às leis infraconstitucionais, o que se nota, por exemplo, na Constituição da França de 1958, que dispôs, em seu artigo 55, o seguinte:

Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte.

Tal discussão não é meramente doutrinária, pois traz reflexos práticos para a organização e a validade do ordenamento jurídico interno dos Estados, em especial porque, em se considerando, na hipótese, o tratado internacional dotado de supremacia na legislação interna, este servirá de orientação vinculante ao Poder Legislativo, quando a nação possuir Constituição rígida, bem como ensejará a necessidade de revisitação e adequação das demais normas que estão positivadas no plano infraconstitucional.

Em outro vértice, não se pode esquecer que, no âmbito dos tratados internacionais, tem sido reiterada a importância da formalização de tratados internacionais em matéria tributária, por meio dos quais os Estados acabam limitando o exercício de seu poder de tributar visando a atingir um cenário de maior benefício para investidores do mercado transnacional. Em razão dessa limitação, aliás, é que se afirma não ser possível visualizar a questão dos tratados internacionais em matéria tributária sem colocá-la em uma análise confrontada com as discussões relacionadas à soberania dos Estados.^[7]

Ademais, também sobre as convenções ou tratados internacionais em matéria tributária, faz-se oportuno salientar o entendimento de Heleno Taveira Tôrres:

As convenções internacionais em matéria tributária são veículos introdutórios de normas que se apresentam com textos normativos voltados a integrar os ordenamentos internos dos signatários naquilo que forem incompletos, diversos ou contraditórios, mediante um conjunto de regras destinadas ao tratamento da renda e do capital transnacional, bem como dos tributos sobre estes incidentes, nas relações que envolvam residentes de um e do outro Estado contratante, por uma funcional limitação ao sistema tributário (interno) de cada um deles, com a finalidade de harmonizar este relacionamento, evitando indesejáveis “concursos de pretensões impositivas”, com critérios para evitar, reduzir ou eliminar a formação destes, prevenir o combate à evasão e elusão tributária internacional, impedir a discriminação e garantir maior segurança jurídica aos contribuintes, pela certeza do direito aplicável.^[8]

No mesmo sentido, importa destacar que os tratados internacionais ganham ainda maior relevo quando tratam da temática da bitributação, ou seja, quando há a incidência de mais de uma imposição tributária sobre o mesmo contribuinte, por Estados diversos, levando em conta a mesma circunstância e o mesmo lapso temporal.^[9] Isso motivou a formalização, até os dias atuais, de mais de 2.000 tratados bilaterais visando ao fim ou, pelo menos, à atenuação da bitributação.^[10]

Assim sendo, nota-se que o estudo dos tratados internacionais em matéria tributária que buscam evitar a dupla ou pluritributação é bastante relevante, em

especial porque essa temática reveste-se de garantia do contribuinte contra uma injusta redução patrimonial que lhe é imposta.

3. O DIREITO DE NÃO SOFRER A BITRIBUTAÇÃO VISUALIZADO COMO UM DIREITO HUMANO DO CONTRIBUINTE

A tributação levada a efeito pelo Estado deve se revestir de razoabilidade, isto é, deve se situar em um contexto que fique acoplado entre um mínimo razoável de tributação e o confisco tributário, podendo esse ideal ser extraído da própria Constituição Federal de 1988, em duas passagens:

Art. 145. [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco; [...]

Como se percebe, o primeiro dispositivo citado expõe que a tributação não poderá ter o efeito de confisco, ao passo que o segundo artigo estabelece que a tributação deve levar em conta a capacidade contributiva do indivíduo. Tais vetores devem servir de orientação para o estudioso do Direito Tributário, pois é a partir desse contexto que se nota a importância de se limitar a tributação praticada em detrimento dos contribuintes.

É que, em atenção aos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, não se mostra possível sujeitar um mesmo fato econômico à incidência de uma tributação que, por ser tão gravosa, coloque o contribuinte em uma situação destruidora do mínimo vital que lhe deveria guarnecer.^[11]

Com base nessa mesma linha de raciocínio, deve ser enfrentada a problemática da dupla ou pluritributação internacional, que nada mais é do que um fato econômico ser tributado mais de uma vez por Estados diversos. Tal prática,

consoante adrede ressaltado, imputa ao contribuinte verdadeira sanha confiscatória, pois representa uma incidência tributária extremamente gravosa e desarrazoada no que tange à sua propriedade.

No ensejo, apenas a título de diferenciação, lembre-se que a bitributação não se confunde com o *bis in idem* tributário. Aquela, conforme salientado, é a possibilidade de um mesmo fato jurídico ser tributado por mais de um ente político, o que se pode verificar no plano transnacional. O *bis in idem*, por sua vez, traduz a hipótese de um mesmo fato jurídico ser tributado mais de uma vez pela mesma pessoa política.^[12] Ambos os casos não são admitidos, pois representam indevido confisco da propriedade do contribuinte.

Quanto à bitributação e os seus nefastos reflexos globais, importante realçar que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em 1956, à época constituída como Organização para Cooperação Econômica Europeia – OCEE, estruturou comissão tributária com o objetivo de rascunhar um modelo de tratado que pudesse evitar a bitributação, o que culminou na elaboração de relatório final pela Convenção-Modelo da OCDE de 1963.^[13] Nesse contexto, depreende-se a importância dos tratados internacionais que visem evitar a dupla tributação internacional.

É fácil observar que a bitributação internacional, caso incida sobre um determinado fato, ocasionará verdadeira violação a direitos fundamentais do contribuinte, em especial à propriedade, pois elevará a tributação a um patamar extremamente gravoso e desarrazoado. Por isso é que convém visualizar os tratados internacionais em matéria tributária que buscam evitar a dupla tributação como sendo verdadeiros tratados internacionais de direitos humanos.

Essa visualização, inclusive, converge com a ideia de universalização e internacionalização dos direitos humanos como sendo um movimento recente na história do direito consistente na criação de obrigações e responsabilidades para os Estados no sentido de se respeitar e proteger os direitos humanos dos indivíduos, não sendo isso um assunto particular do Estado, mas sim de interesse internacional.^[14]

Sobre a definição dos direitos humanos, importa ressaltar que estes constituem um termo não categoricamente definido, mas concebidos de forma a

incluir um conjunto de reivindicações que todo ser humano possui ou deve possuir diante da sociedade e do Estado.^[15]

Por oportuno, somente a título de complementação, esclareça-se haver grande discussão se os direitos humanos seriam sinônimos dos intitulados direitos fundamentais. Uma primeira corrente doutrinária sugere que as classes supracitadas se diferenciam no plano de positivação. Enquanto os direitos fundamentais são exigíveis no plano interno do Estado, os direitos humanos são positivados nos instrumentos internacionais.^[16] Por outro lado, há corrente sustentando que os direitos humanos são sinônimos de direitos fundamentais, ou direitos individuais, ou direitos civis, ou liberdades públicas.^[17]

Sob o viés trabalhado neste artigo, entende-se que a segunda corrente se mostra mais correta, pois, a partir dela, será possível extrair que os tratados internacionais em matéria tributária que buscam evitar a bitributação podem ser considerados tratados internacionais de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, consignou que as limitações constitucionais ao poder de tributar representam direitos fundamentais do contribuinte. Assim, os tratados internacionais em matéria tributária acima referidos, por preverem limitações à atividade tributária do Estado, também estatuem direitos fundamentais ou, na concepção já frisada, direitos humanos.

Por esse motivo, tem-se evidenciada a configuração de verdadeiros tratados internacionais de direitos humanos que, se incorporados ao ordenamento jurídico interno sob o rito estabelecido no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, serão equivalentes às emendas constitucionais ou, caso não submetidos a esse rito, serão considerados normas supralegais.

4. A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA QUE OBJETIVEM AFASTAR A BITRIBUTAÇÃO DOS CONTRIBUINTES

Para que se possa compreender a incorporação dos tratados ao ordenamento jurídico interno, é necessário tratar, inicialmente, das fases do procedimento comum

de celebração e incorporação das convenções internacionais, as quais compõem um *iter* próprio.

Inicia-se o procedimento com a negociação e assinatura do tratado por parte do Poder Executivo, mediante atuação do Presidente da República ou de seu representante, conforme preconiza o artigo 84, VIII, da Constituição Federal.

Após, o Poder Legislativo procede ao referendo (ou aprovação) do tratado, por meio de decreto legislativo, não havendo dependência de sanção do Poder Executivo, consoante dispõem os artigos 49, I e 84, VIII, ambos da Constituição Federal. Tal referendo tem como finalidade autorizar o Presidente da República a dar continuidade às tratativas para a celebração do tratado internacional.

Com a aprovação do Poder Legislativo, o Presidente da República ratifica os termos do tratado, o que ocorre pela troca ou pelo depósito dos instrumentos que o constituem. Desse momento em diante o Estado se compromete com o tratado no plano internacional.

Encerrada essa primeira fase voltada ao plano externo, o Presidente da República promulga o tratado, por intermédio de decreto presidencial, declarando que o procedimento está completo e que o tratado já está hábil a produzir efeitos internos, o que ocorre efetivamente com a publicação.

Ultrapassada a questão de celebração e incorporação dos tratados, cabe ressaltar o teor do artigo 98 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que “*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*”.

A interpretação do dispositivo supracitado enseja grande discussão na doutrina e jurisprudência brasileiras, em especial no que tange à possível prevalência de tratados internacionais em relação à legislação tributária interna. A doutrina passou a entender que, em verdade, o tratado deveria ser considerado lei especial em relação à norma interna, isto é, o termo “revogam” previsto no artigo 98 deveria ser lido como “suspendem”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se que “*O mandamento contido no art. 98 do CTN não atribui ascendência às normas de*

direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes”. [18]

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido:

[...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. [...] [19]

Esse é o tratamento comum atribuído aos tratados internacionais em matéria tributária. No entanto, com o surgimento da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da internalização dos tratados sobre direitos humanos, merece ser revisitada a temática dos tratados internacionais em matéria tributária, em especial daqueles que buscam evitar a bitributação.

Dispõe o §3º do art. 5º da Constituição Federal que “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”

Nessa linha, verifica-se que os tratados internacionais que tratam de direitos humanos, caso sejam submetidos ao rito de emendas constitucionais no procedimento de internalização, serão alocados no ordenamento jurídico interno

como normas equivalentes às próprias emendas constitucionais, passando a ser utilizados inclusive como paradigma para o controle de constitucionalidade.

Ocorre que, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, o Supremo Tribunal Federal inovou quanto à temática de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos, não em relação aos que passam pelo *novel* procedimento do §3º do art. 5º da CF, mas sim no que tange àqueles que, apesar de tratarem de direitos humanos, foram submetidos ao rito comum. De acordo com o STF:

[...] Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. [...] [20]

O caso julgado pelo STF tratava da (im)possibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel à luz do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). A Constituição Federal permite a prisão civil neste caso e o Código Civil, por sua vez, promove a regulamentação em seu artigo 652.

Não obstante a permissão delineada pela legislação brasileira, o STF entendeu que o fato de os tratados internacionais sobre direitos humanos proibirem a prisão civil nesse caso afastou a possibilidade de o Código Civil tratar acerca da matéria, pois, apesar de o Pacto de San José da Costa Rica não ter se submetido ao rito das emendas constitucionais, ele ocupa uma posição superior à legislação infraconstitucional, no caso o Código Civil, e inferior à Constituição Federal.

Assim, inovou o Supremo Tribunal Federal com a tese de que, caso os tratados internacionais sobre direitos humanos não se incorporem ao ordenamento jurídico mediante o procedimento do §3º do art. 5º da CF, eles ainda sim terão superioridade à legislação infraconstitucional, pois são dotados do caráter de supralegalidade, isto é, estão abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais normas infraconstitucionais.

Importante frisar que a ideia de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos faz deles um novo paradigma para as normas que lhes são inferiores, as quais devem ser com eles compatíveis, sob pena de serem afastadas em eventual controle de convencionalidade.

Diante dessa ideia, há duas percepções a serem verificadas em relação aos tratados internacionais em matéria tributária que visam a afastar a dupla tributação internacional do contribuinte. Partindo da premissa de que tais normas tratam especificamente de direitos humanos, a sua incorporação no ordenamento jurídico interno poderá ocorrer de duas formas: como normas equivalentes às emendas constitucionais; ou na posição de normas supralegais.

Essas constatações possuem relevância não somente teórica, sobretudo porque interferem diretamente no exercício das funções típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Quanto à função legiferante do Estado, percebe-se que deverá ser o tratado internacional utilizado como paradigma de validade para as normas que serão editadas.

Já em relação à jurisdição, nota-se que o tratado internacional em matéria tributária será visualizado como norma superior às demais normas infraconstitucionais e, caso estas não respeitem a devida compatibilidade, será possível a realização do controle de constitucionalidade da norma (caso o tratado tenha força de emenda constitucional) ou do controle de convencionalidade (caso o tratado tenha *status* supralegal).

Sobre o tema, Valerio de Oliveira Mazzuoli escreveu:

[...] Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com

equivalência de emenda, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional [...] Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle difuso de convencionalidade.^[21]

Não há, portanto, como se desprezar o tratamento que vem sendo atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos e diferenciá-los, no tocante à internalização, dos tratados internacionais em matéria tributária que buscam acabar ou atenuar a dupla tributação internacional em face do contribuinte, pois esta norma, certamente, trata de direitos humanos.

5. CONCLUSÕES

Os tratados internacionais em matéria tributária constituem a mais importante fonte normativa do Direito Tributário Internacional, sendo os temas previstos em tais diplomas dotados de grande relevância, dentre os quais se destaca a questão da bitributação.

Por intermédio desses tratados, os Estados acabam por limitar o exercício de seus poderes tributários, em especial quando visam a atingir um cenário benéfico para investidores do mercado transnacional. Nesse contexto, surge a limitação relativa à bitributação, ou seja, a estruturação dos Estados, mediante convenções internacionais, com o objetivo de se evitar a dupla tributação do contribuinte.

Assim, por guarnecerem limitações à atividade estatal predatória praticada em face da propriedade dos contribuintes no âmbito internacional, tais convenções devem ser visualizadas como sendo verdadeiros tratados internacionais de direitos humanos.

Ao serem internalizados no ordenamento jurídico brasileiro, os referidos tratados poderão ser dotados de duas estaturas normativas, ambas superiores à legislação infraconstitucional.

Caso os tratados internacionais em matéria tributária que tratem de direitos humanos sejam incorporados sob o rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal, serão eles equivalentes às emendas constitucionais, o que os colocará numa posição de parâmetro referencial para o exercício do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, não sendo os tratados incorporados pelo rito das emendas constitucionais, a eles será atribuído *status* supralegal, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS.

Nessa linha, portanto, é que se verifica a necessidade de reavaliação da temática da internalização dos tratados internacionais em matéria tributária que busquem evitar a bitributação do contribuinte, isto é, que positivem os direitos humanos do sujeito tributado.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 196.560. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Organizações Gazire e Sadala Ltda.. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 18 de março de 1999. STJ, Brasília, 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800879676&dt_publicacao=10-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. STF, Brasília, 1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018406&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S.A. Requeridos: Alonso Machado Lopes e Outra. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. STF, Brasília, 2008. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087443&base=baseAcordao>>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os tratados internacionais em face da Constituição de 1988*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

HENKIN, Louis. *International Law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

_____. *The rights of man today*. New York: Columbia University Press, 1988.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

YAMASHITA, Douglas. *Evolução da Convenção-Modelo da OCDE e a Influência de suas alterações na Interpretação de Tratados para Evitar a Bitributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

[1] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 62.

[2] *Ibidem*, p. 62-63.

[3] XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 67.

[4] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 189.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os tratados internacionais em face da Constituição de 1988*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 241.

[6] *Ibidem*, p. 242.

[7] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 190.

[8] TÔRRES, Heleno Taveira. *Aplicação dos Tratados e Convenções Internacionais em Matéria Tributária no Direito Brasileiro*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 143.

[9] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Notas sobre os Tratados Internacionais sobre Tributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 200.

[10] *Ibidem*, p. 205.

[11] CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

[12] COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário - Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

[13] YAMASHITA, Douglas. *Evolução da Convenção-Modelo da OCDE e a Influência de suas alterações na Interpretação de Tratados para Evitar a Bitributação*. In: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (Coord.). *Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 105.

[14] HENKIN, Louis. *International Law: cases and materials*, 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993, p. 375.

[15] HENKIN, Louis. *The rights of man today*. New York: Columbia University Press, 1988, p. 1.

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 30-31.

[17] TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 8.

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 196.560. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Organizações Gazire e Sadala Ltda.. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 18 de março de 1999. STJ, Brasília, 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800879676&dt_publicacao=10-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte e Confederação Nacional da Indústria. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de setembro de 1997. STF, Brasília, 1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018406&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS. Recorrente: Banco Itaú S.A. Requeridos: Alonso Machado Lopes e Outra. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. STF, Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>

jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087443&base=baseAcordao>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

[21] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 235.

CARTAS PSICOGRAFADAS NO ÂMBITO JURÍDICO

MARIANE DELLA MURA RASTELLI:
Bacharelada do curso de Direito na Universidade
Brasil - Fernandópolis-SP.

Me. **André de Paula Viana**
(Orientador)¹¹

RESUMO: No século passado as mensagens e cartas psicografadas por espíritos, através do médium Francisco Cândido Xavier, que demonstraram sua possível utilização no meio probante durante o processo mostraram que esse assunto não se trata de um fruto de um segmento religioso, mas a Psicografia é necessariamente um fenômeno real. O caso de uma mensagem psicografada pelo famoso médium Francisco Cândido Xavier, onde pela primeira vez, uma psicografia foi usada como prova subsidiária no convencimento do Juiz, no caso de Humberto de Campos. Ainda nos dias de hoje temos casos tramitando na justiça, os fatos geraram inegáveis repercussões processuais no campo da prova, pois, estas poderão ser consideradas provas inominadas e apreciadas por magistrados, que irão analisá-las pelo seu livre convencimento. Nosso ordenamento não prevê sua admissibilidade como meio de prova concreta, mas, também, não a exclui. Vivemos em um Estado laico, no qual a liberdade de crença religiosa é garantia constitucional e todo meio de prova é admitido, exceto os ilícitos. Este tema é polêmico e caberá aos estudiosos do direito, aos juristas e aos legisladores, decidir no futuro, como conceber tal prova.

Palavras-chave: Provas, Cartas, Mensagens, Psicografia, Licitas, Crime.

ABSTRACT: In the last century messages and letters psychographed by spirits, through the medium Francisco Cândido Xavier, who demonstrated their possible use in the proving medium during the process showed that this subject is not a fruit of a religious segment, but the Psychography is necessarily a Real phenomenon. The case of a message psychographed by the famous medium Francisco Cândido Xavier, where for the first time, a psychograph was used as a subsidiary evidence in the conviction of the Judge, in the case of Humberto de Campos. Even today we have cases in court, the facts have generated undeniable procedural repercussions in the field of evidence, because these may be considered unnamed evidence and appreciated by magistrates, who will analyze them for their free conviction.

Our order does not foresee its admissibility as a means of concrete proof, but it also does not exclude it. We live in a secular state, in which freedom of religious belief is a constitutional guarantee and every means of proof is admitted, except for illicit ones. This subject is controversial and it will be up to law students, jurists and legislators, to decide in the future, how to conceive such proof.

Keywords: Evidence, Posts, Psychographed, Letter, Licit, Delict

SUMARIO: INTRODUÇÃO. 1 PROVA PROCESSUAL. 2 CARTA PSICOGRAFADA. 3 ACEITAÇÃO DA CARTA PSICOGRAFADA NA JUSTIÇA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Admitir a carta psicografada como prova processual, sem dúvida pode gerar inúmeras controvérsias entre os membros da justiça. Seria, de qualquer modo, reconhecer e aplicar um meio de prova que é transcendente para a Justiça, e a princípio pelo menos, proclamar a sua eficácia e incluí-lo no sistema processual vigente, que admite em juízo todas as espécies de provas reconhecidas nas leis civis e comerciais (Cód. De processo Civil, artigo 208).

Cabe esclarecer que psicografia, é fenômeno mediúnico definido pela doutrina espírita como uma “transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita, pela mão de um médium” (KARDEC, 1972, p.201).

Prova é o conjunto de atividades de verificação e demonstração, objetivando chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento (DINAMARCO, 2002).

A prova judiciária tem por objetivo a reconstrução dos fatos a serem investigados no processo, buscando a verdade histórica, real, para tanto, autorizando a diversidade destes meios, ainda sem previsão legal, desde que não sejam ilícitos. Diante disso a carta psicografada é uma prova legal processual.

Sendo assim, admitir a psicografia como meio de prova no âmbito jurídico seria claramente possível, pois não se trata de uma prova ilícita,

tampouco ilegal, ela apenas não está positivada em nosso ordenamento jurídico e a grande questão é como concebê-las.

As mensagens e cartas psicografadas poderão ser consideradas como prova inominada, pois o sistema de provas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é exemplificativo (nominadas) e não taxativo.

Sua regulamentação será um desafio que caberá aos juristas e aos legisladores.

Pois o direito está diante de uma realidade e não de suposições, manifestações espirituais. E a cada dia vêm influenciando as decisões judiciais, não há como se furtar a este fato, antes sim, estes fenômenos devem ser objeto de estudo e de aprovação no âmbito jurídico.

A lei não enumerou as provas. Mas, se devemos ficar rigorosamente dentro dos diplomas legais, não nos será defeso advertir que a perícia se faça sob as condições normais e inerentes ao fenômeno, tal como se apresenta comumente. Não é um pretexto de defesa, mas uma questão de técnica afirmada e confirmada pela observação de todos os autores que proficientemente versaram o assunto.

1 PROVA PROCESSUAL

Prova é todo e qualquer instrumento ou meio hábil, previsto ou não em lei, que se preste a dar conhecimento ao juiz acerca da existência ou a inexistência do(s) fato(s) que interesse(m) à solução de um litígio.

De acordo com Paulo Rangel (RANGEL, 2010, P. 421/422/423), as provas podem ser classificadas quanto ao:

- a) Seu objeto podendo ser: direta, quando se referir ao próprio fato, ou seja, aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos; ou indireta: que não se dirige ao próprio fato, mas pelo raciocínio que se desenvolve, se chega a ele.
- b) Seu sujeito há provas: pessoal, ou seja, toda afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados, e real: aquela originada dos vestígios deixados pelo crime.
- c) Sua forma as provas se classificam em: testemunhal, o indivíduo é chamado a depor,

demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência de um fato; ou documental: é a prova produzida por afirmação escrita ou gravada; ou material: é aquela consistente em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato provado.

A prova psicografada, em tese, se enquadraria quanto ao objeto como prova indireta, pois se refere indiretamente ao fato; quanto ao sujeito, prova real porque não foi produzida pessoalmente; e quanto à forma, prova material porque faz menção à demonstração da materialidade de um delito.

2 CARTA PSICOGRAFADA

Segundo Aleks Mijic Estevam em seu dicionário descreve que a Psicografia vem do grego *psyché* + *graphé* escrita de um espírito por intermédio de utensílio médium (ardósia e prancheta).

Allan Kardec, em sua obra “O Livro dos Médiuns”, explica:

“Chamamos de psicografia indireta a escrita assim obtida e de psicografia direta ou manual a obtida pelo próprio médium. Para compreender este último processo, é preciso se dar conta do que se passa nessa operação. O Espírito que se comunica age sobre o médium; este, sob essa influência, dirige maquinalmente seu braço e sua mão para escrever, sem ter (é pelo menos o caso mais comum) a menor consciência do que escreve. No outro processo [a indireta], a mão age sobre a cesta, e a cesta, sobre o lápis. Desse modo, não é que a cesta que se torna inteligente; ela é um instrumento dirigido por uma inteligência; na realidade não passa de um porta-lápis, de um apêndice da mão, um intermediário entre a mão e o lápis; se eliminarmos esse intermediário e colocarmos o lápis na mão do médium, teremos o mesmo resultado, muito mais simples, uma vez que o médium escreve como o faz em condições normais;

assim, toda pessoa que escreve com a ajuda de uma cesta, prancheta ou outro objeto pode escrever diretamente. De todos os meios de comunicação, a escrita manual, ou escrita involuntária, é, sem dúvida, a mais simples, a mais fácil e a mais cômoda, porque não exige nenhuma preparação e se presta, como a escrita corrente, a expor e desenvolver as mais amplas idéias” (2004, p. 145, 146, grifo nosso).

A carta psicografada vem sendo estudada desde 1944 que resultou no livro do Autor Miguel Temponi A Psicografia Ante os Tribunais – O Caso Humberto de Campos. Quando a viúva de Humberto de Campos a senhorita Catharina Vergolino de Campos entra com uma ação contra a editora que publicou livros psicografados por seu falecido marido.

Nesse caso a Federação Espírita Brasileira e Francisco Cândido Xavier corresponde com uma contestação na mesma 8ª Vara Cível pedindo que se demonstre se é realmente o Espírito de Humberto de Campos que psicografa os livros que Francisco Cândido Xavier é médium.

“Depois de aproximadamente 3 meses, no dia 03 de novembro de 1944 o Senhor Edmundo de Oliveira Figueiredo, Presidente com voto declarou que a mercadoria entregue é da mesma classe da amostra, ou de que o trabalho realizado foi executado de acordo com regras da arte; ou de que tal ato tenha sido por ele (Humberto Campos) praticado.” (Miguel Temponi A Psicografia Ante os Tribunais – O Caso Humberto de Campos pg.255)

No caso do Linha Direta que foi exibido 04 de novembro de 2004, no qual foi exibido o episódio *As Cartas de Chico Xavier*. O caso contava as histórias de três pessoas acusadas de assassinato que foram perdoadas pelos parentes das vítimas e absolvidas pela Justiça graças a cartas psicografadas pelo médium Chico Xavier.

De acordo com o site Memória Globo relata o caso de João Batista França que disparara um tiro contra Henrique Emmanuel Gregoris, de quem era amigo; José Divino Nunes que também atirara num amigo, Maurício Garcez Henrique e João de Deus que matara a mulher, Gleide Maria Dutra, também com um tiro. Nenhum dos três acusados se conheciam.

Nos seus julgamentos, o júri reconheceu como provas legítimas da defesa cartas que haviam sido apresentadas por Chico Xavier aos familiares das vítimas.

Nas cartas, as próprias vítimas pediam que os acusados fossem perdoados. João Batista e José Divino foram absolvidos pelo mesmo juiz, Orimar Pontes. João de Deus teve sua pena somente reduzida. A decisão causou muita polêmica.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posiciona-se a favor da carta psicografada.

“JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes, sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido.

Apelação Crime Primeira Câmara Criminal Nº70016184012 Comarca de Viamão FABIO ARAUJO CARDOSO APELANTE/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO MINISTERIO PUBLICO APELANTE IARA MARQUES BARCELOS APELADO DISCUSSÃO”

Discute-se no presente estudo a eficácia de uma mensagem psicografada em demonstrar a verdade dos fatos perante um julgamento sendo admitida como prova. Em desfavor à utilização de mensagem

psicografada como prova tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei 25 que veda o uso da psicografia destituída de qualquer valor probatório com a justificativa de que os atos do Poder Judiciário devem ser separados de qualquer interferência religiosa, também alguns juristas se posicionam desfavoráveis às mensagens psicografadas por não haver reconhecimento no sistema jurídico brasileiro e por não ter forma de contraditar uma mensagem escrita do além.

3 ACEITAÇÃO DA CARTA PSICOGRAFADA NA JUSTIÇA

O princípio do livre convencimento motivado faz com que o juiz, ao valorar as provas existentes no processo profere a sua sentença, não ficará mais submetido ao formalismo da lei, ou seja, irá formular sua decisão conforme a solução que lhe pareça mais adequada ao caso concreto, em concordância com todo o sistema probatório dos autos, todavia, apesar de não estar sujeito “totalmente” a tais formalidades, sua decisão não deverá estar à margem da lei ou da Constituição da Federal.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios:

“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

O outro princípio é da persuasão racional, configurado na Lei Adjetiva Penal sob o art. 155, que dispõe:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

O dispositivo veta a possibilidade de o magistrado julgar qualquer processo mediante eventuais conhecimentos de fatos fora dos autos, sendo esses considerados como se inexistentes fossem.

O professor Tourinho Filho ensina que:

“[...] O Juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento. Confere-se ao juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão. Ele só pode proferir uma decisão com fundamento em prova colhida sob o crivo do contraditório, nada o impedindo de reforçar seu entendimento respaldado em provas cautelares não repetíveis e antecipadas [...] (2009, v.1, p. 45).”

É correto observar que a fundamentação das decisões judiciais, sentença, acórdão ou decisão interlocutória abrange tanto as de caráter jurisdicional, como administrativo, excluindo-se da exigência de motivação tão-somente os despachos de mero expediente, vez que ausentes o caráter decisório.

Não se pode atribuir a carta psicografada um status de prova absoluta, devendo ser valorizada pelo magistrado em conjunto com todos os outros meios de prova existentes nos autos processuais, já que não se pode esquecer a existência de fraudes por médiuns “charlatões”.

Nos fatos de grande conhecimento nacional de cartas psicografadas, no entanto, houve a presença do ilustre e inigualável espírita brasileiro Francisco Cândido Xavier, o qual suas psicografias são, praticamente,

incontestáveis no meiojurídico, escritor de centenas de obras dos mais diversos assuntos, grande parte oriunda de psicografia, sem reconhecer nenhuma delas como de sua autoria, o que demonstra, substancialmente, sua credibilidade face às mensagens espíritas apresentadas no âmbito jurídico.

CONCLUSÃO

Entende-se, portanto, tratar-se como meio de prova, já que o legislador processual penal abriu margem para interpretações extensivas ao conceituar o documento no artigo 232 da Lei Adjetiva Penal, trata-se como prova documental em sentido amplo dotada de licitude as mensagens e cartas psicografadas, já que anossa Constituição Suprema, acompanhada pelo Código de [Processo](#) Penal vigente, veda as provas ilícitas e suas derivadas, como, por exemplo, as obtidas por violação ao sigilo telefônico, o que não ocorre com a psicografia.

E um dos mecanismos a ser utilizado para tal confrontação é o exame grafotécnico, que atestará se a grafia existente é ou não da pessoa quando estava em vida, o que foi constatado diversas vezes pelo renomado perito e estudioso da psicografia de Chico Xavier, Carlos Augusto Perandréa.

Juridicamente, é perfeitamente possível, hoje, admitir a “psicografia como prova judicial”. É por demais sabido que existem crimes cujo julgamento é da competência do juiz singular (Juiz de Direito) e crimes em que a competência para julgar é do Tribunal do Júri (jurados).

“[...] Os jurados são soberanos em seus veredictos, o que significa que poderão aceitar “mensagem e cartas psicografada como prova”, pois decidem por convicção íntima. Já nos crimes cujo julgamento for da competência do juiz singular, deve ele decidir de acordo com o seu livre convencimento [...]” (Ano X, n. 229, jul. 2006, p. 25, 26, grifo nosso).

REFERÊNCIAS

Comentários sobre o caso do Linha Direta – Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/as-cartas-de-chico-xavier.htm>> Acesso em: 12 abr. 2017.

O ponto de vista jurídico diante da carta psicografada – Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22918/psicografia-no-processo-penal-a-admissibilidade-de-carta-psicografada-como-prova-judicial-licita-no-direito-processual-penal-brasileiro/5>> Acesso em: 04 abr. 2017.

TIMPONI, Miguel, **A Psicografia Ante os Tribunais (O Caso Humberto de Campos)**, Federação Espírita Brasileira Departamento Editorial, 5ª Edição

Psicografia e sua Eficácia como meio de Prova - Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/5a8a311d5dc795c0f86f26945e2306a2.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2017.

Psicografia como meio de Prova Judicial - Disponível em: <http://www.vianajunior.com.br/files/uploads/20131001_100906.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

ESTEVAM, Aleks Mijic – **Dicionário Espírita - Maçônico - Ocultista – Teosófico**. Cidade: Editora, 2010

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 421/422/423.

As Cartas de Chico Xavier - Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programas-jornalisticos/linha-direta-justica/as-cartas-de-chico-xavier.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

Psicografia no processo penal: a admissibilidade de carta psicografada como prova judicial lícita no direito processual penal brasileiro - Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/22918/psicografia-no-processo-penal-a-admissibilidade-de-carta-psicografada-como-prova-judicial-licita-no-direito-processual-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

EXPLORAÇÃO DO ANIMAL DE TRACÇÃO PARA O TRABALHO

REGIANE CRISTINA ALVES:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil - Fernandópolis.

DR. RODRIGO FRESCHI BERTELO

(Orientador)[1]:

RESUMO: O presente artigo objetiva mostrar que o Direito, neste aspecto, é ainda tímido quanto à questão dos direitos dos animais, trazendo-os apenas e ainda como objetos de proteção mais do que como sujeitos de direitos. Tomando o tema como oportunidade de assumida defesa da causa pela reconsideração jurídica dos animais, não significa que se pretenda diminuir a relevância da vida humana, mas constituir uma necessária reflexão no sentido de conciliar as particularidades de um grupo e outro e, por fim, garantir-lhes o gozo pleno de suas existências, definindo-os como igualmente sujeitos dignos de defesa jurídica. Sujeitos porque entendidos como entidades orgânicas, vivas, sencientes, isto é, capazes de reagirem, em graus diferentes, física, psíquica e emocionalmente em relação ao mundo, o que por si só já é valor digno de ser protegido ética e juridicamente. Tentar-se-á aqui demonstrar por que este conjunto de atributos, com os quais os humanos partilham em nível diferente, é suficiente para que se estabeleçam direitos fundamentais a todo tipo de vida, considerando-se a premissa moral de se tratar o animal.

Palavras-chave: direitos dos animais, defesa jurídica, direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to show that the Law in this regard is still timid on the issue of animal rights, bringing them only and still as objects of protection rather than as subjects of rights. Taking the theme as an opportunity for the defense of the Because of the legal reconsideration of animals, does not mean that the relevance of human life is to be diminished, but that it is a necessary reflection to reconcile the particularities of one group and another and, finally, to guarantee them the full enjoyment of their lives, Defining them as equally worthy subjects of legal defense. Subject because understood as organic, living, sentient entities, that is, able to react, in different degrees, physically, psychologically and emotionally in relation to the world, which in itself is already valuable value to be protected ethically and legally. It will be demonstrated here why this set of attributes, with

which humans share on a different level, is sufficient for establishing fundamental rights to all kinds of life, considering the moral premise of treating the animal.

Keywords: animal rights, legal defense, fundamental rights.

Sumário: Introdução. 1 Animais na sociedade. 1.1 Sociedade, carroceiros e animais. 2 Dos maus tratos e crueldade. 2.1 Condições de trabalho e os limites impostos aos animais. 2.2 Vaquejada e farra do boi. 3 Legislações. 3.1 Direito Ambiental. 3.2 Ecocentrismo. 3.3 Ecocentrismo no Direito. 3.4 Direito da Fauna. 4 Melhorias e alternativas ao uso de animais para o trabalho. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O homem, no decurso de sua existência na Terra, julga-se superiores às demais espécies. A cultura filosófica surgida na Grécia conduziu o homem, aos poucos, ao centro do universo, permitindo o surgimento do antropocentrismo, filosofia que considera o homem governante dos demais seres vivos. Na religião ocidental, tendo o cristianismo se baseado no catolicismo romano, o antropocentrismo tem como raízes as escrituras sagradas, que disseminaram a idéia de que o homem foi feito à imagem de Deus, outorgando-se ao homem o domínio sobre os peixes do mar, as aves do céu e todos os animais que rastejam sobre a Terra. (Gênesis, I, 27).

Com o decorrer dos anos a exploração animal vem aumentando a cada dia, de modo que a preocupação do homem com o bem estar do animal vem diminuindo, levando em consideração somente a qual serventia ele tem, mesmo que a utilização deste para o benefício humano lhe traga conseqüências irreversíveis.

É irresponsável a maneira como o homem vem tratando o animal, forçando-os além do limite, privando-os de liberdade, de sossego, expondo a tanto estresse de um serviço árduo e sem fim, com o estralo dos chicotes e gritos, com pouco alimento ou água, se desfalecendo aos poucos, desnutridos onde sua única serventia é o trabalho. Essa é a trajetória de um animal de tração de carroças e charretes.

A necessidade do homem em provar a sua superioridade sobre os animais vem causando impactos ao meio ambiente e revolta em meio à sociedade, de maneira

que o âmbito jurídico precisa ir se aprimorando para acompanhar e proteger esses seres indefesos da exploração e da apoderação dos mesmos seres que se julgam seres racionais, mais que até então só vem trazendo dor e sofrimento ao meio ambiente.

A utilização de carroças ou charretes para o trabalho e transporte vem da era antiga, onde o meio ainda era necessário e o respeito e valorização ainda existiam, mais com o passar dos anos as coisas mudaram e a evolução é notória não sendo mais admissível a utilização desses animais de maneira tão cruel.

O uso desses animais para o trabalho, não envolve somente a exploração e os maus tratos desses animais, entra também em questão a infração no trânsito e a mão de obra por assim dizer infantil, que passam o dia recolhendo materiais recicláveis andando em meio a veículos automotores, congestionando o trânsito e causando acidentes.

Com base em tudo que vem acontecendo fica claro que o direito é o mecanismo necessário e eficaz para que haja a punição e a proteção ao mesmo tempo.

1. ANIMAIS NA SOCIEDADE

1.1 Sociedade, carroceiros e animais

Carroceiros excedem-se em abusos e infrações, muitos são mestres em atrocidades para com os animais, impondo-lhes um calvário de dores e privações de direitos.

Considerando-se as exceções, os bichos trabalham o dia todo sob pressão e chibatadas, sem comer, beber ou descansar, e, não raras vezes, são alugados pelo dono irresponsável para trabalharem também no período noturno.

Os apetrechos que os prendem covardemente à carroça causam-lhes ferimentos e desconforto, além de ficarem expostos às intempéries, como sol forte ou chuva e frio. Privados de suas condições naturais de vida, à noite, solitários, são presos em cubículos ou amarrados em arbustos, quando não saem a vagar procurando por comida.

Os carroceiros estão no limite da pobreza, moram em buracos, vivem à margem da sociedade, em condições insalubres e aviltantes, têm um histórico de despreparo educacional, de doenças, de violência. Agredidos por um desumano sistema econômico, esses excluídos brutalizam também a família, além dos animais.

Carroças na rua evidenciam o nosso fracasso social. Conhecemos indivíduos, e seus inúmeros filhos, que são carroceiros há décadas e continuam vivendo na mesma situação de subemprego e miséria.

Então o bicho, que nenhum mal cometeu, tem que trabalhar para como escravo e arcar com o ônus da desequilibrada e injusta organização social.

Os animais, ao contrário do que se propala, não nasceram para servir, cada espécie tem sua própria e inerente razão de ser, e já está mais do que na hora da superação desse cômodo e imoral especismo, termo usado por Peter Singer e outros filósofos e juristas contemporâneos para se referirem ao preconceito contra os seres não humanos.

2. DOS MAUS TRATOS E CRUELDADE

Os animais de tração são tratados no Brasil como objetos. São explorados sem um mínimo de respeito e dignidade e quando não atendem mais as necessidades dos seus “donos”. Abandonados em beiras de ruas e estradas à própria sorte, normalmente acabam sendo atropelados.

Muitos deles são de propriedade de carroceiros que os exploram expondo-os ao trânsito em vias de alta velocidade, obrigando-os a carregar peso acima de sua capacidade, exigindo que os animais subam e desçam ladeiras, muitas vezes de paralelepípedo, chicoteiam constantemente o animal que normalmente está sem alimentação e água e trabalham por horas e horas a fio. Nem mesmo éguas prenhas escapam a tanta crueldade.

2.1 Condições de trabalho e os limites impostos aos animais

Animais usados para tração de veículos, montaria e vaquejadas principalmente na área urbana, são conduzidos a enfrentar uma forma de vida totalmente diferente, tendo que se adaptar a ambiente e alimentação bem diversos daqueles naturais, freqüentemente inadequados à sua anatomia e fisiologia, e a

desenvolverem atividades e condutas que em nada se assemelham ao que sua natureza primitiva o preparou. Isso gera graves problemas de bem estar para esses animais.

A condição de trabalho em que são expostos é de total exploração, por se tratarem de animais de grande porte, capazes de carregar pesos superiores ao que o homem é capaz, muitas vezes são utilizados sem o mínimo de consciência ou piedade, segundo Broom & Molento.[6]

“Dentre as formas de agressão, ocorrem estresse e tensão excessivos criados pela sobrecarga intensa, contusões e uso de instrumentos pontiagudos, como ferrões e chicotadas, para forçar os animais a trabalharem além de suas forças. Também, estes são privados por longas horas de alimentação (de má qualidade), incluindo ingestão hídrica, e descanso adequados, além da privação de liberdade respeitada, gerando um melhor BEA e maior ganho para o produtor.”

Produtores rurais e carroceiros além de muitas vezes não terem consciência da sciência e dos direitos dos animais ou se possuem, no sentido prático da palavra se tornam insensíveis a eles, enxergando-os como máquinas, recorrem a métodos cruéis de obter mais trabalho.

2.2 Vaquejada e farra do Boi

A Constituição garante a todos em seu artigo 225, *caput* o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbindo também a todos, poder público e coletividade sua defesa intergeracional. E impõe alguns deveres ao poder público, dentre os quais o de proteger fauna e flora, vedando, na forma da lei, práticas que submetam os animais à crueldade .

Porém, há outro elemento fundamental a ser considerado, que é o direito estampado no artigo 215 da Constituição Federal, consistente na obrigação do mesmo poder público de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, com proteção das manifestações das culturas populares.

Estamos, pois, frente a um conflito aparente de normas constitucionais que protegem interesses coletivos. De um lado, a vaquejada é uma manifestação cultural consolidada em diversas regiões do Nordeste. Por outro, trata-se de atividade que impinge sofrimento físico aos animais nela envolvidos, para satisfação dos interesses humanos.

A questão é tão complexa que o [STF decidiu o mérito da ADI 4.983](#) com o apertado placar de 6 a 5, para declarar a inconstitucionalidade da lei estadual.

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4983, ajuizada pelo procurador-geral da República contra a Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Marco Aurélio, que considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada.”

O STF vem enfrentando discussões jurídicas dessa natureza há longa data. As mais notórias dizem respeito à farra do boi catarinense e às brigas de galo. No julgamento do RE 153.531/SC, ocorrido há 19 anos (3/6/1997), prevaleceu o entendimento do ministro Francisco Rezek, relator, em detrimento do voto divergente do ministro Maurício Correa, que deu prevalência ao folclore regional, afirmando que a manifestação popular conhecida como farra do boi é tradição cultural formadora de patrimônio cultural imaterial resultante da vinda de portugueses açorianos para o litoral catarinense. Correa defendeu ainda que, frente a excessos, cabe ao Estado adotar as providências legais e judiciais pertinentes.

Por maioria, com o voto vencido mencionado, a 2ª Turma do STF considerou inconstitucional a prática sulista intitulada farra do boi, que se assemelha em essência à vaquejada nordestina, apesar de ser praticada sob forma e regramento diversos. O acórdão restou assim vazado:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO -
RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA -

ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi".

Enfim, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo corretamente que as iniciativas estaduais que autorizam condutas humanas violentas contra o bem estar e a qualidade de vida dos animais ferem a previsão constitucional de que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como o dever de defendê-lo e preservá-lo para esta e as futuras gerações (artigo 225, *caput*), e que uma das formas de causar desequilíbrio ambiental é a prática de atos de crueldade contra a fauna, independentemente de ser ela selvagem ou não.

3. LEGISLAÇÃO

3.1 Direito Ambiental

Durante o século XX, a economia, a demografia, o desenvolvimento e a ecologia se tornaram problemas que diz respeito ao planeta como um todo. Um dos fatores citados, a ecologia, sofre a **CRISE ECOLÓGICA** em meados dos anos 60, onde livros inovadores como "Primavera Silenciosa Rachel Carson (1962)" e "A tragédia dos bens comuns Garet Hardin (1968)" quebram paradigmas e motivam vários países a agir.

De acordo com o blog ecologia central Na mesma década ocorre uma série de catástrofes ambientais que acabam por alarmar ainda mais a população. Podemos usar como exemplo o acidente na Baía de Minamata, onde o mercúrio presente em resíduos industriais foram jogados nos rios e este teria contaminado os peixes e levado a substância para a população que consumia esses peixes. O mercúrio causou nas pessoas a degradação do sistema nervoso e a perda da coordenação motora. Outro fato importante a ser citado, foi o famoso acidente de Chernobyl, na Ucrânia, onde a explosão de um reator de sua usina, em 1986, espalhou radioatividade em quantidade superior a 10 bombas atômicas do tipo lançado em

Hiroshima. 10 mil pessoas morreram, outras sofreram deformações e 200 mil foram retiradas do local pelo governo.

Os problemas ambientais só poderiam ser invertidos, na presença de uma nova racionalidade. O novo paradigma ambiental consista na "promoção da dignidade humana" e na "sustentabilidade da terra". A partir daí foi-se dando origem ao Direito ambiental, com ajuda de extrema importância de conferências que geraram os princípios que, hoje, utilizados pelo direito ambiental.

3.2 Ecocentrismo

O ecocentrismo não só envolve os seres bióticos, como também os abióticos, em contrapartida com o biocentrismo, que tem um objeto mais específico, qual seja, seres apenas com vida. Nesse sentido, em seu artigo Ecocentrism: the Chord that Harmonizes Humans and Earth, Stan J. Rowe:

Ecocentrismo vai além do biocentrismo com sua fixação em organismos, pois ecocentrismo vê as pessoas como inseparáveis da natureza orgânica/inorgânica que as encapsula. Elas são as partículas e as ondas, o corpo e o espírito, no contexto da energia ambiente da Terra. (ROWE, 1994)

Os seres vivos vieram de uma mesma origem, o planeta Terra e por isso, por uma visão ecocêntrica, pode ser visto que todos são iguais e não deve haver qualquer distinção entre humanos e não humanos.

O Ecocentrismo não diz que o homem deve viver em função da natureza. O homem faz parte da natureza e tudo o que ele precisa fazer para um desenvolvimento sustentável, é pensar nos possíveis danos causados à natureza, antes mesmo de começar suas produções industriais ou de qualquer outro investimento, e tentar amenizá-los.

Os defensores de uma ética ecocêntrica partem da constatação dos danos que efectivamente provocamos nos seres vivos e nos ecossistemas. A própria magnitude destes danos, a exploração abusiva da natureza, é por si só uma indicação clara, para qualquer pessoa sensível, de que algo anda mal.

O pensamento ecológico tem se tornado muito frequente em decorrência da velocidade de destruição de habitats, enfim, de recursos naturais. Esse fato é o indício de que o ecocentrismo pode, sim, ser uma nova política filosófica à ser adotada pelas próximas gerações.

.3 Ecocentrismo no Direito

As teorias do ecocentrismo vem crescendo no direito com o tempo, afinal, ele tem prioridade em proteger o bem comum, o bem social. A tutela jurídica que se vê hoje pela [Constituição Federal](#) de 1988, bem como as leis ambientais, é fulcro da necessidade de assegurar direitos para a biodiversidade contra as ações humanas.

Segundo Édis Milaré:

[...] os seres não naturais não são capazes de assumir deveres e reivindicar direitos de maneira direta, explícita e formal, embora sejam constituintes do ecossistema planetário, tanto quanto o é a espécie humana. A Ciência não tem força impositiva ou de coação; por isso exige que o Direito tutele o ecossistema planetário. (pg. 117, 2011)

O meio ambiente é detentor de direitos, apesar de não ter como reivindicá-los, porém existe quem faça por ele. O pensamento que se tem é de ser a natureza objeto de direitos e não considerados como sujeitos de direito, como é o ser humano.

Ocorre que, tanto o homem, quanto a biodiversidade tem o direito a uma dignidade, à segurança, à igualdade, à liberdade, como é constitucionalmente garantido no artigo 5º da atual [Carta Magna](#) para o ser humano.

A atual [Carta Magna](#) trata no capítulo VI sobre o meio ambiente e no artigo [225](#) traz que

“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”.

Segundo Cláudio Filho:

Mais uma vez, nossa Constituição nos surpreende com sua inovação, pois se a aplicarmos concomitantemente com este princípio do cuidado, podemos perceber a preocupação desta com as relações ecossistêmicas, entre seus processos bióticos e abióticos, protegendo-os plenamente. Vemos aqui a defesa e o cuidado a um direito imaterial e imensurável, contudo inerente a todos os seres e essencial ao equilíbrio ecológico.(FILHO, pg. 8 e 9)

Portanto, caberá ao ser humano, entender a necessidade da mudança de pensamento para poder deixar um pouco o caráter individual e adquirir um mais solidário em prol do meio ambiente – todos os seres.

3.4 Direito da fauna

Apesar de sua natureza egoísta e predatória, sempre existiram no mundo seres humanos que demonstraram preocupação com a fauna e flora. Segundo afirma Diomar Ackel Filho, "no papiro de Kahoun, documento do antigo Egito, encontrado em 1890, e que data de 4000 anos atrás, foram anotadas observações interessantes sobre cuidados com os animais".

A questão relacionada aos maus tratos apresenta elementos variados no aspecto jurídico, de ordem ambiental, constitucional, civil, administrativa, processual e penal. Podem ser definidos maus-tratos como toda ação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa que exponha a perigo ou cause dano à saúde ou ao bem-estar físico ou psíquico do animal, ou que implique no seu molestarmento de qualquer modo. Os maus tratos podem ser considerados em sentido amplo ou restrito. No primeiro caso, compreendem os atos praticados com ofensa ao bem juridicamente tutelado, que de qualquer modo molestem ou causem sofrimento aos animais, como a destruição de habitat e redutos ecológicos de uma pluralidade genérica de animais.

No sentido restrito, os maus-tratos são os atos praticados deliberadamente ou culposamente, por conduta comissiva ou omissiva contra determinados animais, como as lesões de todo gênero, privação alimentar e submissão a esforço demasiado.

Apenas com o advento da Constituição de 1988, quando as normas de direito ambiental passaram a adquirir status constitucional, onde se sujeita o Poder Público bem como a coletividade de preservar o meio ambiente e sua fauna, vedando toda e qualquer prática que submetam os animais a crueldade humana ou científica.

A Constituição Federal promulgada em 1988, em seu artigo 225, §1º, VIII, reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, impondo a sociedade e ao Estado o dever de respeitar a vida, a liberdade corporal e a integridade física desses seres, além de proibir expressamente as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoque a extinção ou submetam à crueldade qualquer animal.

A norma constitucional atribui um mínimo de direito ao animal, ou seja, o de não submeter seres sencientes a tratamentos cruéis, práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou ponham em risco a preservação de sua espécie, comando este assimilado pela Lei federal n. 9.605/98, ao criminalizar a conduta daqueles que abusam, maltratam, ferem ou mutilam animais em seu artigo 32.

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ “2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.”

Também está na Constituição, artigo 127, que a defesa da ordem jurídica compete ao Ministério Público. Não obstante isso, já previa o Decreto federal n.

24.645/34 em seu art. 2º, § 3º que os animais: "serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público"

O Brasil é um dos poucos países do mundo a proibir, na própria Constituição os maus tratos aos animais, reconhecendo o dever de respeitar a vida e a integridade física.

Grande parte das Constituições Estaduais, seguindo a Constituição Federal, proíbe a submissão de animais a atos cruéis.

Portanto, podemos entender que é atribuição do Ministério Público a preservação dos interesses dos animais, de modo a garantir a dignidade animal, fazendo-o digno de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade humana.

No entanto, o Brasil ainda está longe de adotar uma proibição nacional, como aconteceu em Israel, o primeiro país a proibir carroças puxadas por animal, medida que é uma conquista e tanto para os defensores de animais.

A crueldade foi toda documentada pela ONG Hakol Chai, que em conjunto com o Ministério de Transportes e a polícia de Israel conseguiu a aprovação da nova medida. A lei foi regulamentada em setembro e começou a valer em todo o território nacional, em março de 2015.

4. MELHORIAS E ALTERNATIVAS AO USO DE ANIMAIS PARA OTRABALHO

Podemos agrupar as propostas para a melhoria da qualidade de vida e do bem-estar desses animais em três principais pólos: legislação, educação e assistência.

De vez que temos uma legislação federal, que caracteriza como crimes os atos de abusos e maus-tratos a animais, a aprovação de uma lei municipal, disciplinando a utilização do animal de tração, é ato básico e imprescindível.

O instrumento legal, ao criar documento de autorização para circular com carroças e charretes, estabelecendo regras para emplacamento e trânsito desses veículos, para a identificação dos animais, exigências para sua manutenção e utilização e determinações gerais para a vistoria desse

serviço, é medida que, sendo efetivamente implantada, pode fazer a diferença na qualidade de vida desses animais.

A fiscalização deve ser rigorosa e sistemática, em relação ao uso desses animais. Em virtude de termos chegado a um nível intenso de abusos, maus-tratos e crueldade, nenhum tipo de transgressão às regras, expressas na lei e no seu regulamento, devem ser toleradas. A manifestação da própria comunidade, de uma forma organizada, reunindo membros das sociedades de proteção animal e ambiental, das associações de moradores, das sociedades de classe e do meio empresarial e tantos outros que, de forma direta ou indireta, estão afetados pelo problema, podem dar o ponto de partida para a ação governamental.

A educação deve ser dada em dois níveis para o adulto condutor e para a criança, futuro responsável por esses animais. A mudança de conduta dos proprietários e dos condutores de carroças e charretes pode ser desenvolvida por meio do recebimento de instruções objetivas que devem incluir: noções sobre manejo e cuidados básicos com animais de trabalho e sistemas de criação.

Educar as crianças, principalmente aquelas em contato direto com esses animais, pode trazer benefícios imediatos, desenvolvimento da sensibilidade e da responsabilidade e conseqüente redução dos maus tratos assim como benefícios a longo prazo, através da mudança de atitudes em relação ao animal e do melhor preparo dos futuros proprietários e condutores.

Em alguns casos, esses animais são mantidos e utilizados pela população de mais baixo poder aquisitivo. Conseqüentemente, por falta de recursos de seus proprietários, recebem muito pouca ou nenhuma assistência médica, tanto preventiva quanto curativa, tal como vacinação, desverminação e tratamento para doenças e ferimentos.

Programas de assistência a animais de tração têm sido realizados, em diversas localidades, por meio de projetos que adotam sistemas de patrocínio e parcerias entre governo, faculdades de medicina veterinária, entidades de proteção animal e associações de charreteiros e carroceiros.

Essa pode ser uma forma eficiente de minimizar os problemas de saúde desses animais, ao mesmo tempo em que beneficia a sociedade, gerando práticas para os alunos dos cursos de veterinária e reduzindo problemas sociais

CONCLUSÃO

Com todo o exposto, A sociedade e seus representantes legais, devem também cumprir seu papel. É praticamente impossível controlar em toda parte e todo lugar os abusos contra os animais, por isso a população deve por si só respeitá-los e denunciar às autoridades casos de maus tratos frente aos mesmos, mais especificamente aos de trabalho, facilitando assim que as leis sejam cumpridas. Deve se criar leis mais efetivas, realistas, regulamentá-las e principalmente, fazer com elas sejam cumpridas.

Assim, espera-se que, possa solidificar, ainda mais, os direitos dos animais, percebendo que algumas das práticas que são denominadas científicas ou comuns na sociedade atual são na verdade atrocidades e, por isso, devem ser interrompidas. Bem como o ato de abandono de um animal que muitas pessoas o fazem quando o “brinquedo novo” passa a dar despesas ou não tem mais a “função” almejada.

REFERÊNCIAS

- **(Broom & Molento, 2004; Molento, 2005; WSPA; 2006)**
- **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/>.20/10/2016 às 13h06min>
- **Revista Eletronica Jus Navigandi**
<http://jus.com.br/revista/texto/7142/os-animais/2#ixzz2IVj2yxsE><acesso em: 04/11/2016 às 10h30min>
- **Ministério Público e a proteção jurídica dos animais.** Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal.
<http://www.forumnacional.com.br/ministerio_publico_e_protecao_juridica_dos_animais.pdf>. <acesso em: 25/10/2016 às 11h05min>
- **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.**

http://www.propg.ufscar.br/pdf/etica_animais/direitos_universais.pdf
f. <acesso em: 30/10/2016 às 14h50min>

<http://thegreenestpost.bol.uol.com.br/israel-e-1o-pais-a-proibir-carrocas-puxadas-por-animais/><acesso em: 10/11/2016 às 08h30min>

- **Diomar ackel filho Imprensa:** São Paulo, Themis, 2001.

<http://www.uniaoliberaliaanimal.com/site/index.php/faces-da-exploracao/instrumento/transporte.html><acesso em: 04/11/2016 às 09h50min>

- <http://www.conjur.com.br/ambiente-juridico-vaquejada-farra-boi-brigas-galo-pauta-supremo#top>
Nota:

[1] graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialização em andamento em Direito Previdenciário (Uniderp). Doutorado em Direito Constitucional em andamento, na Universidad de Buenos Aires. Advogado no escritório de advocacia Páez & Bertolo e Professor Universitário da Universidade Camilo Castelo Branco.

INCLUSÃO SOCIAL DOS DEFICIENTES NO ÂMBITO ESCOLAR

PÂMELA MARTINS DA SILVA RAIMUNDO:
Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil,
Campus Fernandópolis - SP.

Prof^(a). Me^(a). **Rodrigo Freschi Bertolo**
(Orientador)[1]

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo tratar sobre a inclusão social dos deficientes no âmbito escolar, seguindo as normas presentes na Lei nº 13.146/2015 assim como a realização de estudos bibliográficos e análises jurisprudenciais, focados sobre a eficácia legislativa quanto à inclusão social dos deficientes na escola, com base na Lei nº 7.853/89. O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi desenvolvido para garantir os direitos dos deficientes em toda a sociedade, desde à aprendizagem até ao trabalho, para que assim haja a inclusão social de maneira igualitária

Palavras-chave: inclusão social, deficientes, sociedade, exclusão.

ABSTRACT: The present research has as objective say about the social inclusion of the disabled in school environment, following the norms in Law 13,146 / 2015, as well as the realization of bibliographic studies and jurisprudential analyzes, focused about the legislative efficiency regards the social inclusion of the disabled in School, with base on Law 7,853 / 89. The Statute of the Person with Disabilities was developed to ensure the rights of the disabled throughout society, since the learning until work, so that have the social inclusion in an egalitarian way.

Keywords: social inclusion, Disabled, society, exclusion.

SUMARIO: Introdução. 1 Inclusão Social dos Deficientes no Âmbito Escolar. 2 Educação Inclusiva: Obrigação da Escola e Encargo Ao Professor. 2.1 Contribuições dos Professores no Ensino Regular. 2.2 Adequações para Receber Alunos com Necessidades Educacionais Especiais. 3 Direitos Fundamentais a Educação Inclusiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa tratar da inclusão de pessoas com deficiências nas unidades de ensino, com o objetivo de refletir sobre a reformulação das leis, decretos e

legislações frente ao tratamento que as mesmas necessitam, da assistência e da inclusão na rede de ensino.

A inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais significa torná-las participantes da vida social, econômica e política, assegurando o respeito aos seus direitos no âmbito da sociedade, do Estado e pelo Poder Público. É necessário perceber que essa inclusão depende do seu reconhecimento como pessoas, que apresentam necessidades especiais geradoras de direitos específicos, cuja proteção e exercício dependem do cumprimento dos direitos humanos fundamentais.

A proposta explícita da inclusão, principalmente em âmbito escolar, é a de superar as situações de exclusão, reconhecendo os direitos da diversidade e estimulando a participação social plena na sociedade

A mesma, como um direito de todos os cidadãos estabelecido pela Constituição Federal, foi reafirmada pela Lei de Diretrizes de Bases na Educação Nacional, Lei nº 9394/96, que destina o Capítulo V à Educação Especial. O artigo 58 da mesma lei define que a educação especial que era visto por muitos, como modalidade usual de atendimento às pessoas com necessidades especiais e, principalmente das pessoas com deficiências, deve atuar como complemento da educação básica ou superior, um instrumento a estar disponível quando necessário.

1 INCLUSÃO SOCIAL DOS DEFICIENTES NO ÂMBITO ESCOLAR

A história da inclusão social evidencia que a mesma atravessou fases, épocas e culturas distintas. A Idade Média, na Grécia, era considerada como um grande período de inclusão social, pois as crianças que nasciam com alguma deficiência eram abandonadas ou até mesmo eliminadas, sem direito ao convívio social. Ainda neste período, os portadores de necessidades eram também marginalizados, classificados como inválidas, perseguidas e mortas. Por motivo de tanta crueldade, muitas vezes as famílias preferiam escondê-las dentro de suas casas, e assim privá-las do convívio social.

Por volta do século XVIII, no Brasil o atendimento aos deficientes limitava-se aos abrigos e à distribuição de alimentos, exceto algumas crianças que chegavam a participar de determinadas instruções ditas normais.

Por volta do século XX, a questão de ensino foi se configurando e centrando nas causas biológicas da deficiência. Com a evolução da psicologia, novas teorias de aprendizagem começaram a influenciar a educação e configurar a concepção na linha psicopedagógica, que salientava a importância da escola e enfatizava os métodos e técnicas de ensino. Em torno da década de 1990 e início do século XXI, avançaram os estudos em Educação Especial no Brasil.

De acordo com MAZZOTA (2005) podemos destacar três procedimentos sociais que definiram o desenvolvimento da Educação Especial, no tratamento dado às pessoas com deficiências, sendo elas:

- **Marginalização:** descrença na capacidade de pessoas com deficiências, gerando completa omissão da sociedade na organização de espaços sociais para esse grupo da população;
- **Assistencialismo:** atitudes com sentido filantrópico, paternalista e humanitário, que buscavam dar proteção às pessoas com deficiência;
- **Educação/reabilitação:** atitudes de crença, nas possibilidades de mudança e desenvolvimento das pessoas com deficiência, e em decorrência disso, a preocupação com a organização de serviços educacionais.

No Brasil a adequação do discurso favorável à inclusão foi fortemente motivada por movimentos e declarações internacionais, desde o fim da década de 1940 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apoderando-se de grande impulso a partir dos anos de 1990 em favor à inserção das reformas neoliberais.

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas gerou vários documentos internacionais, norteadores para o desenvolvimento de políticas públicas de seus países membros. O Brasil, membro da ONU e subscritor desses documentos, concorda com seus conteúdos e os respeita na elaboração das políticas públicas nacionais.

Dentre os documentos produzidos, destaca-se: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração Mundial sobre Educação para Todos; “Plano de Ação

para Satisfazer as Necessidades Básicas de Aprendizagem”; Declaração de Salamanca; Convenção da Guatemala e a Declaração de Montreal.

2 EDUCAÇÃO INCLUSIVA: OBRIGAÇÃO DA ESCOLA E ENCARGO

AO PROFESSOR

A escola, apesar de ser um espaço sociocultural onde as diferenças coexistem, nem sempre assentiu a existência ou considerou na sua complexidade a diversidade humana, em todos os elementos do processo pedagógico.

Propiciar as diferenças presentes de maneira harmoniosa e produtora no âmbito escolar sempre foi um desafio, em razão de que sempre houve a busca de desenvolver um trabalho baseado na solubilização e justificado na proposição de que turmas similares facilitam o trabalho do professor e aprendizagem dos alunos. Diante disso, o movimento em busca da inclusão tem como premissa básica, promover a educação para todos, sendo que se trata de um direito constitucional. Portanto, é manifesto que a realidade desse processo inclusivo ainda é bem divergente do que é proposto na legislação, e ainda requer muitas discussões relativas ao tema.

Numa comparação entre a realidade educacional e a legislação, a inclusão dos alunos que possuem necessidades especiais no ensino regular não se consubstanciou da maneira desejada, sendo visível que a proposta de educação atual vigente ainda não oferece e nem assegura condições suficientes para serem consideradas efetivamente inclusivas, sendo necessária uma maior capacidade profissional, projetos educacionais melhor desenvolvidos e maiores probabilidades de recursos educacionais.

A educação especial, distintivamente da educação habitual na qual os alunos precisavam adaptar-se a ela, chega estabelecendo que a unidade educacional que deve adaptar-se às necessidades e especificidades dos alunos, buscando além de sua permanência na escola, o seu máximo progresso, devendo se propiciar a enfrentar o desafio de disponibilizar um ensino de qualidade para todos os seus alunos.

Nas diversas reformas educacionais ocorridas nos últimos anos, com destaque a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, o tópico sobre as necessidades educativas especiais fez-se presente, com a alusão comum da responsabilidade do poder público e da matrícula primacial na rede regular de ensino, com os apoios especializados cruciais.

Em relação a Resolução nº 02/2001, que implementou as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Instrução Básica verificou-se uma evolução na perspectiva da generalização e atenção à diversidade, na educação brasileira.

Segundo o artigo 58 da Lei nº 9.394/96, compreende-se por educação especial a categoria de educação cedida preferivelmente na rede regular de ensino:

“Art. 58: Entende-se por educação especial, para efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.”

Consequentemente, para que a inclusão de alunos com necessidades especiais na rede de ensino se efetive, propiciando a remição de sua cidadania e expandindo suas concepções existenciais, não basta a promulgação de leis que definam a institucionalização de cursos de capacitação básica de professores, nem a imprescindibilidade de matrícula nas escolas públicas. Sem sombra de dúvidas, estas são providências essenciais, contudo não suficientes.

2.1 CONTRIBUIÇÕES DOS PROFESSORES NO ENSINO REGULAR

Sabe-se que instruir é um encargo que envolve conhecimento a respeito de como se dá o procedimento de ensino/aprendizagem, dominação do conhecimento a ser socializada, competência técnico-pedagógica, planejamento, intencionalidade pedagógica, capacidade para identificar e atender às especificidades educacionais dos alunos.

A inclusão de pessoas com necessidades especiais na rede regular de ensino presume uma grande reestruturação no sistema educacional, acarretando na transigência ou adaptação do currículo, com alteração das proporções de ensino, estratégias e avaliação. Acarreta ainda no desenvolvimento de trabalhos em grupos na sala de aula e na institucionalização e adaptação de estruturas físicas que facilitam o ingresso e a deslocação de todos os indivíduos. É de vasto desafio fazer com que a inclusão ocorra, sem perder de vista que além das oportunidades, deve-se garantir o aperfeiçoamento da aprendizagem, como também, o desenvolvimento absoluto do indivíduo com necessidades educacionais especiais.

“A educação inclusiva tem sido discutida em termos de justiça social, pedagogia, reforma escolar e melhoria nos programas. No que tange a justiça social, ela se relaciona aos valores de igualdade e de aceitação”. (Pacheco, 2007, p.15)

É consciente de que o desafio elencado aos professores é extenso e que parte significativa continua “não preparada” para desenvolver estratégias de ensino diversificado, mas, o aluno com necessidades especiais está na escola, e cabe a cada um encarar esse desafio de forma a contribuir para que no âmbito escolar aconteçam avanços e transformações, mesmo que pequenas, mas que possam propiciar o início de uma inclusão escolar possível.

Desta forma, direciona-se a atenção para as ações que cabem aos professores realizarem na prática pedagógica no intuito de favorecer a aprendizagem de todos os alunos envolvidos no processo.

De acordo com o MEC, existem algumas adaptações curriculares que devem ser seguidas:

“Respostas educativas que devem ser dadas pelo sistema educacional, de forma a favorecer a todos os alunos e dentre estes, os que apresentam necessidades educacionais: a) de acesso ao currículo; b) de participação integral, efetiva e bem-sucedida em uma programação escolar tão comum quanto possível.” (BRASIL, 2000, p.7)

Tais adaptações são assim chamadas, exatamente por não exigirem homologação de instâncias superiores e possuírem sua implantação completamente cumprida através do trabalho docente.

Dentre essas adequações que fazem parte do currículo para garantir a inclusão e a permanência do aprendiz com necessidades educacionais especiais no ensino regular, estão: 1) O desenvolvimento de condições físicas, materiais e ambientais na sala de aula; 2) Proporcionar o melhor grau possível de diálogo e interação do educando com toda a coletividade escolar; 3) Empenhar-se pela obtenção de equipamentos e materiais específicos necessários; 4) Efetivar adaptações em materiais de uso comum em sala de aula; 5) Proporcionar recursos alternativos de comunicação, tanto no decorrer das aulas como nas avaliações, para alunos que não operam a comunicação oral;

Além de tais adaptações, é necessário refletir também nas adaptações mais específicas diante de cada necessidade.

É significativo destacar ainda, que antes de se iniciar um trabalho com alunos portadores de necessidades especiais no ensino regular, é preciso que se desenvolva uma preparação dos demais alunos, na aceção de conscientização da importância da convivência na diversidade e no respeito às diferenças.

2.2 ADEQUAÇÕES PARA RECEBER ALUNOS COM NECESSIDADES EDUCACIONAIS ESPECIAIS

Para que o procedimento da inclusão consiga ser conduzida a assistência eficaz dos alunos que possuem necessidades especiais, no presente para o sistema escolástico brasileiro, deve-se ponderar a escola e suas habilidades pedagógicas, objetivando o benefício de alunos e professores. É preciso sistematizar e

determinar o progresso de estratégias de intervenção que simplifiquem a implementação desta proposta.

No entanto, não possui modelos pedagógicos prontas, sequer diretrizes que sejam capazes de oferecer uma modificação da escola tradicional, para uma escola inclusiva e capaz de atender a particularidade de cada um. Toda escola, turma, professor, aluno, usufruem suas especialidades e encontram-se inseridos em realidades distintas. No entanto, é viável determinar diversas adequações que possam cooperar de maneira simples, prática e abrangente às variadas situações, dificuldades e necessidades especiais presentes nas escolas, vez em que os alunos com necessidades especiais já se encontram presentes nas escolas, cabendo a qualquer um, enfrentar esse desafio de modo a colaborar para que no ambiente escolar, ocorram evoluções e modificações, mesmo que pequenas, mas que sejam capazes de propiciar o início de uma inclusão escolar capaz com a finalidade de conceder uma aprendizagem de qualidade para todos os alunos abrangidos no processo.

Abaixo, segue jurisprudência referente à apelação cível de criança portadora de necessidades especiais, que prevê a contratação de monitor habilitado para realizar o acompanhamento da mesma:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ACESSO À EDUCAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. CONTRATAÇÃO DE MONITOR HABILITADO PARA O SEU ACOMPANHAMENTO. POSSIBILIDADE. As Leis 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) e 7.853/89 (Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência) igualmente sustentam a pretensão deduzida, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente que no art. 54, inciso III, de forma bastante específica, prescreve o dever do Estado de assegurar atendimento educacional especializado às crianças e aos adolescentes portadores de deficiência. **APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70055036750, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 12/09/2013)

Assim como se pode ver, é necessário o acompanhamento da criança por um profissional capacitado e habilitado a fim de que as pessoas portadoras de deficiência também possam receber um ensino de qualidade e assim fazer jus ao princípio da igualdade como prevê na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A fim de suceder a inclusão social de qualidade, necessita de o Estado investir em profissionais, pois a educação inclusiva é um processo gradativo que permite aos sistemas de ensino a se adaptarem à nova realidade educacional, buscando por práticas institucionais e pedagógicas que garantam qualidade de ensino a todos os alunos.

A Lei prevê que é direito de todos à educação, dessa forma compete à escola instruir-se a conviver com as particularidades de cada um e delinear caminhos que de fato levem à inclusão.

Incluir não é apenas acrescentar a pessoa junto aos demais, mas sim, buscar juntos o mesmo caminho e vontade para que possamos ajudá-los a serem vencedores. Para que a devida inclusão saia do papel e torne-se concreto, é necessário que se pense que a diversidade é parte da natureza e que a diferença não é um problema e uma sociedade democrática busca um caminho sem distinção, enquanto uma escola democrática é uma escola para todos, sem exceção.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A Constituição Federal de 1988 apresenta como um de seus objetivos fundamentais o dever com a educação de maneira a estabelecer igualdade no acesso à escola, sendo dever do Estado propiciar atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais preferentemente na rede regular de ensino.

Em 24 de outubro de 1989, foi implementada a Lei nº 7.853 que dispõe sobre as pessoas portadoras de deficiência, assegurando em seu artigo 1º o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e a efetiva integração social. Já no artigo 2º da mesma Lei, prevê que o Poder Público e seus órgãos concernem assegurar às pessoas portadoras de necessidades especiais os direitos básicos, inclusive a educação de qualidade e especial.

No ano de 1994, foi desenvolvida uma resolução das Nações Unidas, atribuída aos movimentos em favor dos direitos humanos sendo adotada em Assembleia Geral, tal resolução é denominada Declaração de Salamanca. Desse modo, este documento é considerado mundialmente como um dos mais importantes que visam a inclusão social.

A mesma é uma declaração internacional de caráter nacional, pois através desta que foi implantado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo assim um direito fundamental constitucional. Assim sendo, demanda que os Estados garantam que a educação de pessoas com deficiências seja parte integrante do sistema de ensino.

Diante de tal asserção, a Declaração de Salamanca acredita e preconiza que toda criança possui direito fundamental à educação e a mesma deve ser dada a oportunidade de conservar o nível adequado de aprendizagem. Também impõe que os sistemas educacionais devam ser designados e programas de ensino serem elaborados no sentido de levar em consideração a vasta diversidade de tais características e necessidades.

A Resolução desenvolvida em 11 de setembro de 2001, que institui as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabelece que o atendimento educacional a estes alunos tenham início na educação infantil, assegurando-lhes os sistemas de educação especializados. Define o artigo 2º que os sistemas de ensino possuem o dever de matricular todos os alunos, cabendo às escolas organizar-se para o atendimento aos lecionandos com necessidades especiais, assegurando-lhes as condições necessárias para uma educação de qualidade para todos.

Assim sendo, podemos concluir em relação aos pontos relevantes de educação especial inclusiva que é dever do Estado garantir um ensino de qualidade e especial para todos, e o não oferecimento da mesma acarreta em responsabilidade da autoridade competente, como prevê o artigo 208, inciso III e parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988:

“Art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

§2º o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”

CONCLUSÃO

Na verdade, a inclusão deve ser vislumbrada como um processo, que possui etapas e que tem de ser muito bem analisado, analisado em todo o seu decorrer, com incumbência e ponderação crítica. Ante todas as discussões e reflexões podem-se caracterizar algumas certezas como:

Não basta a garantia da lei. A inclusão deve ir adiante das leis e dos espaços determinados como regular ou especial. Deve sim, aludir ao que é significativo para cada ser humano, em cada etapa específica de sua vida, respeitando seus momentos, suas capacidades e necessidades;

Os docentes, independentemente da área ou série de laboração, têm necessidade de formação continuada, a respeito do processo de inclusão, acercadas necessidades educacionais especiais e sobre como se atribui o progresso intelectual dos indivíduos em seu processo de obtenção de conhecimentos;

É imprescindível e imediato um refletir sobre a função da escola, na estruturação de escola inclusiva, em correlação a definição de algumas terminologias que concedem rótulos como deficiência, incapacidade, retardo e inúmeros já marcados na história, buscando desassociar as dificuldades existentes da capacidade da pessoa.

Nesse nexos, a inclusão desses alunos em classes comuns constitui novos aspectos e desafios, que propendem a agregar com as dificuldades já efetivas do sistema atual, e, conseqüentemente, ratifica a ideia de que a inclusão requer profundas modificações com a finalidade de melhorar a qualidade da educação, seja para discentes com ou sem necessidades educacionais especiais.

É como se tivesse ocorridos o primeiro passo de uma extensa caminhada, de um árduo trajeto de lutas para que se assegurem a todos, as mesmas possibilidades de convivência, estudo, trabalho, lazer, enfim, chances de acesso a todos os recursos produzidos socialmente.

REFERÊNCIAS

BARRETA, E. M. et al. **Políticas Públicas de Educação Inclusiva: Avanços e recuos a partir dos documentos legais**. Portal ANPEDSUL, ano 2012. Disponível em: <http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Estado_e_Politica_Educacional/Trabalho/01_07_47_173-6553-1-PB.pdf> Acesso em 19 de maio de 2017.

BARROS, J. de. **Inclusão Social**. Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/educacao/inclusao-social.htm>> Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei 7.853** de 24 de outubro de 1989. Diário Oficial da União Brasília, 25 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais**. Brasília: UNESCO, 1994. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL, Ministério da Educação. **A inclusão escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: Deficiência Física.** Ministério da Educação. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/deffisica.pdf> > Acesso em: 26 de abril de 2017.

BRASIL, Ministério da Educação. **Secretaria de Educação Especial. Projeto Escola Viva: Garantindo o acesso e permanência de todos os alunos na escola - Alunos com necessidades educacionais especiais**, vol. 6. Brasília: MEC/SEESP, 2000.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. **Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001.** Diário Oficial da União, Brasília, 14 set. 2001. Seção 1E, p. 39-40. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf> >. Acesso: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70055036750 RS.** Apelante: Gabriela F. Apelado: Município de Bento Gonçalves. Relatora: Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. Rio Grande do Sul, PORTO ALEGRE, 12 de setembro de 2013. **JusBrasil.** Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113214096/apelacao-civel-ac-70055036750-rs/inteiro-teor-113214106?ref=juris-tabs> >. Acesso: 11 mai. 2017.

CAVALCANTI, M. **O que é inclusão social?** Bengala Legal. Fev. 2009. Disponível em: < <http://www.bengalalegal.com/blog/?p=32> >. Acesso: 10 abr. 2017.

FRIAS, E.M.A. **Inclusão escolar do aluno com necessidades educacionais especiais.** Dia a Dia Educação. Disponível em: < <http://diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/1462-8.pdf> > Acesso em 26 de abril de 2017 >. Acesso: 10 abr. 2017.

MACIEL, M. R. C. **Portadores de deficiência: a questão da inclusão social.** São Paulo Perspec. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 51-56, jun. 2000. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200008&lng=pt&nrm=iso >. Acesso: 10 abr. 2017.

MAZZOTTA, M. J.S. **Educação Especial no Brasil: História e políticas públicas.** 5ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

MOTA, E. G. da. Inclusão educacional das pessoas portadoras de deficiência. **Profala**. Disponível em: <<http://www.profala.com/arteducesp98.htm>>. Acesso: 10 abr. 2017.

PACHECO, J. **Caminhos para a Inclusão um guia para aprimoramento da equipe escolar**. São Paulo: Ed. Artmed, 2007.

SILVA, L. G. da. **Portadores de deficiência, igualdade e inclusão social**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10839>. Acesso: 10 abr. 2017.

TELES, B.R.S. **A inclusão do aluno com deficiência na escola comum**. Portal Educação. Campo Grande/MS Ago. 2012. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/pedagogia/artigos/16095/a-inclusao-do-alunocom-deficiencia-na-escola-comum>>. Acesso: 26 abr. 2017.

VIEIRA, E.J. **A inclusão do portador de deficiência**. *Pedagogia ao Pé da Letra*. Out. 2012. Disponível em: <<http://pedagogiaaopedaletra.com/monografia-a-inclusao-do-portador-de-deficiencia/>>. Acesso: 26 abr. 2017.

Nota:

[1] <http://lattes.cnpq.br/9965215637160749>

RESÍDUOS SÓLIDOS E OS DESAFIOS DA GESTÃO MUNICIPAL DE ACORDO COM A LEI 12.305/2010

KEYLA REGINA DA SILVA TALIARI: Acadêmica do curso de Direito da Universidade Brasil. Fernandópolis - SP.

Rodrigo Soncini de O. Guena
(Orientador)

RESUMO: Com o aumento populacional das últimas décadas, e também com a evolução no estilo de vida dos brasileiros, tem sido visível o aumento da quantidade de resíduos sólidos produzidos pela população brasileira urbana. Fato de grande preocupação a respeito do destino final dos resíduos sólidos urbanos, tanto por parte da população comum como também dos governantes, uma vez que essa situação vem se transformando num grande problema para a sociedade e para os gestores públicos. Pensando em uma situação resolutive, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, instituída pela Lei 12.305/2010 traz todas as regulamentações ideais para tal finalização. Cabendo então aos municípios a adequação ao sistema correto, e, para isso, recebem incentivos do Governo Federal. **Objetivo:** realizar uma análise dos problemas relacionados aos resíduos sólidos no Brasil. **Metodologia:** realizada por meio de pesquisas em documentos e informações sobre a gestão de resíduos sólidos disponíveis em diferentes fontes, como consultas a literatura científica, revistas jurídicas e sites jurídicos. **Resultados:** Cerca de 50,8% dos municípios brasileiros ainda insistem em lixões a céu aberto, porém esse dado já foi mais preocupante, sendo 82,2% no ano de 1989. Com relação ao tamanho dos municípios, verificou-se que os municípios com até 50mil habitantes apresentam somente 33% da destinação adequada para os resíduos, enquanto que os municípios com mais de 500 mil habitantes apresentam 73,14% da destinação adequada aos resíduos. Em 2012, cerca de 58% dos municípios apresentavam destinação correta para os resíduos sólidos, enquanto 42% ainda insistiam em lixões comuns.

Palavras-chaves: Meio Ambiente, Resíduos Sólidos, Municípios, Lei.

ABSTRACT: With the population increase in recent decades, and with the evolution in lifestyles of Brazilians have been visible by increasing the

amount of solid waste produced by the Brazilian urban population. It is evident the great concern about the final destination of solid waste, both by the common people as well as some rulers. It is known that in our law there own law regulating the correct way to proceed with the completion of solid waste, Law No. 12,305 / 2010 brings all ideals regulations for such termination. It is then up to the municipalities to the adequacy correct system, and, therefore, receive incentives from the Federal Government. Objective: To perform an analysis of the problems related to solid waste in Brazil. Methodology: accomplished through research on documents and information on the management of solid waste available in different sources such as scientific literature consultations, legal journals and legal sites. Results: About 50.8% of Brazilian municipalities still insist on open dumps, but this figure has been more worrying, being 82.2% in the year 1989 Regarding the size of the municipalities, it was found that municipalities with up to 50 thousand inhabitants present the 33% suitable for waste disposal, while municipalities with more than 500 000 inhabitants present 73.14% of proper waste disposal. In 2012, about 58% of the municipalities had to correct solid waste disposal, while 42% still insisted on common dumps.

Keywords: Environment, Solid Waste, Municipalities, Law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS (PNRS). 2. O PAPEL DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

As atividades sociais e econômicas desempenhadas pelo ser humano impactam diretamente sobre o meio ambiente e por serem muitas vezes realizadas de maneira errônea, agravam a relação sociedade humana e meio.

Atualmente, metade da população mundial vive em regiões urbanas. Segundo as Organizações das Nações Unidas (ONU), esse índice será de 60% em 2030 e chegará perto dos 70% em 2050. Cerca de 85% da

população brasileira vivem em cidades. Com o crescimento das cidades em tamanho e população, aumentam também as dificuldades em se manter equilibradas nos aspectos espacial, social e ambiental em seus territórios.

Isso indica uma necessidade de se harmonizar de forma inteligente essa interação ser humano e meio ambiente, sendo este, um dos grandes desafios da atualidade.

Justamente por esses e outros motivo é que o presente trabalho tem por objetivo geral, realizar uma análise dos problemas relacionados aos resíduos sólidos urbanos, apontando alguns aspectos legais do Direito Brasileiro, bem como as responsabilidades da Gestão Municipal no que diz respeito à coleta, transporte e destinação final para os resíduos.

Será enfatizada a evolução da destinação final dos resíduos sólidos em lixões a céu aberto nos últimos vinte anos assim como, a adequação dos municípios brasileiros frente à Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei 12305/2010).

Com isso, busca-se constatar a atual situação referente ao descarte dos resíduos sólidos e o que esta tem contribuído para a preservação do meio ambiente.

Para tanto, será utilizado como metodologia documentos e informações sobre a gestão de resíduos sólidos disponíveis em diferentes fontes, como consultas a literatura científica, revistas jurídicas e sites jurídicos.

O presente trabalho será de extrema relevância uma vez que visa analisar a aplicabilidade da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, bem como sua aplicabilidade como meio de prevenção e proteção ao meio ambiente.

O problema do descarte dos resíduos atinge a sociedade como um todo e é uma situação que se prolonga no tempo, desta forma o presente trabalho apontará a evolução na mudança comportamental da sociedade bem como de seus governantes no tocante a preocupação e necessidade

de preservação do meio ambiente como alternativa para minimizar os impactos gerados pela eliminação incorreta dos resíduos.

1. A POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS (PNRS)

Depois de duas décadas de tramitação em processo legislativo a PNRS e sua regulamentação, configuram-se na oportunidade de mudanças de paradigmas da sociedade brasileira mesmo que sua implementação seja após duas décadas.

De acordo com Latorre (2013, p.01), com a Política Nacional dos Resíduos Sólidos, o país passou a ter um marco regulatório no tocante aos Resíduos Sólidos, como resultado de extensa discussão com os órgãos governamentais, instituições privadas, organizações não governamentais e sociedade civil.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, então aprovados pela Lei nº 12.305/2010, introduziu uma nova perspectiva para o manejo de resíduos sólidos no Brasil. Anteriormente a sua promulgação, a Política Federal de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/07) cumpria o papel de regular a coleta e a destinação de resíduos, mas não trazia instrumentos destinados à redução do impacto ambiental por esses causada.

A Lei 12.305/2010 foi sancionada pelo ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 02 de agosto de 2010 e vela-se como um importante avanço na história dos resíduos sólidos, além de significar um potencial evolutivo em termos de responsabilidades.

Esta lei estabelece os princípios e objetivos a serem observados, além de dispor a respeito dos instrumentos e diretrizes da PNRS define as responsabilidades dos geradores e do Poder Público e ainda, cria obrigações aos Estados e Municípios.

A política pública lida com noções como destinação final ambientalmente adequada e também com disposição final ambientalmente adequada, informações essas trazidas na norma, porém, necessitando da participação da sociedade.

Iglecias (2012, p. 13) aborda que “a nossa Política Nacional de Resíduos Sólidos não trabalha apenas com a noção de reciclagem, mas com a redução de geração de resíduos e de reutilização.”

A Lei 12.305/2010, traz em seu artigo 3º, XVI o conceito amplo de resíduos sólidos:

“Resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultantes de atividades humanas, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido, semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos, cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgoto ou corpos d’água, ou exijam, para tanto, soluções técnicas ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.”

Portanto, resíduos são sobras, restos, tudo aquilo que resta que são remanescentes da cadeia produtiva, mas que ainda pode sofrer processo de tratamento e recuperação para reutilização, mais precisamente restos das atividades humanas, consideradas inúteis, indesejáveis ou descartáveis.

No Brasil, segundo a PNRS, Lei 12.305/2010, os lixões deveriam ser extintos para dar lugar aos aterros sanitários, sendo que os resíduos sólidos somente devem ser destinados aos aterros quando não apresentarem potencial de reutilização, o que inclui a logística reversa e a reciclagem de quase todos os materiais.

Isto porque, os lixões são causadores de poluição do solo e da água sob a superfície, bem como, da destruição da vegetação. Causam também mau cheiro e apodrecimento, atraindo moscas, baratas e ratos, entre outros animais peçonhentos. Sem falar, que os lixões são causadores de doenças como a cólera, infecções e verminoses.

De acordo com o artigo 15, inciso V da Lei 12.305/10:

“A união elaborará, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional dos Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo: (...) V- metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.”

Previsão esta, que deixa clara a preocupação da lei com a erradicação dos lixões, bem como o incentivo à reciclagem e a reutilização dos resíduos.

A Lei 12.305/10 proíbe em seu artigo 47, inciso II o lançamento de resíduos *in natura* a céu aberto, sendo excetuados os resíduos de mineração.

O volume de resíduos sólidos produzidos pelos grandes centros urbanos é tão relevante e significativo que tem sido considerado um dos maiores responsáveis pela poluição ambiental mundial.

A grande quantidade de lixo urbano é uma verdadeira praga que deve ser controlada imediatamente, através dos meios jurídicos aplicáveis, sobretudo os previstos pela Lei Federal 12.305/2010.

O aterro sanitário é uma das opções previstas pela Lei 12.305/10 como meio a solucionar os problemas gerados pela grande quantidade de lixos. Não devem, de forma alguma, ser confundido com os lixões, pois, esses são instituídos após um estudo prévio de impacto ambiental e com imposição de posturas técnicas a serem seguidas na forma estabelecida pela lei.

Para a instalação dos aterros, o solo é preparado com mantas especiais para não atingir o lençol freático, prevenindo assim, a contaminação por chorume – líquido mal cheiroso proveniente da decomposição de matéria orgânica-, este, é canalizado para ser tratado.

Segundo aborda Copola (2011, p. 17), “os aterros possuem válvulas de escape de gases, para que não causem contaminação no local onde estiverem localizados”.

Desta forma, os aterros constituem locais onde os resíduos são depositados e confinados, sem prejuízo ao meio ambiente, sendo comprimidos por máquinas que diminuem seu volume e posteriormente por um trator, os resíduos são espalhados e amassados sobre o solo, processo esse chamado de compactação e depois, os resíduos são cobertos por areia ou argila, o que minimiza os odores e a proliferação de insetos.

Para a instalação dos aterros é necessária a elaboração de estudo de impacto ambiental (EIA), que irá avaliar previamente as possíveis modificações nas propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente. Procedimento este obrigatório para todas as obras ou atividades lesivas ou potencialmente lesivas ao meio ambiente.

Conforme consta no artigo 3º, inciso VIII da Lei 12.305/10 no que se refere a disposição final ambientalmente adequada é a:

“distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e a segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.”

Coimbra e Barbosa (2012, p. 01) relatam que PNRS também estabelece princípios para a elaboração dos Planos Nacional, Estadual, Regional e Municipal de Resíduos Sólidos, além de garantir oportunidades de cooperação entre o poder público federal, estadual e municipal.

Como previsto no artigo 30 da Lei 12.305/10:

“Art.30: É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos

serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nessa seção.”

A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos envolve cadeias produtivas, o Poder Público e toda sua coletividade, todos unidos por uma boa causa, reduzir os impactos do meio ambiente.

2. O PAPEL DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

A Constituição Federal de 1988 atribuiu competência a União, Estados, Municípios e Distrito Federal para editar leis e normas de caráter ambiental, porém, esta competência é distinta e limitada para cada um deles.

De acordo com o artigo 23 da Constituição Federal de 1988, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, apresentam competência material comum quanto:

[...] “VI- proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII- preservar as florestas, a fauna e a flora.”

No tocante a competência legislativa, referente ao poder para elaborar leis, pode ser: exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

A União tem competência legislativa privativa e exclusiva para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais bem como sobre atividade nucleares de qualquer natureza, sendo que nenhum outro ente federativo poderá legislar sobre estas matérias a não ser nos casos de delegação ou suplementação da competência.

No artigo 24 da Constituição Federal de 1988 encontra-se a competência legislativa concorrente, como o previsto no inciso VIII:

[...] “VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, [...].”

A competência legislativa suplementar atribuídas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para que possam elaborar leis gerais

existentes ou ainda, para suprirem ausência ou omissão das mesmas, tem previsão nos artigos 24 parágrafo 2º e artigo 30 inciso II da Constituição Federal.

De acordo com o artigo 225 da Constituição Federal de 88: “o poder público deve promover a informação e a conscientização sobre a importância da preservação ambiental”.

Segundo Schneider et al. (2013, p. 19), “o papel do Poder Público na gestão dos resíduos urbanos é de extrema importância, uma vez que regulariza e normatiza os aspectos econômicos, sociais, culturais, ambientais, sanitários, entre outros”.

Os governos locais são atores indispensáveis nas decisões e acordos ambientais internacionais, tendo em vista que a implementação de tais acordos geralmente ocorrem no âmbito das cidades, sendo influenciadas pela forma de como são planejadas e como são governadas, influenciando significativamente na dimensão dos impactos diretos e indiretos sobre a biodiversidade.

De acordo com a Constituição Federal de 1998, no seu artigo 30, compete aos municípios:

“I. Legislar sobre assuntos de interesse local; (...)
VII. Prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII. Promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...).”

Segundo Meza et al. (2012, p. 04), “cabem aos municípios a realização dos serviços de limpeza pública, coleta, transporte e disposição final dos resíduos sólidos urbanos, uma vez, que são serviços públicos locais cujos interesses prevalecem sobre os da União ou dos estados”.

Desta forma, os municípios precisam se comprometer, por força da lei, a legislar e executar os serviços de gestão dos resíduos sólidos urbanos, por meio de atividades de saneamento baseadas no ordenamento territorial, ainda que com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

As prefeituras têm competência de estabelecer o uso do solo em seus espaços territoriais, concedendo licenças e alvarás como também a responsabilização pela limpeza pública. Entende-se por gestão dos resíduos sólidos, atividades referentes às tomadas de decisões estratégicas e a organização do setor para esse fim, envolvendo instituições políticas, instrumentos e meios.

O gerenciamento de resíduos sólidos pode ser definido como controle da geração, estocagem, coleta, transferência, transporte, processamento e disposição dos resíduos sólidos, de acordo com princípios de saúde pública, econômicos, de engenharia, de conservação e de proteção ao meio ambiente, sendo também responsáveis por atitudes públicas.

Com esses dados, tem-se a evidência de que a capacidade de se enfrentar o problema decorrente da destinação final dos resíduos sólidos, além de possuir raízes socioeconômicas, vinculadas à distribuição da renda e ao nível de conscientização, encontra-se também relacionada à capacidade de gestão dos municípios e à quantidade populacional adequada. Porém, nem sempre o âmbito territorial ideal da política pública de destinação final dos resíduos sólidos corresponde ao território do município. Desta forma, é natural que as soluções para a destinação final dos resíduos sólidos urbanos sejam intermunicipais.

De acordo com a PNRS, a gestão dos resíduos no âmbito local deve ser feita por meio do Plano Municipal de Gestão de Resíduos, o qual deve apresentar como base o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, visando nele apresentar a origem, o volume, a caracterização e as formas de destinação e disposição final adotada. Devem também ser apresentadas metas de não geração, redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem, entre outras, como meio de redução da quantidade de rejeitos a serem encaminhados para disposição final. Os planos municipais precisam ser elaborados de forma participativa e

transparente, tendo seus conteúdos vinculados com outras leis que tratam de resíduos.

Os municípios devem ainda por meio do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos estimular o fortalecimento institucional de cooperativas e associações, em prol da melhoria das condições de trabalho dos catadores, e a pesquisa voltada à integração das ações que envolvam a responsabilidade compartilhada do ciclo de vida dos produtos.

Para isso, se faz necessário um método de gerenciamento que exige articulação e integração entre os sistemas políticos, empresarial e sociedade civil organizada, visando superar os fatores restritivos ao equacionamento da problemática dos resíduos sólidos urbanos.

Em grande parte dos municípios esse gerenciamento deixa a desejar, pois, priorizam metas a serem alcançadas em curto prazo, com implementação de procedimentos e tecnologias corretivas, buscando assegurar a saúde da comunidade e minimizar os impactos negativos associados ao manejo inadequado dos resíduos, sem se preocupar com uma solução definitiva.

As metas propostas para médio e longo prazo, em geral, visam obter os meios técnicos e financeiros necessários para executar programas de caráter preventivo da poluição.

Entretanto, a gestão integrada proposta pela Política Nacional de Resíduos Sólidos inclui todas as ações voltadas à busca de soluções para os resíduos sólidos, não somente ao controle da poluição, segundo Jesus (2013, p.07).

De acordo com a previsão legal, o Plano Municipal deverá desenvolver ações específicas, criadas pelos órgãos da administração pública, objetivando a utilização racional dos recursos ambientais, combate a todas as formas de desperdício e a minimização na geração de resíduos sólidos.

O Governo Federal tem como proposta para a gestão dos resíduos sólidos, em face da realidade dos municípios do país, a consolidação dos consórcios públicos intermunicipais que, tiveram reconhecimento da legislação federal (Lei 11.107/2005), como também pela Lei dos Consórcios Públicos regulamentada pelo decreto nº 6.017/ 2007).

Havendo então, a possibilidade dos municípios se consorciarem com a finalidade de uma melhor gestão no tocante aos resíduos sólidos, esses serão dispensados da elaboração de um plano municipal de gestão integrada.

Os municípios com menos de 20.000 habitantes, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos terá conteúdo simplificado, exceto os municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e cujo território abranja, total ou parcialmente, Unidades de Conservação. (Brasil 2010).

De acordo com os dispositivos legais, fica evidente que há incentivo às soluções intermunicipais, pois, de um lado prevê que os Estados poderão elaborar planos de resíduos sólidos microrregionais ou relativos às aglomerações e regiões metropolitanas, com a participação dos municípios. Por outro lado, os municípios podem elaborar planos intermunicipais de resíduos sólidos, desde que atenda os termos do regulamento, podendo assim ser dispensados da elaboração de um plano municipal.

A Lei 12.305/10 deixou aos municípios a responsabilidade pela escolha da forma de recolhimento do lixo, reciclável ou não, não podendo ao Judiciário estabelecer, conforme ementa abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIXO. PROBLEMA AMBIENTAL DE ENORME RELEVÂNCIA. COLETA SELETIVA. POSSIBILIDADE. LEI 12.305/10 - INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS. REGULAMENTAÇÃO PELO DECRETO 7.404/10. RESOLUÇÃO 275/01 CONAMA - DISPÕE ACERCA DA NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE

COLETORES EM PADRÕES INTERNACIONAIS PARA SEPARAÇÃO DO LIXO SÓLIDO. ATO NORMATIVO QUE DEVE ESTAR EM CONSONÂNCIA COM A LEI. INTERPRETAÇÃO DA LEI 12.305/10 QUE NÃO PERMITE DETERMINAR A FORMA COMO CADA MUNICÍPIO DEVE DIRECIONAR A COLETA SELETIVA. RESOLUÇÃO ANTERIOR À NORMA DE REGÊNCIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. PREJUDICADO O 1º APELO. PROVIMENTO DOS DEMAIS. - (TJ-RJ - APL: 03753563720118190001 RJ 0375356-37.2011.8.19.0001, Relator: DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE, Data de Julgamento: 19/06/2013, VIGÉSIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 27/03/2014 12:00).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diariamente no Brasil, são coletadas cerca de 180 a 250 mil toneladas de resíduos sólidos urbanos. Levando-se em consideração as grandes diferenças regionais, a produção de resíduos tem crescido significativamente em todas as regiões e estados brasileiros. A média de resíduos sólidos urbanos é de aproximadamente 1kg por habitantes/dia.

Grande parte dos resíduos produzidos atualmente, ainda não apresenta destinação sanitária e ambiental adequada, cerca de 50,8% dos municípios brasileiros ainda insistem em vazadouros a céu aberto, os popularmente chamados lixões. Mas esse quadro teve uma mudança significativa nos últimos 20 anos. Em 1989 os lixões representavam o destino final dos resíduos sólidos em 82,2% dos municípios, segundo dados da Pesquisa Nacional de saneamento Básico (PNSB), realizada em 2008, pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE). Os municípios que utilizam os aterros cobertos por terra se mantiveram inalterados entre os anos de 2000 e 2008 e houve um aumento na destinação para os aterros sanitários que utilizam tecnologia específica que visem minimizar os impactos ambientais como também os riscos a saúde humana. Outras formas de destinação para os resíduos sólidos urbanos, como a

compostagem, incineração e reciclagem tiveram pequenas variações nesse período, Schneider et al. (2013, p. 20).

A destinação final inadequada dos resíduos sólidos é um problema que atinge, sobretudo, os pequenos municípios, segundo a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico de 2008, nos municípios de até 50 mil habitantes e com densidade menor que 80 habitantes por quilômetro quadrado, apenas 33,14% do total coletado possuem destinação final adequada, sendo que o percentual se eleva para 73% em municípios com mais de 500 mil habitantes.

Segundo pesquisa realizada pela Abrelpe (2009, p. 31), referente ao ano de 2012, revelou que 58% da destinação final de resíduos sólidos, seguiram para aterros sanitários, enquanto que os 42% restantes foram encaminhados para lixões ou aterros controlados, os quais pouco se diferenciam dos lixões por não possuírem medidas necessárias para proteção do meio ambiente contra danos e degradações.

De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, instituída pela Lei nº 12.305/2010, os municípios teriam até dia 2 de agosto deste ano de 2014, para extinguirem os lixões e criarem aterros sanitários para os lixos que não possuam nenhum tipo de aproveitamento. Entre as medidas possíveis, estão os aterros sanitários ou a incineração com baixo impacto ambiental. Porém, muitos municípios alegaram não ter condições de se adequarem às metas estabelecidas.

É notável que mesmo com a legislação mais restritiva e com os esforços em todas as esferas governamentais, a destinação inadequada dos resíduos sólidos, ainda se faz presente em todas as regiões e estados brasileiros, com 3.352 municípios, correspondendo a 60,2% do total, que utilizaram locais impróprios para destinação final dos resíduos.

De acordo como Ministério do Meio Ambiente, somente 2.202 municípios de um total de 5.570, estabeleceram medidas para garantir a destinação adequada dos lixos que não podem ser reciclados ou usados em compostagem. Esses municípios correspondem cerca de 60% do total dos municípios do país e produzem o equivalente a 40% do volume de lixos do

país. Aponta também, que nesses quatro anos, que transcorreram após a Lei 12.305/2010, foram disponibilizados R\$ 1,2 bilhão para que os Estados e Municípios realizassem o planejamento das ações e iniciassem medidas para adequação à nova legislação de resíduos sólidos, Néri (2014).

Para frente Parlamentar Ambientalista não há que se pensar em prorrogação do prazo para as possíveis adequações dos municípios, deixando claro que caso ocorra o descumprimento da lei, os municípios poderão ser penalizados com uma multa que varia de R\$ 5 mil a R\$ 50 milhões.

Segundo a Associação de Órgãos Municipais do Meio Ambiente, cerca de 10% dos quase três mil municípios com lixões conseguiram solucionar o problema, porém, a principal justificativa para o não cumprimento foi às dificuldades financeiras. Para o coordenador da Frente Ambientalista, deputado Sarney Filho, houve sim avanços nesses quatro anos de vigência da Lei dos Resíduos Sólidos, porém concorda que ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Segundo a ministra do Meio Ambiente Isabella Teixeira, alguns municípios deixaram de acessar os recursos de investimento na aplicação da lei por não terem apresentado um projeto executivo e que em outros casos a liberação foi suspensa por má aplicação, Néri (2014).

Porém, de acordo com a Confederação Nacional dos Municípios (CNM), cerca de 1,1 mil das 2,4 mil cidades com até 300 mil habitantes, sequer possuem o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, requisito obrigatório para o recebimento de verbas federais voltadas as extinções dos lixões. O prazo final para que os municípios entregassem esse Plano de Gerenciamento era para agosto de 2012.

No entanto, André Moura, deputado (PSC-CE), apresentou o relatório da Medida Provisória 649/14, pretendendo ampliar até 2018 o prazo para as cidades acabarem com seus lixões. O relatório também garante aos Estados e Municípios, o prazo de dois anos, ou seja, até 2016 para que possam elaborar os planos estaduais e municipais de resíduos sólidos. Esses planos são exigidos para que o Governo Federal disponibilize verbas para que os

mesmos cumpram com as exigências da Política Nacional de Resíduos Sólidos. O deputado alega que tanto os estados como os municípios não concluíram os trabalhos exigidos e por este motivo, deixaram de receber verbas, sendo assim, acredita na necessidade de um prazo adicional, Câmara Notícias (2014).

CONCLUSÃO

Com o estudo bibliográfico realizado, foi possível constatar que embora em nosso ordenamento tenhamos garantido, entre vários direitos, o direito fundamental a um ambiente sadio, tanto físico como biológico e sócio cultural, nota-se que muito ainda há de ser feito para que essa garantia esteja realmente ao alcance de todos.

De um lado, nota-se um crescimento populacional desordenado, com produções excessivas e costumes errôneos de eliminação de resíduos, um verdadeiro acúmulo de recicláveis. Por outro, encontra-se governantes municipais que ainda estão desorganizados perante a Política Nacional dos Resíduos Sólidos.

O que se percebe é ainda um grande percentual de municípios fora da adequação ideal para a eliminação dos resíduos sólidos, mesmo que para isso, tenham recebido orientações e incentivos do Governo Federal, bem como, prazo hábil para as possíveis alterações.

É de se estranhar que apesar de ser de conhecimento de todos, as consequências que os lixões a céu aberto trazem para nós seres humanos, tanto para a saúde como para o aspecto socioeconômico, que representantes do povo na câmara dos deputados, peçam pela prorrogação do prazo de cumprimento da Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos para mais quatro anos. Isso nos leva a acreditar que mais uma vez estão tratando de assuntos sérios com finalidade política, pois, uma medida drástica contra os municípios que ainda não se adequaram, poderia servir de obstáculo para algumas candidaturas, uma vez que esse é um ano de eleições. Porém, fica difícil acreditarmos que daqui a quatro anos todos esses problemas estarão resolvidos, mesmo porque, teremos novamente um ano de eleições.

Enquanto isso, os problemas dos lixões permanecem, medidas importantes já estão estabelecidas com a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010), porém ainda é significativo o número de municípios que se encontram irregulares quanto à destinação final dos resíduos sólidos. Este é momento dos cidadãos cobrarem medidas mais sérias e rápidas para equacionar o problema dos resíduos sólidos no Brasil.

REFERENCIAS

1. ABRELPE- Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais. Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil-2009. São Paulo: Abrelpe, 2009. Disponível em:>[http:// www.globalgarbage.org /Panorama2009.pdf](http://www.globalgarbage.org/Panorama2009.pdf)> Acesso em: 20 de agosto de 2016.

2. Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/ constituicao / constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

3. Brasil. Lei nº 12.305, de 02 de Agosto de 2010. Trata da Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

4. Brasil. Tribuna de Justiça do Rio de Janeiro. APL 03753563720118190001 RJ 0375356-37.2011.8.19.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Autor: Município do Rio de Janeiro; Autor: Companhia Municipal de Limpeza Urbana Comlurb. Reu: Os mesmos. Relator: Desembargadora Flávia Romano de Rezende. Rio de Janeiro, 2013. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mar de 2014. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117611375/apelacao-apl-3753563720118190001-rj-0375356-3720118190001/inteiro-teor-143727367>>. Acesso em: 14/04/2017.

5. Brasil. Câmara Legislativa. Câmara Notícias disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIDADES/473817-RELATOR-INSISTE-EM-INCLUIR-PRORROGACAO-DE-LIXOES-NA-MP-DA-NOTA-FISCAL.html>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

6. Coimbra, T.S, Barbosa, D.R. **Gestão Ambiental dos Resíduos Sólidos em Nova Iguaçu (RJ)**. In: Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. 2012. Disponível em: < <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos12/31216306.pdf>>. Acesso em: 02 de set. de 2016.

7. Copola, G. **A Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei Federal Nº 12.305, de 2 de Agosto de 2010). Os Aterros Sanitários de Rejeitos e os Municípios**. 2011. Disponível em: < <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Gina%20Copola/gina%20artigo%2067.pdf>>. Acesso em: 02 de set. de 2016.

8. Iglecias, P. **Política Nacional e Responsabilidade Pós-Consumo. Caderno Globo Universalidade. Tema: Futuro do Lixo.** Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <<http://especial.globouniversidade.redeglobo.globo.com/livros/CadernoGUSPLimpa.pdf>>. Acesso em: 02 de set. de 2016.

9. Jesus WF. **Caracterização das Formas de Destinação Final Impostas pela Política Nacional dos Resíduos Sólidos e Identificação de seus Principais Aspectos e Potenciais Impactos. Graduação em Engenharia Ambiental.** Londrina: Universidade Tecnológica do Paraná. 2013. Disponível em: < http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/1417/1/LD_COEAM_2013_1_13.pdf >. Acesso em: 02 de set. de 2016.

10. Latorre, C.R. **Política Nacional do Resíduo Sólido e Responsabilidade Pós-Consumo nos Dias Atuais.** Revista Ambiental. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=441d9b1d721e2997>>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

11. Meza, MLF.G; Oliveira, MFB; Vasconcelos, MC; **O Papel do Município na Gestão de Resíduos Sólidos: Programas e Projetos da Prefeitura de Curitiba.** Seminário Nacional de Planejamento e Desenvolvimento. Curitiba, 2012. Disponível em: < http://200.19.73.116/anais2/wp-content/uploads/2015/08/Markos_Flavio_Oliveira.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

NERI, Felipe. **Natureza Globo.** Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/2014/07/governo-nao-pedira-prorrogaao-de-prazo-para-lei-que-extingue-lixoes.html>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.

12. Schneider, DM, Ribeiro, WA; Salomonil, D. **Orientações Básicas para a Gestão Consorciada de Resíduos Sólidos.** Brasília: IABS, 2013. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/vol_7_orientacoes_basicas_gestao_consorciada_residuos_solidos.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2016.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

SIM! PRECISAMOS FALAR SOBRE ESTADO E DEMOCRACIA!

Rio Grande
2016



JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

SIM! PRECISAMOS FALAR SOBRE ESTADO E DEMOCRACIA!

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Rio Grande
2016

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER

SIM! PRECISAMOS FALAR SOBRE ESTADO E DEMOCRACIA!

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Professora Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Professor Dr. Renato Duro Dias

Professora Msc. Bianca Pazzini

A todos aqueles que acreditam na educação pública, gratuita e de qualidade social como um direito de todos nós e um dever do Estado.

Mapa-múndi/2

[...]

A democracia é um luxo do norte. Ao sul é permitido o espetáculo, que não é negado a ninguém. E ninguém se incomoda muito, afinal, que a política seja democrática, desde que a economia não o seja. Quando as cortinas se fecham no palco, uma vez que os votos foram depositados nas urnas, a realidade impõe a lei do mais forte, que é a lei do dinheiro. Assim determina a ordem natural das coisas. No Sul do mundo, ensina o sistema, a violência e a fome não pertencem à história, mas à natureza, e a justiça e a liberdade foram condenadas a odiar-se entre si.

Eduardo Galeano

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar o Estado e a democracia a partir dos debates que vêm sendo desenvolvidos especialmente no campo da Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Para atingir tal desiderato, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e dialético, com técnicas de pesquisa baseadas na revisão bibliográfica, documentos, leis e doutrinas, estrutura-se o trabalho em dois capítulos: o primeiro, baseado em problemas enfrentados pelos elementos caracterizadores do Estado Moderno e as crises atinentes ao Estado na contemporaneidade, buscando, aqui, a interconexão com o pensamento gramsciano; o segundo, centrando a discussão na questão democrática, especialmente a partir das contribuições de Macpherson e Bobbio, do debate sobre a Reforma Política no Brasil e de apontamentos transdisciplinares ao questionamento democrático. Advoga-se que, tendo como relevantes essas possibilidades, poder-se-á construir uma prática jurídica que considere a ordem jurídica como um instrumento de suporte para a viabilização de um pacto social mais justo, humanitário, reflexivo e crítico.

Palavras-chave: Estado. Democracia. Ciência Política. Teoria Geral do Estado. Prática Jurídica.

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo analizar el Estado y la democracia a partir de los debates que se han desarrollado sobre el campo de La Ciencia Política y Teoría General del Estado. Para lograr este objetivo, hemos utilizado el método deductivo y la dialéctica de enfoque, con técnicas de investigación basadas en la revisión bibliográfica, documentos, leyes y doctrinas, el trabajo se estructura en dos capítulos: el primero, basado en problemas enfrentados por los elementos característicos del Estado Moderno y las crisis relacionadas con el Estado en la contemporaneidad a buscar, aquí, la interconexión con el pensamiento de Gramsci; lo segundo, centrado en la discusión sobre la cuestión de la democracia, especialmente a partir de las contribuciones de Macpherson y Bobbio, de lo debate sobre la Reforma Política en Brasil y e de notas transdisciplinarias de la cuestión democrática. Sostiene que, teniendo por pertinentes estas posibilidades, se puede construir una práctica legal que considera el sistema legal como una herramienta de apoyo para la consecución de un pacto social más justo, humanitario, reflexiva y crítica.

Palabras clave: Estado. Democracia. Ciencia Política. Teoría General del Estado. Práctica Jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO EM DEBATE	13
1.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ESTADO: DAS LINHAS BÁSICAS DO CONCEITO TRADICIONAL AO SEU ESGOTAMENTO	13
1.2 O ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE E O PENSAMENTO GRAMSCIANO: POSSÍVEIS INTERCONEXÕES	20
1.2.1 Crise conceitual do Estado	23
1.2.1.1 A questão da soberania: uma revisão dos seus postulados.....	23
1.2.1.2 Os direitos humanos em sua complexidade: uma estratégia teórica frente à crise conceitual do Estado contemporâneo.....	27
1.2.2 Crise estrutural do Estado	30
1.2.3 Crise constitucional (institucional) do Estado	35
1.2.4 Crise funcional do Estado	38
2 A QUESTÃO DEMOCRÁTICA	41
2.1 A DEMOCRACIA QUE SE TEM E A DEMOCRACIA QUE SE QUER: AS CONTRIBUIÇÕES DE MACPHERSON E BOBBIO	41
2.2 A REFORMA POLÍTICA NO BRASIL: OS CONSENSOS POSSÍVEIS E O CAMINHO DO MEIO EM BUSCA DO APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO.....	50
2.2.1 O sistema político brasileiro e seus problemas	50
2.2.1.1 O sistema de governo	50
2.2.1.2 O sistema eleitoral.....	51
2.2.1.3 O sistema partidário	51
2.2.2 Os principais objetivos de uma Reforma Política	52
2.2.2.1 Aumentar a legitimidade democrática do sistema político.....	52
2.2.2.2 Baratear o custo das eleições para reduzir a centralidade do dinheiro no processo eleitoral	52
2.2.2.3 Assegurar a formação de maiorias políticas que afiancem a governabilidade e relações republicanas entre Executivo e Legislativo	53
2.2.3 As diferentes propostas existentes	53

2.2.4 Consensos, denominadores comuns e conciliações possíveis56

2.2.4.1 Os consensos existentes: proibições de coligações e cláusulas de desempenho.....	56
2.2.4.2 Financiamento eleitoral: o caminho do meio	56
2.2.4.3 Sistema eleitoral: conciliação de propostas ou votação	58
2.3 PERSPECTIVAS TRANSDISCIPLINARES AO QUESTIONAMENTO DEMOCRÁTICO	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

O ano de 2016 escancarou aquilo que o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), vem, habitualmente, lembrando: vivem-se tempos estranhos, e difíceis. Um ano abstruso para todos, na política, na economia, nos tribunais e na sociedade. O que se verifica é o predomínio da sensação melancólica de que a vida ficou pior e mais confusa, com litígios e perda dos direitos já conquistados em todos os níveis.

O aumento das desigualdades sociais e a impossibilidade de os Estados atenderem às demandas da população excluída de bens essenciais têm ocasionado crises sociais sérias. A capacidade de os governos manterem a ordem vem sendo desafiada. Eclodem distúrbios em larga escala, mesmo em democracias supostamente consolidadas.

Assim, algumas notas introdutórias são necessárias para que o leitor não tenha apenas a dimensão a que se propõem as presentes reflexões, mas também alguns esclarecimentos acerca da estrutura escolhida e da forma de tratamento dado ao tema, bem como da estratégia que orientou este Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

Com efeito, muitas são as obras que se dedicam ao enfrentamento das questões relativas à Ciência Política e à Teoria Geral do Estado. Desnecessário referir que diversos autores se desbruçam sobre essa temática, aportando conhecimentos novos e/ou trazendo ao debate o conteúdo repisado daqueles aspectos que tradicionalmente dizem respeito a tais disciplinas.

Todavia, registra-se, desde já, o aporte teórico consubstanciado nesta monografia: Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. Isso, por um motivo muito simples que diz respeito à conotação da obra desses autores, já revelada em suas páginas iniciais a partir da citação de José Saramago: “há um mal econômico, que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político, que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres”.

Apesar dos outros cinquenta autores que compõem a presente base bibliográfica, foi, a partir do aporte teórico acima, que se deu início à elaboração desta pesquisa, tendo sempre presente que tal se destina, em especial, a subsidiar o conhecimento e a formação dos operadores jurídicos (não obstante as restrições a essa nomenclatura), optando inicialmente por dissertar acerca dos elementos

caracterizadores do Estado, que vão das linhas básicas do conceito tradicional ao seu esgotamento. Nesse sentido, com o reforço do aqui dissertado acerca da origem do Estado Moderno, seu desenvolvimento e formulações, chegar-se-á às crises do Estado Contemporâneo, com o que se crê aportar ao leitor um conhecimento diferenciado e substancial da matéria.

Em outras palavras, acredita-se, desse modo, estar permitindo que se estabeleça, primariamente, o debate acerca de temas cruciais para a compreensão da realidade institucional estatal, em particular em um momento no qual até mesmo sua continuidade é questionada, em face das transformações da ordem social contemporânea, tendo como pano de fundo o fenômeno da globalização econômica e da mundialização dos subsistemas sociais e dos projetos políticos da modernidade, sobretudo dos direitos humanos e do constitucionalismo.

Crises são o grande teste para a Constituição e para as instituições que ela cria. Todas as democracias estão sujeitas a intempéries. O que diferencia as grandes nações das republiquetas é o modo como lidam com os infortúnios inevitáveis, tropeçando ou não sobre elas (democracias).

Assim, revisitando autores consagrados e construindo um ponto de vista particular, estruturam-se essas reflexões no campo da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado em dois capítulos: o primeiro, colocando em debate o Estado; o segundo, fundamentado acerca da questão democrática. Dessa forma, estar-se-á quebrando o paradigma de três capítulos inerentes aos Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) em geral, e atribuindo a cada um dos dois capítulos um caráter próprio, com o privilegiamento de facetas específicas como, por exemplo, possíveis interconexões entre o pensamento gramsciano e as crises do Estado na contemporaneidade, no capítulo um, e o debate sobre a Reforma Política presente no capítulo dois.

Por conseguinte, este Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), além de ser requisito para a obtenção de Grau de Bacharel em Direito, busca servir como facilitador para a compreensão dos tempos estranhos e difíceis, reafirmados pelo Ministro Marco Aurélio Mello, buscando aguçar o interesse do leitor relativamente às matérias que dizem respeito ao campo da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado.

Assumindo essa postura, consoante a trajetória e os posicionamentos deste acadêmico, acredita-se estar contribuindo para uma melhor formação dos lidadores

do Direito, buscando comprometê-los com uma prática jurídica que considere a ordem jurídica como um instrumento de suporte para viabilização de um pacto social mais justo, humanitário, reflexivo, crítico e interdisciplinar.

1 O ESTADO EM DEBATE

O modo como se define uma crise e se identificam os fatores que a causam tem um papel decisivo na escolha de medidas que a superem e na distribuição dos custos sociais que essas possam causar. A luta pela definição da crise é, assim, um ato eminentemente político e, para esclarecer a sua natureza, é preciso algum esforço analítico. Antes de mais, há que se fazerem algumas distinções: a primeira diz respeito aos elementos caracterizados do Estado, que vão das linhas básicas do conceito tradicional ao seu esgotamento; a segunda, que trata das crises do Estado na contemporaneidade, com possíveis interconexões ao pensamento gramsciano.

Nesse contexto, pretende-se retomar o debate acerca da instituição central da modernidade, o Estado, para que, a partir de enfrentamentos pontuais como a soberania e os direitos humanos, possa-se contribuir para o desenvolvimento do objeto em debate. Assim, o resultado que se pretende colher a partir desse capítulo é aquele que conduz, muitas vezes, para posturas céticas quanto às possibilidades dos projetos modernos e, também, do questionamento acerca das possibilidades de constituição de formas e fórmulas outras que assegurem os fundamentos civilizatórios do processo democrático e das conquistas sociais.

Em outras palavras, o que se propõe é uma reflexão conjunta acerca do tema, tomando como referência alguns dos aspectos que abaixo se explicitam, partindo da desconstrução mesma dos fundamentos conceituais da modernidade estatal.

1.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ESTADO: DAS LINHAS BÁSICAS DO CONCEITO TRADICIONAL AO SEU ESGOTAMENTO

De acordo com Aristóteles (2001), o homem é um animal social. Tal “status” é o que tem lhe caracterizado ao longo dos tempos de viver em sociedade¹. Com efeito, “os autores se esforçam em procurar explicações para a formação desta, para o que teria levado o homem a abandonar uma situação de vida individual, a fim de entrar

¹ Desde já, e até para um melhor deslinde do que será exposto ao longo do trabalho, parte-se do conceito gramsciano de sociedade que, de acordo com Bobbio (1982) e Carnoy (2013), introduziu uma profunda inovação na tradição marxista: a sociedade civil, em Gramsci, não pertence ao momento *estrutural*, mas ao momento *superestrutural*. Representa o fator ativo e positivo no desenvolvimento histórico; é o complexo das relações ideológico-culturais, a vida espiritual e intelectual, e a expressão política dessas relações torna-se o centro da análise.

numa forma qualquer de organização social” (BASTOS, 2010, p. 25). Para além das interpretações mecanicistas e organicistas de sociedade, que representam as duas formulações históricas mais importantes sobre os seus fundamentos², há, por parte dos autores pesquisados e que compõem a base bibliográfica deste trabalho, grande dificuldade em identificar uma razão específica para sua formação, já que se trata de uma categoria histórica em consonância com o próprio evoluir do homem, confundindo-se nas origens da própria espécie humana.

Por mais que Adorno (2008) se recusasse a apresentar uma definição sobre o que a sociologia deveria ser, é possível extrair de suas aulas a preocupação com a compreensão da sociedade, isto é, do que é a essencial. De igual modo, a essencialidade das primeiras comunidades originárias, portanto objeto de estudo da disciplina, residia na administração de seus problemas. Num primeiro momento, é possível reconhecer que as dificuldades da sobrevivência coletiva tenham primado sobre as da própria individualidade.

É inegável que, tornando-se os homens responsáveis não só pela sobrevivência pessoal, mas também pela resolução dos problemas que permitissem a manutenção e a sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassavam os indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. Trata-se do aparecimento do político. (BASTOS, 2010, p. 25-26).

Por meio do surgimento do problema do poder, que foi delineado por Foucault (1984)³, posteriormente, na sociedade moderna, emerge também o daqueles que irão desempenhar a função política. A rudimentariedade das comunidades primitivas, mesmo conferindo primazia às formas coletivas de resolução desses problemas, tolheu a capacidade dos demais campos do saber, como a história e a antropologia, de apresentarem explicações acerca da existência de sociedade em que não houvesse a diferença entre homens no que diz respeito ao desempenho da função política. Assim, critérios de diferenciações pessoais como aptidão, vocação, disposição para o exercício do mando etc. estabeleceram a sobressaída de alguns

² BONAVIDES (2001, p. 55 e seguintes), em seu magistério, apresenta com precisão tais formulações.

³ O objetivo principal dos estudos de Michel Foucault, nos anos 1960, foi investigar as condições histórico-filosóficas de existência das ciências do homem, situando-as em relação a outros saberes da modernidade. Nos anos 1970, época dos textos de *Microfísica do poder*, seu interesse foi complementar essa arqueologia, como chamou, com uma genealogia do poder que explicasse o aparecimento dos saberes sobre o homem como elementos de um dispositivo de natureza política, como peças de relações de poder.

indivíduos, de modo a exercerem determinada forma de liderança na condução dos fenômenos sociais.

Não se estará a tratar aqui o método genealógico elaborado por Foucault (1984) e descrito sucintamente em nota de rodapé anterior, para analisar como e por que os saberes se constituem a partir de práticas políticas e econômicas. Até porque os preceitos estabelecidos por esse autor – i) rejeitar a identificação entre poder e aparelho de Estado, dando importância à rede de poderes moleculares que se expande por toda a sociedade; ii) caracterizar o poder não apenas como repressivo, mas também como disciplinar, normalizador; e iii) analisar o saber como peça de um dispositivo político que o produz e é intensificado por ele – não correspondem, ao menos diretamente, ao período histórico que aqui se procura discorrer.

Mas, sim, partir da consciência de que, na época das comunidades primitivas, estava-se muito longe da institucionalização do poder tal como conhecido no mundo moderno; o método de seu exercício afigurava-se intercalado com outros aspectos da vida social como, por exemplo, o aspecto guerreiro e o aspecto religioso. Pode-se afirmar que ainda não se havia ganhado a autonomia do político.

A discussão que ainda tem lugar em boa parte da doutrina – como na de Bastos (2010, p. 26) e na de Bonavides (2001, p. 60) – acerca de quais fatores teriam levado à sociabilidade do homem, tem de ser diferenciável daquela que se preocupa com os fatores que teriam determinado a aparição do Estado. Para este, os conceitos de sociedade e Estado, na linguagem dos filósofos e estadistas, têm sido empregados ora indistintamente, ora em contraste, aparecendo, então, a sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mais restrito. A sociedade vem primeiro; o Estado, depois. Já para aquele, o Estado é uma modalidade muito recente na forma de a humanidade organizar-se politicamente.

A observação crítica de fatos históricos revela que, anteriormente a ele (Estado), o homem vivenciou estruturas diferentes de organização do poder político. Contudo, já aqui, não há que se falar em formação da sociedade, uma vez que esta agora estava formada e trazia consigo o próprio fenômeno político. É interessante notar, contudo, que a ideia do político, de acordo com Bastos (2010), mantém-se relativamente imutável através dos tempos: o político como próprio do coletivo, do geral, do comum a todos, presente até os dias atuais.

Dessa existência de uma atividade política surge a distinção que se pode fazer entre governantes e governados, de igual modo persistente ao longo da vida humana.

Utilizando-se da metáfora do papel do “intérprete”, de Bauman (2010)⁴, isso é, em lugar de selecionar a melhor ordem social, no caso em tela, a melhor doutrina, pretende-se facilitar a comunicação entre os leitores-participantes autônomos, atuando-se como uma espécie de negociador – no caso em voga entre lei e doutrina –, mas, ao mesmo tempo, longe desse acadêmico investir-se no papel de “intelectual” como categoria histórica cunhada por Gramsci⁵, percebe-se certa discrepância na distinção governantes *versus* governados.

Por mais que o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, afirme que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, estabelecendo, assim, um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, para Bastos (2010, p. 27), tal preceito encontra-se, quer entender, relativizado, pois, de acordo com o doutrinador, na proporção em que alguns assumem o controle de um poder suficiente para resolver as questões que afetam a todos, adotam uma posição diferenciada dentro da sociedade, com caráter de mando que implica, por parte de seus destinatários, certo grau de obediência. Ora, se todo o “poder emana do povo”, que “caráter de mando” e que “certo grau de obediência” é esse a que o autor se refere? Lembrando que não existe doutrina perfeita, busca-se pesquisar o que os autores têm de melhor. Nesse sentido, justifica-se a escolha pelo constitucionalista tendo em vista a proposta de seu *curso*, apesar de longe de ser progressista, coaduna-se com o objetivo inicial deste Trabalho de Conclusão de Curso: discorrer acerca do conceito e da natureza do Estado, partindo-se de aspectos como a sociabilidade do homem, poder e sociedade.

Importante destacar, da mesma forma, que, durante longos períodos históricos, o poder não esteve necessariamente concentrado nas mãos de uma única pessoa. “Perfeitamente aceitável, para o grau de complexidade daquela sociedade, que determinadas questões fossem resolvidas definitivamente por pessoas diversas das

⁴ Partindo da natureza da cultura nos períodos que se convencionou chamar de modernidade e pós-modernidade, Bauman (2010) examina a formação da categoria de intelectual e sua progressiva passagem da função de legislador à de intérprete. Na modernidade, o intelectual tinha a tarefa de formar os homens. Sua função de legislador era legitimada pelo conhecimento superior sobre as coisas do mundo e decisiva para o aperfeiçoamento da ordem social. Na pós-modernidade, o intelectual é caracterizado pelo trabalho de intérprete: procura facilitar a comunicação entre indivíduos, atuando como uma espécie de negociador em tempos de globalização e de afirmação de diversidades.

⁵ “Intelectual não é quem sabe o latim ou o grego antigo, o escritor ou coisa parecida. Intelectual é o dirigente da sociedade, o quadro social” (GRUPPI, 1980, p. 84).

que resolveriam problemas de outra natureza” (BASTOS, 2010, p. 27). Como exemplo avançado desse tipo de pulverização do poder por toda uma sorte de pessoas, instituições, ordens, cidades, profissões etc., o constitucionalista cita, como exemplo, a sociedade medieval. Posicionamento referendado por Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 21), autores que compõem a bibliografia básica da próxima seção, quando traçam características marcantes da forma estatal medieval: fragmentação do poder mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações etc.

Agora, quando a complexidade da vida social começa a demandar uma maior quantidade de decisões dos poderes existentes até então, torna-se necessária a sua concentração para que, em determinado ponto, uma única autoridade o exerça. Enfim, essa dispersão do poder é inconsistente com o exercício mais amplo do Poder Público. Não se estará negando aqui a devida reverência ao pluralismo jurídico, cujo expoente encontra-se em Wolkmer (2001), mas, sim, refletindo sobre o fato de que a conformação efetiva da sociedade em questões importantes só se pode dar uma vez admitida a origem ou a sede do poder em um único órgão; do contrário, haveria, inevitavelmente, o conflito de comandos, o que tornaria, mais cedo ou mais tarde, impossíveis as medidas de maior profundidade, inclusive a de avançar-se na perspectiva descentralizadora e antidogmática que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios tecno-formal-positivistas.

O Estado, entendido, portanto, como uma forma específica da sociedade política, é o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder, efetuando-se um importante corte na história da humanidade. Ele surge com as transformações por que passa a sociedade política por volta do século XVI. “Nessa altura, uma série de fatores, que vinham amadurecendo ao longo dos últimos séculos do período medieval torna possível, e mesmo necessária, a concentração

do poder numa única pessoa” (BASTOS, 2010, p. 27-28). É essa característica a principal nota formadora do Estado Moderno. E foi precisamente Maquiavel (1991)⁶ que, de modo pioneiro, conferiu à palavra Estado seu significado autêntico, ao cunhá-la e imprimir-lhe essência e conteúdo, embora sem apresentar propriamente uma definição.

Assim é que, da leitura de Bonavides (2001), pode-se extrair a ideia de que o Estado enquanto ordem política da sociedade é conhecida desde a antiguidade aos dias atuais. Entretanto, nem sempre recebeu essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade. A *polis* dos gregos ou a *civitas* e a *respublica* dos romanos eram valores que traduziam a ideia de Estado, sobretudo pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania. Não só na Idade Média empregava-se o termo *Lander* (“Países”) para caracterizar a ideia de Estado. Porém, fato é, conforme dito anteriormente, “o emprego moderno do nome Estado remonta a Maquiavel, quando este inaugurou *O Príncipe*” (BONAVIDES, 2001, p. 62).

Inserido nessa discussão, Gramsci – ponto de partida no trabalho para o “conceito” de sociedade enquanto categoria histórica anterior à ideia de Estado – em toda sua longa e cuidadosa reflexão sobre Maquiavel, no século XX, formulou a teoria do *Moderno Príncipe*⁷, e foi bastante oportuno ao assegurar que o pensador florentino foi o teórico da formação dos Estados Modernos.

Com efeito, o pensamento de Maquiavel se molda numa Itália onde havia fracassado a revolução das Comunas (cidades-estados), num país fragmentado em muitos Estados pequenos, e que está a caminho de perder sua independência nacional desde a invasão das tropas do rei francês Carlos VIII, em 1494. Maquiavel, refletindo sobre a experiência de outros países (Espanha, Inglaterra e, principalmente, França), analisa a maneira como se deveria construir na Itália um Estado moderno e unitário, graças à iniciativa do Príncipe (GRUPPI, 1980, p. 8).

Por conseguinte, desde seu nascimento, o Estado Moderno apresenta três elementos que o diferem dos Estados do passado como o Antigo, o Grego, o Romano

⁶ “Todos os Estados, todos os governos que tiverem e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, 1991, p. 5). Para Gruppi (1980, p. 8), é possível extrair de Maquiavel o fato de que o Estado consiste na dominação (poder) e o que está sendo frisado é a dominação sobre os homens. O que interessa é esse grifo do elemento da dominação, e de uma dominação exercida mais sobre os homens do que sobre o território.

⁷Para Gramsci, o Príncipe já não é uma pessoa, um líder, mas uma organização. “É o partido político, enquanto instituição capaz de aglutinar os interesses comuns de grupos e classes a fim de realizar a metamorfose essencial das inquietações e reivindicações sociais” (CARVALHO, 2005, p. 292).

e o Medievo: i) a *autonomia*, que corresponde a sua plena soberania, a qual não permite que sua autoridade despenda de nenhuma outra autoridade; ii) a *distinção* entre *Estado* e *sociedade civil*⁸, que vai evidenciar-se no século XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia; e iii) a existência de uma *identificação absoluta* entre o *Estado* e o *monarca*, o qual representa a soberania estatal. Tanto é verdade que, de acordo com Bastos (2001, p. 28), o poder torna-se mais abrangente, porquanto atividades que outrora comportavam um exercício difuso pela sociedade são concentradas nas mãos do poder monárquico, que assim passa a ser aquele que resolve, em última instância, os problemas atinentes aos rumos e aos fins a serem impressos no próprio Estado.

Considerando isso, vamos partir de uma definição do que se entende como Estado. Na enciclopédia Treccani se lê: ‘com a palavra Estado, indica-se modernamente a maior organização política que a humanidade conhece; ela se refere quer ao completo territorial e demográfico sobre o qual se exerce uma dominação (isto é, o poder político), quer à relação de coexistência e de coesão das leis e dos órgãos que dominam sobre esse complexo’ (GRUPPI, 1980, p. 7).

Ou ainda,

Não é de fato fácil encontrar-se uma definição que agrade a todos. No nosso *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política* tivemos o ensejo de definir o Estado como a ‘organização política sob a qual vive o homem moderno [...] resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente (BASTOS, 2010, p. 31).

O objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso não é o de pretender elencar todas as concepções dos autores de renome que avançaram sobre o tema “Estado”, pois, sob este espectro, poder-se-ia inferir que o seu emprego assume perspectivas distintas, variando em seu sentido conforme a escola ou a doutrina que irá cuidar de sua compressão. Contudo, das passagens acima, é possível extrair a ideia de que o Estado nada mais é do que um poder político que se exerce sobre um território composto por uma população. Assim como *filosofia*, *política* e *economia* representam para Gramsci (1989) três elementos constitutivos de uma mesma concepção do mundo, das citações anteriores encontram-se os três elementos constitutivos e

⁸ Para Santos (1997, p. 117 e seguintes), o Estado se torna uma organização distinta da sociedade civil, embora seja uma expressão desta.

necessários para que se possa falar de Estado: *poder (soberania), população e território*.

Tradicionalmente, portanto, têm sido apontados esses três elementos como constitutivos do Estado. Entretanto, há que se registrar, até porque aqui não se pretende esgotar o tema, mas, sim, filtrá-lo⁹, o fato de que várias são as concepções e teorias acerca de sua constituição¹⁰. Além do mais, Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 151) advertem que, contemporaneamente, tal caracterização está em crise, particularmente diante das circunstâncias técnico-econômico-políticas que afetam profundamente tais elementos, tornando-os imprestáveis, em sua concepção tradicional, para permitir o reconhecimento do objeto estudado.

De acordo com Espindola (2005, p. 33-34), a reflexão sobre o Estado Moderno e suas implicações na contemporaneidade consiste em temática recorrente e que está sempre na pauta do dia, em especial, no contexto de um mundo globalizado. As mudanças estruturais das políticas nacional e internacional vêm provocando profunda transformação no poder do Estado, seja no que diz respeito às suas funções, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia; seja no que diz respeito à soberania ou à promoção e proteção de direitos humanos. É o que se verá melhor a seguir.

1.2 O ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE E O PENSAMENTO GRAMSCIANO: POSSÍVEIS INTERCONEXÕES

Após esse percurso, qualquer tema que tenha intenção de discorrer sobre o Estado Contemporâneo vai, necessariamente, questionar suas crises. Aquela imagem clássica, dissertada anteriormente, de um Estado delimitado pelo seu território, caracterizado pelo seu povo e coroado pelo seu governo soberano e

⁹ Não cabe, neste Trabalho de Conclusão de Curso, esmiuçar e aprofundar as várias concepções e teorias acerca da constituição do Estado, restringindo-se a pontuar a opção de partida, pelo Estado Moderno, para o presente estudo.

¹⁰ “Há pensadores que tentam caracterizar o Estado segundo posição predominantemente filosófica; outros realçam o lado jurídico e, por último, não faltam aqueles que levam mais em conta a formulação sociológica de seu conceito” (BONAVIDES, 2001, p. 62).

absoluto, tende a esfacelar-se na contemporaneidade. Tal concepção interrompeu-se, ficando destoante da realidade atual, marcada, notadamente, pelas consequências humanas da globalização¹¹.

Por óbvio, não se estará a tratar de uma crise isolada, ou desconectada dos avanços e retrocessos que marcam os passos do Estado contemporâneo. A partir do que será delineado, verificam-se profundas mudanças ocorridas na sua configuração, especialmente nas últimas décadas, o que contribuiu para essa tensão capaz de, até mesmo, fazê-lo rever seus papéis, quer na esfera econômica, quer nos modelos de regulação social e jurídica até então existentes. É exatamente esse o palco da discussão que se pretende travar neste momento.

Eis o espírito da seção: deixar de lado a discussão acerca do tripé povo-território-poder do Estado Moderno, que serviu de construção, categoria ou paradigma do passado, para adentrar em seu rearranjo contemporâneo.

Para tanto, organizou-se a exposição em dois grandes momentos intercalados. A primeira parte impõe-se ao debate daquilo que Bolzan de Moraes e Streck (2003) denominam duas grandes versões de caráter genérico (*crises conceitual e estrutural*), agregadas a uma terceira vertente crítica de caráter institucional (*crise constitucional*):

A primeira delas diria respeito à crise que atinge as suas características conceituais básicas, em particular a ideia de soberania. A outra atingiria não a ideia mesma de Estado, mas uma de suas materializações, o *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social. Já a terceira se projeta por sobre a fórmula moderna de racionalização do poder, ou seja, o Estado Constitucional, sem descurarmos de uma quarta vertente que atinge a tradição da separação funcional do poder estatal (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 128).

De acordo com os autores, aquela poderia ser discutida sob duas variantes: i) uma, pelo surgimento de pretensões universais da humanidade, referidas pela emergência dos direitos humanos e ii) outra, pela superação da supremacia da ordem estatal por outros *loci* de poder, tais como as organizações supranacionais e, particularmente, pela ordem econômica privada ou pública.

¹¹ Com os recentes desenvolvimentos tecnológicos, a globalização parece ser o destino do mundo. Ninguém, entretanto, parece estar no controle da situação. Assim, Bauman (1999) mostra detalhadamente que, embora as ações humanas agora se deem em escala global, não somos capazes de ditar os acontecimentos; podemos apenas observar fronteiras, instituições e princípios deslocando-se de forma veloz e imprevisível. Abordando desde a maneira como a economia global cria uma classe de proprietários ausentes, o sociólogo dissecou a globalização em todas as suas manifestações: seus efeitos sobre a economia, a política, as estruturas sociais, e até sobre nossas percepções de tempo e espaço. O autor sustenta que a globalização tanto divide quanto une, abrindo um fosso cada vez maior entre os que têm e os que não têm.

A segunda, prosseguem, diria respeito à evolução do modelo de Estado do Bem-Estar Social e as barreiras que enfrenta para a sua permanência. Os entraves que aqui se colocam são de três ordens distintas: i) fiscal-financeiro; ii) ideológico; e iii) filosófico. Neste ponto, emerge como contraponto o projeto neoliberal, que busca nas insuficiências do Estado Providência um retorno a um modelo reduzido de ordem estatal.

Já a nova crise, que ora os autores propõem seja pensada, significa a fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do próprio poder político e de organização estrutural da sociedade a partir da juridicização hierarquizada da política por intermédio do Estado Constitucional, nascido do projeto liberal revolucionário, cujos contornos foram sendo ajustados ao longo dos dois últimos séculos, desde as Constituições modernas, americana e francesa, de perfil liberal até o constitucionalismo social, oriundo da segunda década do século vinte.

São a estas três grandes vertentes que pretendemos dirigir nossa atenção neste trabalho, atrelando-as às interrogações que circundam o debate político-constitucional na perspectiva humanitária. Para tanto, nos ocuparemos primeiramente daquilo que nominaremos *crise conceitual* para, depois, atentarmos para sua *crise estrutural* e, por fim, ao que chamaremos *crise institucional*, sem pretendemos atribuir-lhes um perfil estanque, na medida em que se interpenetram e, muitas vezes, se confundem em suas bases e projeções, deixando, entretanto, anotada aquilo que chamamos desde já *crise funcional*, cujo conteúdo será apenas sugerido, para que possamos ter assente o quadro no qual se coloca o debate relativo a *direitos humanos* e seus vínculos com a *democracia* e *cidadania* (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 129).

Assim sendo, na segunda parte da seção, interconectada à primeira, na qualidade de trabalho reflexivo, crítico e interdisciplinar, recorrer-se-á a um pensador da crise: Antonio Gramsci¹². Evidente que o local de fala do autor é historicamente determinado. É de uma crise associada às transformações político-sociais que se sucediam desde a segunda metade do século XIX. Não só, tinha a ver, também, e muito particularmente, com os eventos vinculados à Revolução Russa de 1917 e à Primeira Guerra Mundial¹³. Trata-se, pois, de um processo amplo e complexo. O

¹² “Esta avaliação é verdadeira, sobretudo porque Gramsci é um intelectual que *pensa* a crise: a crise do Estado, da democracia representativa, do liberalismo, das tradicionais relações entre as massas e a política” (NOGUEIRA, 1988, p. 71).

¹³ Aliás, para Gramsci, a própria guerra é uma manifestação da crise, quem sabe até mesmo a primeira. Assim, em Ventura & Seitenfus (2005), a par do diálogo entre Einstein e Freud num dos momentos mais críticos da história recente da humanidade, há um sentimento predominante, a partir de 1919, de

período de Gramsci insere-se em uma “crise orgânica”, uma “crise do Estado em seu conjunto”, uma “crise de autoridade” ou de “hegemonia”.

Entretanto, tanto lá quanto cá, refere-se a um processo de muitas implicações, em que causas e efeitos se complicam e se superpõem. Tanto no local de fala historicamente determinado pelo autor, quanto na contemporaneidade, estar-se-á a tratar de crises que punham em xeque o conjunto da estrutura histórica, alterando-se as bases econômico-sociais, políticas e morais do mundo, modificando-se as relações internacionais e entre os Estados, fazendo-se emergir novos sujeitos e protagonistas, desdobrando-se numa multiplicidade de efeitos e respostas nacionais e internacionais.

Em síntese, o que se verá a seguir é a busca por uma compreensão do Estado contemporâneo voltada para a concretização de seu papel num mundo globalizado, marcado por mudanças permanentes e incontroláveis, tomando como referência as crises delineadas por Bolzan de Moraes e Streck (2003), nas quais se pretende distingui-las, porém não separá-las, com possíveis interconexões ao pensamento gramsciano.

1.2.1 Crise conceitual do Estado

A problemática, aqui, aponta para o questionamento da inflexão sofrida pelo Estado no que tange às suas características fundamentais, particularmente a ideia de poder (soberania) e, ao lado, o problema dos direitos humanos. Torna-se necessário, pois, diante desse quadro, rediscutir as práticas discursivas que conformavam o tripé constitutivo do Estado Moderno. Como referido anteriormente, o fenômeno da globalização e as modificações do contexto contemporâneo acabam extravasando as fronteiras dos Estados nacionais¹⁴.

1.2.1.1 A questão da soberania: uma revisão dos seus postulados

imperiosa necessidade de instituir mecanismos políticos, morais e jurídicos capazes de limitar a desenfreada violência que assola as relações internacionais.

¹⁴ Em Espindola (2005, p. 2-52), encontra-se que a trilogia, que outrora podia ser apontada como identificador do Estado Moderno, não serve mais para conceituar o Estado contemporâneo. Por isso, falar-se, agora, de uma *crise conceitual* do Estado.

De acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 130-131), a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.

De seu conceito tradicional (paradigma moderno), o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais. Isso para dizer o mínimo.

O que importa é salientar a transformação que vai se operar no conteúdo mesmo do poder soberano que, nascido e criado sob a égide de poder supremo em sua relação com as demais forças, aparece no campo das relações internacionais, ao lado de seus homólogos, como colocado no mesmo plano horizontal e a eles igualado nas suas relações.

Assim, o importante é pincelar alguns motivos que levaram o elemento constitutivo poder/soberania, inerente ao Estado Moderno, deixar de exercer sua hegemonia¹⁵ diante da *crise conceitual* do Estado na contemporaneidade, implicando uma revisão em muitos dos seus postulados, favorecendo, desse modo, uma revisão de seu conceito mais tradicional como poder superior.

Portanto, ainda que o tema permaneça em seu sentido tradicional adstrito de insubmissão, independência e poder supremo juridicamente organizado, há que se atentar para as novas realidades que impõem à ideia de soberania uma série de matizes, transformando-a por vezes. Na verdade, refletir sobre a noção de Estado e seus contornos soberanos no contexto de um mundo globalizado é apenas um dos focos pelos quais se podem mirar as insuficiências (ou deficiências) do Estado na contemporaneidade.

O que se percebe neste movimento é que, ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, o que ocasionou um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder. Pode-se vislumbrar como que uma atitude centrífuga, de dispersão os *loci* de atuação política na sociedade, seja no

¹⁵“A palavra ‘hegemonia’ vem de um verbo grego que significa dirigir, guiar, conduzir. Gramsci usa esse termo não só no sentido tradicional, que salienta principalmente a dominação, mas no sentido originário da etimologia grega (‘direção’, ‘guia’)” (GRUPPI, 1980, p. 78).

âmbito interior, seja no exterior (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 131).

No que se refere ao plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. Para os autores, a interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outro(s) em questões que lhe interesse ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais da mesma.

Enquanto que, na sua origem, o Estado via-se impregnado por um poder soberano e centralizado, apto a exercer o monopólio da força em um determinado território e povo; hoje, entretanto, em razão da complexidade social e da pluralidade das sociedades democráticas, bem como devido ao fenômeno da globalização e ao novo caráter dado às relações internacionais, reflete-se acerca do conceito de soberania e unidade nacional. Corrobora-se, desse modo, tal conceito como fluido, com designações historicamente diferenciadas, cujo significado antes dominante vem sendo problematizado.

As chamadas comunidades supranacionais, a exemplo da União Europeia, impuserem uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. Para Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 132), o que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas

jurídicas de direito internacional sujeita à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moedas, alianças militares, acordos comerciais etc.¹⁶.

¹⁶ Para Machado (2010), professor de Direito da União Europeia desse acadêmico na Universidade de Coimbra, tal projeto de integração toca-nos a todos cada vez mais de perto, com grandes implicações em todas as áreas da nossa vida política, jurídica, econômica, social e cultural. Não há como fugir da mudança de paradigma que o mesmo introduziu no direito público em domínios tradicionais como o Estado, a soberania, a Constituição, o poder constituinte, a democracia, a legitimidade política, a *good*

Sob o aspecto das organizações econômicas, não se pode olvidar os papéis jogados pelas chamadas empresas transnacionais que, para os autores, exatamente por não terem nenhum vínculo com algum Estado em particular e, mais ainda, por disporem de um poder de decisão, em especial financeiro, que pode afetar profundamente a situação de muitos países, especialmente aqueles débeis economicamente, adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, em especial, impõem atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania nacional, gradativamente mitigada.

Outro agente fundamental nesse processo de transformação da noção de soberania são as Organizações Não-Governamentais (ONGs). Para Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 133), essas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermédio entre o público – representado pelos organismos internacionais –, e o privado – representado pelas empresas transnacionais –, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras) etc. O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes, imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional etc. Tais vínculos, de acordo com os autores, incongruentes com a ideia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade, quando os relatórios dessas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio em nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, em especial naqueles que dependem da “ajuda” econômica internacional.

Bolzan de Moraes e Streck (2003), em suas análises, ainda voltam ao âmbito do próprio Estado, fazendo-se referir que a emergência e a consolidação de novas relações sociais, tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicam um açambarcamento por tais atores de funções tradicionalmente públicas. Assim, os sindicatos e as organizações empresariais, além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíam no rol do poder soberano do Estado.

governance, a separação dos poderes, a nacionalidade, a cidadania, os direitos fundamentais, o princípio da igualdade, a circulação de pessoas, mercadorias, serviços, empresas e capitais, o comércio entre Estados, a responsabilidade do Estado, a tutela jurisdicional efetiva, a jurisdição administrativa e constitucional etc.

Enfim, de uma forma ou de outra, entre comunidades supranacionais, organizações econômicas, Organizações Não-Governamentais (ONGs), sindicatos, movimentos sociais etc., só para citar alguns, o que se desvela, na contemporaneidade, é a relativização de um dos pilares do Estado moderno: a soberania. A partir desses, sentem-se as alterações nas relações internacionais, o que implica fragilidade da ideia de soberania enquanto poder ilimitado e incontrastável, pois, como bem assegurado pelos autores,

Efetivamente, o quadro esboçado impõe que repensemos o caráter soberano atribuído ao Estado Contemporâneo. Percebe-se, já, que não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elementos caracterizados do poderio estatal (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 134).

1.2.1.2 Os direitos humanos em sua complexidade: uma estratégia teórica frente à crise conceitual do Estado contemporâneo

Outra estratégia é o aspecto relativo aos direitos humanos que, por sua importância, merecem tratamento apartado. Para Flores (2009), tais constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI. Entretanto, os limites impostos ao longo de sua história pelas propostas do liberalismo político e econômico¹⁷ exigem uma reformulação geral que os aproxime da problemática pela qual passamos nos dias atuais.

A globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Essa constatação nos obriga a todos que estamos comprometidos com uma visão crítica e emancipadora dos direitos humanos a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato do capital. Os direitos humanos podem se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de guia para a construção dessa nova racionalidade. Mas, para tanto, devemos libertá-lo da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata (FLORES, 2009, p. 23).

¹⁷ A crítica de Gramsci às promessas fáceis do liberalismo do século XVIII, que adentram os séculos XIX e XX, reatualizam o figurino, mas seguem privilegiando a hegemonia do capital financeiro, sendo a esfera econômica a dimensão mais alta da modernidade e o mercado o “novo príncipe” do cenário nacional e internacional. Em Simionatto (1998, p. 60), acerca da correlação Estado/Hegemonia, encontra-se que essa modernidade ilusória é totalmente desprovida de uma dimensão ético-política, na medida em que reforça o sistema de exclusão, as injustiças sociais e a deterioração das condições de vida de imensos estratos populacionais.

Apesar da enorme importância das normas que buscam garantir a efetividade dos direitos no âmbito internacional, e de que, nesta seção, seja suficiente adotar-se uma distinção simplificada para entenderem-se os direitos fundamentais como sendo o catálogo positivado dos direitos humanos em certa ordem jurídica, tais direitos não podem reduzir-se às normas¹⁸. Dessa maneira, seguindo o esquema traçado por Bolzan de Moraes e Streck (2003), são os direitos humanos um dos aspectos fundamentais para que se possa entender privilegiadamente o quadro das relações internacionais contemporâneas, em especial no que diz respeito ao problema da soberania.

Com a mesma intensidade de conteúdo encontrado na tessitura da obra gramsciana¹⁹, essencial para se pensar as determinações da realidade contemporânea, parece fundamental a compreensão não só do estabelecimento, mas, em especial, do conteúdo dos ditos direitos fundamentais, sobretudo em razão do processo de transformação por que passam, justamente, com a emergência das novas realidades. Logo, traçam-se breves considerações sobre o tema, na tentativa de lograr o estabelecimento de uma compreensão mínima acerca do papel reservado aos direitos humanos, constituindo a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado.

Para tanto, é preciso que se tenha, desde logo, a aceitação de que os direitos humanos, como tais, não formam um conjunto de regras cujo conteúdo possa ser adquirido e construído de uma vez por todas. Não são direitos elaborados a partir da compreensão do que seja uma dada “natureza” inerente à pessoa humana²⁰, como fora pensado em determinados momentos históricos. O que se deve ter como assente,

¹⁸ É urgente mudar de perspectiva. Os conceitos e as definições tradicionais já não correspondem mais a realidade contemporânea. Por isso, remete-se a Flores (2009), trabalho estruturado em torno da seguinte premissa teórica: falar de direitos humanos é falar da “abertura de processos de luta pela dignidade humana”.

¹⁹ Em Simionatto (1998, p. 40), encontra-se o compromisso com a interpretação dos processos sociais, o desvendamento das desigualdades da sociedade capitalista, o caráter das lutas de classe, tanto sob a ótica da burguesia quanto das massas trabalhadoras, marcando as possibilidades históricas de cada uma no processo de construção da hegemonia. É nesse jogo contraditório entre as classes que Gramsci tematiza as relações sociais, tomando-as enquanto processos totais e evidenciando os antagonismos que engendram.

²⁰ Para Gramsci (1989, p. 43), a afirmação de que a “natureza humana” é o “conjunto das relações sociais” é a resposta mais satisfatória porque inclui a ideia do *devenir*: o homem “devém”, transforma-se continuamente com as transformações das relações sociais; e, também, porque nega o “homem em geral”: de fato, as relações sociais são expressas por diversos grupos de homens que se pressupõem uns aos outros, cuja unidade é a dialética e não formal.

portanto, é o caráter fundamentalmente circunstancial, o que não significa necessariamente, de acordo com os autores, efêmero, desses direitos. Em razão desse caráter de historicidade que deve ser posto sob evidência no trato dos direitos humanos, observa-se a total inadequação da tentativa de se estabelecer qualquer sentido de absolutização na definição dos mesmos.

De acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 136-137), tal assertiva pode ser corroborada inapelavelmente pela transformação que se percebe nos próprios direitos fundamentais desde a sua formulação mais festejada no transcurso do século XVIII. Verifica-se, neste percurso, a transposição dos chamados direitos de primeira geração²¹ (direitos da liberdade), circunscritos às liberdades negativas como oposição à atuação estatal, para os de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade, que aparecem como pretensão a uma atuação corretiva pelos Estados, e, posteriormente, os de terceira geração, que se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporarem, agora sim, um conteúdo de universalidade não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente saudável, à comunicação etc. Fala-se, já, de uma quarta geração de direitos que incorporariam novas realidades, tais como aquelas afetas às consequências, por exemplo, da pesquisa genética, ou, ainda, de uma quinta geração vinculada às questões surgidas em face do desenvolvimento tecnológico da cibernética.

Ou seja, os direitos humanos são *universais* e, cada vez mais se projetam no sentido de seu *alargamento objetivo e subjetivo*, mantendo seu caráter de temporalidade. São *históricos*, não definitivos, exigindo a todo instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a modelagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação. Preferimos dizer que se *generalizam* – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação (e.g. função social) dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões. Ou seja, a 1ª geração com interesses de perfil individual passamos a, na(s) última(s), transcender o indivíduo como sujeito dos interesses reconhecidos, sem desconsiderá-lo, obviamente – coletivos e difusos (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 138).

²¹ Como se pode perceber do texto, opta-se, sob pena de excessivo alargamento do objeto, por não introduzir o debate acerca da nomenclatura a ser utilizada para dar nome à coisa – direitos humanos e direitos fundamentais –, bem como no que concerne ao seu caráter mutante – gerações e dimensões –, para que se remonta a uma perspectiva integradora de Flores (2009, p. 74 e seguintes).

Em suma, pode-se dizer, então, por intermédio do delineado pelos autores, que os direitos humanos nada mais são do que o conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-física e afetiva dos seres e de seu *habitat*, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgindo sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum, ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza-se como tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.

1.2.2 Crise estrutural do Estado

De outra banda, pode-se (re)pensar o Estado contemporâneo sob a ótica da estrutura que lhe conforma a partir das transformações impostas e operadas pela incorporação da questão social, a qual agrega um caráter finalístico percebido como função social, forjando-o como Estado Social e impõe-lhe um caráter interventivo-promocional. Logo, a compreensão das crises que atingem o Estado na contemporaneidade, sob a forma de Estado de Bem-Estar, impõe o entendimento prévio acerca do próprio modelo sob análise²².

A observação crítica de fatos históricos revela que a construção de um Estado, como o *Welfare State*, acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX, que ganha contornos definitivos após a Segunda Guerra Mundial.

A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada *questão social*. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado Intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 141).

²² Para o aprofundamento do modelo em análise, ver: Buffon (2005, p. 73-123), trabalho que tem por objetivo analisar a denominada *crise estrutural* do Estado e a reação a essa crise, consubstanciada com o surgimento do ideário neoliberal que, dentre outras soluções, propugnou a minimização do Estado.

De acordo com Morais (2005, p. 17), a democratização das relações sociais significou, por outro lado, a abertura de canais que permitiram a quantificação e a qualificação das demandas pela sociedade civil em face, em especial, da incorporação de novos atores – movimentos sociais, particularmente os movimentos dos trabalhadores ingressos no novo sistema fabril –, bem como diante das questões novas trazidas pelos mesmos e que implicavam não apenas a necessidade de respostas inéditas por seu conteúdo, como também precursoras em razão dos mecanismos que tiveram que lançar mão para dar conta da suficiência e eficiência das mesmas; tais questões foram as novas políticas sociais vinculadas aos direitos sociais de caráter prestacional, por exemplo, regulação das relações de trabalho, seguridade social, educação, saúde, infraestrutura urbana, política energética, política de transportes, infraestrutura industrial, câmbio, juros etc.

Tal constatação leva ao conceito de “revolução passiva” de Gramsci, que relaciona transformações na política, na ideologia e nas relações sociais às alterações na economia. De acordo com Carnoy (2013, p. 106), Gramsci usa o termo “revolução passiva” para indicar a constante reorganização do poder do Estado e sua relação com as classes dominadas para preservar a hegemonia da classe dominante e excluir as massas de exercerem influência sobre as instituições econômicas e políticas²³.

Deve-se salientar, sobretudo a partir do delineado em Morais (2005, p. 18), que um aspecto assume grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caricativo da prestação de serviços, que passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania, inerentes ao pressuposto da dignidade da pessoa humana, constituindo, assim, um patrimônio do cidadão, aqui, ainda, tido como aquele que adquire tal característica em razão de sua relação de pertinência a uma determinada comunidade estatal aos moldes tradicionais do Estado.

Prosseguindo com Bolzan de Morais e Streck (2003, p. 141-142), o modelo constitucional do *Welfare State* principiou a ser construído com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, contudo não tem uma aparência uniforme. O conteúdo próprio dessa forma estatal altera-se, reconstrói-se e adapta-se a

²³ Implícito nesse conceito está um Estado que, como mencionado, é ampliado em seu aspecto social. E a própria ampliação é produto de uma época, na qual as massas se organizam e têm potencial para o autogoverno. Defrontado com massas potencialmente ativas, o Estado institui a revolução passiva como uma técnica que a burguesia tenta adotar quando sua hegemonia está de alguma forma enfraquecida.

situações diversas. Assim é que não se pode falar em “o” Estado do Bem-Estar, dado que sua apresentação, por exemplo, americana se diferencia daquela do *État-Providence* francês.

Posicionamento referendado por Carnoy (2013, p. 107), justamente quando disserta acerca do conceito de “revolução passiva” de Gramsci, ao citar que nos anos 30, por exemplo, a intervenção do Estado na sociedade aumentou dramaticamente na Europa e nos Estados Unidos e a hegemonia relativamente fraca da classe dominante foi expandida para incluir elementos populares²⁴.

Ou seja, o *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, teria direito a ser protegido, por meio de mecanismos/prestações públicas estatais, contra dependências e/ou ocorrências de curta ou longa duração, dando guarida a uma fórmula, na qual a questão da igualdade aparece, ou, como bem advertido por Morais (2005, p. 18), deveria aparecer como fundamento para a atitude interventiva do Estado.

Contudo, a história deste projeto não é sem obstáculos²⁵. Senão, vejamos:

A institucionalização desse modelo caracteriza-se por crises, as quais, de acordo com Bolzan de Morais e Streck (2003, p. 143), podem advir da reação de seus opositores ou de seu próprio desenvolvimento contraditório. Entretanto, é remarcada constantemente uma delas: a crise financeira – ou de financiamento – do Estado parece estar por trás de todas, ou da maioria das críticas que se fazem a ele e das propostas de suas revisões tendentes a um retorno atrás, na perspectiva da flexibilização/fragilização das estruturas de políticas públicas de caráter social.

Assumimos, antecipadamente, que estamos diante de um ponto de não-retorno. Não há como pensar-se em uma volta às bases do Estado Mínimo. Este é um caminho fechado. Isto não significa, contudo, que não estejamos sujeitos a ver minguadas algumas de suas características mais marcantes – o que é perceptível nas políticas em voga nos anos 1980, em especial com

²⁴ Dessa maneira, a burguesia – por meio do Estado – tenta uma estratégia de revolução passiva sempre que sua hegemonia é ameaçada ou sempre que sua superestrutura política (força mais hegemonia) não consegue lidar com a necessidade de expandir as forças de produção. É o que se extrai de Carnoy (2013, p. 107), para quem, da leitura de Gramsci, a lição da revolução passiva foi tornar explícita a diferença entre política reformista e revolucionária, sendo o reformismo uma versão da revolução passiva. A necessidade de se contrapor à revolução passiva se baseia na assimetria fundamental entre a revolução feita pela classe operária e a revolução da burguesia, e entre o moderno Estado burguês (o qual é organizado para a revolução passiva) e um Estado revolucionário e operário no qual o próprio conceito de política é transformado.

²⁵ Dado o seu viés mutante, o Estado de Bem-Estar não se constitui definitivamente, de uma vez por todas. Em Morais (2005, p. 18), a sua história é feita de constantes mudanças de rumo, direção, mantendo, apenas, o sentido que lhe é próprio, o do atingimento da função social.

os governos Reagan e M. Thatcher, mas que, mesmo estes não alcançaram plenamente a (des)construção da totalidade dos mecanismos do *Welfare State* reproduzidos ao longo dos últimos 50 anos, principalmente (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 143).

Como registrado pelos autores, os problemas de caixa do *Welfare State* já estavam presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estavam em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos. Os anos 1970 agravou-os, na medida em que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicaram um acréscimo ainda maior de gastos, o que acarretou o crescimento do déficit público. Muitas das situações transitórias, para solução das quais o modelo fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas internacionais, a ser permanentes.

Para superar a conjuntura citada anteriormente, em geral, duas perspectivas são apontadas: i) aumento na carga fiscal ou ii) redução de custos via diminuição da ação estatal. Há, também, quem sugira, diante de certas situações paradigmáticas, a extensão da incidência tributária via aumento da faixa de contribuinte. Independentemente, em Santos (1997, p. 214) verifica-se que o argumento de invocação à crise financeira – nem sempre comprovada e quase nunca causa suficiente – o Estado tem vindo a proceder a reestruturações profundas no seu orçamento e sempre no sentido de desacelerar, estagnar e mesmo contrair o orçamento social²⁶.

Os anos 1980, por sua vez, trouxeram à tona uma nova crise. De acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 143), foi, então, uma crise de legitimação. A dúvida que se estabelece é quanto às formas de organização e gestão próprias ao Estado do Bem-Estar.

Ocorre, dessa maneira, uma crise ideológica patrocinada pelo embate entre democratização do acesso ao espaço público da política, oportunidade que, pela participação alargada, tenha-se um aumento significativo de demandas e, para além, tenha-se, também, a complexificação das pretensões sociais, até mesmo pelo perfil dos novos atores que se colocam em cena, e a burocratização das fórmulas para

²⁶A crise do *Welfare State* tem atingido os diferentes institutos representativos das classes trabalhadoras. Para Simionatto (1998, p. 29-28), despolitiza-se o trabalhador, especialmente por meio do alardeamento da “ideologia do medo”, pelo fechamento de inúmeros postos de trabalho e pela desmontagem das formas jurídicas de resolução dos conflitos trabalhistas, fazendo que não se mais se respeitem garantias e direitos conquistados. Essa fragmentação vai, sorrateiramente, destruindo as possibilidades de construção de uma “vontade coletiva”, de um momento “ético-político”, trilhando o caminho de volta para o que Gramsci denominou de momento “econômico-corporativo”.

responder a tais pretensões a partir da constituição de um corpo técnico-burocrático a quem se incumbe a tarefa de elaborar estratégia de atendimentos de demandas, na medida em que a lógica política democrática, como poder ascendente, vai de encontro à lógica da decisão tecnoburocrática, caracterizada por uma verticalidade descendente.

Por fim, atenta-se para um terceiro questionamento. Sendo, talvez, uma consequência do aprofundamento das crises anteriores. Trata-se da crise filosófica²⁷, que atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Na opinião dos autores, esta crise aponta para a desagregação da base do Estado do Bem-Estar, calcada na *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas, características deste Estado²⁸.

O que se coloca neste momento é o enfrentamento das crises. Por um lado o projeto neoliberal [...] parece encontrar terreno fértil em terra *brasilis*. Neste sentido, é importante que se observe que o debate proposto pelo mesmo leva em consideração apenas a porção quantificável das mesmas. É a partir do discurso econômico que se busca alcançar a inviabilidade da permanência de uma ordem [...]. Todavia, por outro ângulo, deve-se ter claro que não é suficiente que se discuta a (in)eficiência econômica do modelo, pois ele projeta algo mais do que um rearranjo econômico-contábil (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 144).

É dessa forma que Streck (2014, p. 88) denuncia que a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou o *Welfare State* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. Assim, para ele, revela registrar, nessa quadra, e colocando os olhos em *terra brasilis*, que o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer essa função social, foi –

²⁷ Aliás, observa-se que Gramsci (1989, p. 11) tenta destruir o preconceito, muito difundido, de que a filosofia seja algo muito difícil pelo fato de ser a atividade intelectual própria de uma determinada categoria de cientistas especializados ou de filósofos profissionais e sistemáticos. Ainda para um maior aprofundamento sobre “filosofia”, ver: Sousa (2004).

²⁸ “Assim, o fundamento filosófico do modelo fragmentou-se, o que implicou o solapamento das suas bases e produziu fissuras que necessitam de um projeto de reconstrução que vá além de fórmulas matemáticas de compatibilização de recursos, e que ultrapasse os limites de uma sociedade individualista-liberal, constituída a partir de uma *mônada isolada*, cujos compromissos não ultrapassem as fronteiras de seu universo individual, o que, com certeza, pressuporia a refundação de seus fundamentos mesmos” (MORAIS, 2005, p. 20).

especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para com as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e oligopólios da economia.

Situação que levou Gramsci, com as devidas adaptações históricas de seu tempo, a desenvolver uma estratégia alternativa, a “guerra de posição”, ao que ele chamou de “guerra de movimento”, ou o ataque “frontal” do Estado²⁹. Ou seja, é preciso identificar os gânglios essenciais da vida social e estatal e levar adiante uma política que abarque toda a sociedade, que leve em conta toda a sua complexa articulação.

1.2.3 Crise constitucional (institucional) do Estado

Como consequência imediata das crises anteriormente referidas, segundo o delineado por Bolzan de Moraes e Streck (2003), parece inevitável que se tenha a fragilização do instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade. De acordo com Canotilho (1993, p. 52), por Constituição Moderna entende-se a ordenação

²⁹ De acordo com Carnoy (2013), a “guerra de posição” tem quatro elementos importantes: i) ela enfatiza que cada país particular exigiria um “reconhecimento acurado”; ii) ela se baseia na ideia de sitiar o aparelho do Estado com uma contra hegemonia, criada pela organização de massa da classe trabalhadora e pelo desenvolvimento das instituições e da cultura da classe operária; iii) a ênfase dada à “consciência” como o ingrediente-chave no processo de transformação; e iv) o papel do partido político como o instrumento de elevação de consciência e de educação junto à classe trabalhadora e de desenvolvimento das instituições de hegemonia proletária.

sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual se declaram as liberdades, direitos e se fixam os limites do poder político³⁰.

Nesse contexto, para falar-se de *crise constitucional*³¹, deve-se ter claro que a Constituição, enquanto documento jurídico político, está submersa em um jogo de tensões e poderes. Com a mesma linha crítica do pensamento gramsciano, assumindo maior relevo a particularidade da sua formação de pensador ligado à realidade do seu país e empenhado em descobrir, na tradição nacional de seu contexto histórico, aspectos positivos que impulsionassem a classe à qual dedicara os seus trabalhos a assumir a função dirigente que o processo histórico-social lhe confere; Moraes (2005, p. 21), ao tratar dessa modalidade de crise na história política brasileira recente, observa que o modelo Estado Constitucional, para além de sofrer os influxos de um processo de desterritorialização do poder, o que implica, enquanto o constitucionalismo permanece caudatário da ideia de Estado (Nacional), a perda/desaparecimento de seu lugar referencial; sofre, também, de uma política de “colonização econômica”, restando à mercê de resultados positivos da balança comercial ou do afastamento de limites impeditivos à atuação dos agentes econômicos hegemônicos.

O fenômeno constitucional aparece, neste contexto, imerso em circunstâncias que funcionam como elementos desestabilizadores de um projeto que nasceu como a grande chave mestra para o desenho e construção de um modelo de Estado em cujo cerne estava, por um lado, a ideia de especialização de funções do Estado, funcionando como um instrumento de desconcentração do poder, e, de outro, o conjunto dos ideais revolucionários elencados no conjunto de direitos expressos na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, e que evoluiu rumo à integração de mecanismos e conteúdos novos como expressão destas mesmas tensões renovadas (MORAIS, 2005, p. 21-22).

³⁰ A cadeira de Direito Constitucional, cursada por este acadêmico na Universidade de Coimbra, desdobrou este conceito de forma a captar-se as dimensões fundamentais que ele incorpora: i) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; ii) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; e iii) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. Aliás, para o próprio Canotilho (1993, p. 54-55), a Constituição em sentido moderno pretendeu radicar duas ideias básicas i) ordenar, fundar e limitar o poder político e ii) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e constitucionalização das liberdades.

³¹ É objetivo do trabalho de Engelmann (2005, p. 225-271), estudar esta crise, especialmente a perda de espaço da Constituição, a partir do surgimento de diversos atores transnacionais e as novas formas de regulação das relações sociais.

Enquanto que a teoria do Estado de Gramsci, de acordo com Carnoy (2013, p. 119), apesar de não apresentada sistematicamente em nenhum de seus escritos, emerge: i) da noção marxista de uma superestrutura enraizada nas classes e ii) de um sistema político-jurídico enraizado no conflito entre as classes sociais; para Morais (2005, p. 22), o constitucionalismo se ressentiu, na contemporaneidade, pela: i) fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo “constitui” e do qual se sustenta, o Estado e ii) tentativa de apontá-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico, causando-se, de certa forma, conflito entre as classes – não obstante, resultante do projeto jurídico-político liberal-burguês. Apesar, inclusive, de ter marcado o seu nascimento como instrumento de segurança e legitimidade social.

A *crise constitucional* interconecta-se a ênfase na influência da superestrutura, que habilitou Gramsci a explicar como o capitalismo, nas sociedades industriais mais avançadas do Ocidente, era capaz, a despeito da atividade de movimentos revolucionários, de reter seu controle e aceitação junto a uma parcela tão significativa da classe trabalhadora ou, contemporaneamente, de acordo com Morais (2005, p. 22), como processo de desconstitucionalização promovido pelo dito neoliberalismo.

Em uma doutrina da “hegemonia”, Gramsci viu, como bem salientado por Carnoy (2013, p. 119), que a classe dominante não necessitava depender apenas do poder coercitivo do Estado ou mesmo de seu poder econômico direto para exercer o seu domínio, mas, sim, por meio de sua hegemonia, expressa na sociedade civil e no Estado, os dominados podiam ser persuadidos a aceitar o sistema de crenças da classe dominante e compartilhar os seus valores sociais, culturais e morais.

O que se tem visto na prática, contemporaneamente, é o reforço dessa postura, quando as Constituições dos Estados Nacionais e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados. O perfil mercadológico característico do capitalismo financeiro globalizado, de acordo com Morais (2005, p. 22), na medida em que, com o prevalecimento da lógica mercantil e o já mencionado compartilhamento das esferas de valores sociais, culturais e morais entre as classes; a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político se esvanece.

Por tudo isso, a proposta de Bolzan de Morais e Streck (2003, p. 146-147) poderia ser classificada como componente do que poderia ser nominado como *Sociologia Constitucional* ou *da Constituição*, preocupados que estão em refletir os vínculos entre o constitucionalismo e as relações sociais em sentido amplo – o

contexto sociojurídico contemporâneo – em especial em um período crítico como o verificado atualmente. Algo que não é novo, mas que precisa ser constantemente refletido para que se pense acerca do esgotamento da história constitucional – do Estado Constitucional – e, por consequência, da própria democracia, como se verá no segundo capítulo deste trabalho.

1.2.4 Crise funcional do Estado

Para completar, ainda que provisoriamente, o debate acerca das crises do Estado contemporâneo, é imprescindível apontar-se para o que Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 147) denominam *crise funcional* do Estado³², entendida esta na esteira da perda de exclusividade sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes, o que acarreta sérios problemas para as sociedades que não passaram pela etapa do *Welfare State*³³.

Esta perda de exclusividade, aqui, não pode ser pensada apenas em seus aspectos internos, na sequência do desenvolvimento do debate próprio à Teoria Geral do Estado/Ciência Política, ou seja, a dialética da separação/harmonia das funções estatais. Pelo contrário, é preciso que a vejamos também em seu viés externo, onde se observa, além de uma mudança no perfil clássico das funções estatais produzida pela transformação mesma da instituição estatal, a fragilização do Estado em suas diversas expressões quando perde concorrencialmente diante de outros setores – privados, marginais, nacionais, locais, internacionais, etc. – a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da resolução de conflitos (STRECK, 2014, p. 95).

Assim, o que se nomina *crise funcional* do Estado, entendida esta na esteira da multiplicidade dos *loci* de poder, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado, para Moraes (2005, p. 23), pode ser entendida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que

³² “Outro aspecto que não pode ser ignorado quando pensamos o Estado é o que diz respeito a sua tradicional forma de funcionamento, concebida, [...] como uma estratégia de desconcentração do poder a partir da adoção de uma estrutura tripartite quanto às atividades próprias do ente público – a legislativa, a executiva e a jurisdicional – no interior do pensamento liberal, desde John Locke e consagrada com a obra de Montesquieu, muito embora deva a sua formação não apenas ao autor francês” (MORAIS, 2005, p. 23).

³³ Sendo este um debate aberto, ver: Spengler (2005, p. 125-168) e Lucas (2005, p. 169-224), dando especial atenção à pretensão monopolista do Estado, seja quanto a produção exclusiva do Direito, sejam quanto à sua função de aplicação no tratamento de conflitos.

lhes são inerentes no modelo clássico da tripartição de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional; seja, muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado.

Nessa perspectiva, são significativos os trabalhos que apontam para certo pluralismo de ações e um pluralismo funcional, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, coloca-se ao lado, em paralelo ou abaixo de outras estratégias de diversos matizes e procedências, como apontado por Bolzan de Moraes e Streck (2003), que buscam sua força na legitimidade democrática, no medo, na inevitabilidade, na inexorabilidade, na dramatização de expectativas, na força física etc.

De outro lado, é preciso que se analise, ainda, para os autores, a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais, quando, ao que parece, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, projeta-se por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Neste ponto, ter-se-ia de retomar o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado para se perceber que autofagicamente, hoje, um pretende/busca sobreviver “à custa” do(s) outro(s).

É o que se vislumbra de forma sistemática no quadro a seguir:

CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Crises	Estado	Aspecto	Reflexo(s)
CONCEITUAL	Moderno	Território Povo Poder - Soberania Direitos Humanos	Público/Privado Nacional Local Supranacional "Extranacional"
ESTRUTURAL	Contemporâneo (Welfare State) (Função social)	Financeira (custos)	REFORMA DO ESTADO
		Ideológica (burocracia vs. democracia) Filosófica (individualismo/solidarismos)	
INSTITUCIONAL (Constitucional)	Contemporâneo	Constitucionalismo Moderno - Globalização - Mutação	Desconstitucionalização Flexibilização Desrespeito Desprestígio Prático (Dallari)
FUNCIONAL	Contemporâneo	Funções do Estado	Legislativo: <i>lex mercatoria</i> ; direito inoficial; direito marginal
		Crise de identidade	Executivo: assistencialismo Jurisdição: fórmulas alternativas

Fonte: Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 148).

Por último, cabe destacar que a finalidade deste capítulo não é oferecer respostas e soluções para essas problemáticas tão desafiadoras, mas, sim, tecer considerações que possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam. Com o mesmo empenho de Gramsci em afirmar o papel criador da práxis humana na história, sua percepção das “relações de força” como momento constitutivo do ser social, levando-o a privilegiar o estudo do fenômeno político em suas várias determinações³⁴, optou-se, aqui, por privilegiar as crises do Estado como um debate aberto, deixando o espaço livre para discussões futuras de suas implicações no campo da ciência política e da teoria geral do estado.

³⁴ Para um maior aprofundamento da centralidade da política no pensamento gramsciano, ver: Coutinho (2011, p. 107 e seguintes).

2 A QUESTÃO DEMOCRÁTICA

Em um país como o Brasil, cheio de contradições, que se diz democrático, mas ao mesmo tempo tem o voto por obrigatório, onde a vontade do eleitor nem sempre é respeitada, pois o coeficiente eleitoral é mais importante para a definição do candidato eleito, e onde o poder econômico quase sempre é o principal fator para a conquista do voto, a democracia cambaleia. Apresentando uma linguagem transdisciplinar, pretende-se, neste segundo capítulo, a partir das contribuições de Macpherson e Bobbio e do debate sobre a Reforma Política no país, viabilizar uma prática jurídica que considere a ordem jurídica como um instrumento de suporte para viabilização de um pacto social mais justo, humanitário, reflexivo e crítico.

2.1 A DEMOCRACIA QUE SE TEM E A DEMOCRACIA QUE SE QUER: AS CONTRIBUIÇÕES DE MACPHERSON E BOBBIO

Atinente às considerações gerais, oportuno começar este capítulo registrando que a conceituação de democracia é uma tarefa difícil, sobretudo porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, acabou-se transformando em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa – para citar *o senso comum teórico dos juristas*, de Warat (1994)³⁵.

Daí parece acertado dizer que a razão está com Mouffe (1996), em *o regresso do político*, para quem hoje questão crucial reside em como estabelecer uma nova fronteira política, capaz de dar um verdadeiro impulso à democracia³⁶. É nessa esteira, também, que Chauí (1997) comunica a questão democrática sob três aspectos: i) a democracia como questão sociológica – as instituições democráticas; ii) a democracia

³⁵ “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas” (WARAT, 1994, p. 13).

³⁶ Segundo crê a autora, “isto exige a redefinição da esquerda como um horizonte em que as muitas lutas diferentes contra a sujeição possam encontrar um espaço de filiação. A noção de uma cidadania democrática radical revela-se fundamental, porque é susceptível de facultar uma forma de identificação que permita o estabelecimento de uma identidade política comum entre as várias lutas democráticas”. Ou ainda, “é precisamente porque não procura negar o político que, ao invés de outras concepções de democracia radical ou participativa enquadradas numa moldura universalista ou racionalista, a concepção que aqui defendo é verdadeiramente uma concepção de democracia radical e plural” (MOUFFE, 1996, p. 18-19).

como questão filosófica – os princípios da fundação democrática; e iii) a democracia como questão histórica – relações entre democracia e socialismo³⁷.

Uma vez refletidos a partir dessas autoras, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 100), é possível dizer, a par da dificuldade de conceituar a democracia, que existem alguns traços que a distinguem de outras formas sociais e políticas: em primeiro lugar, a democracia é a única sociedade e o único regime político “que considera o conflito legítimo”, uma vez que não só trabalha politicamente tais conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso, nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos, criando um contrapoder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado³⁸; em segundo lugar, a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo³⁹.

De pronto, detêm Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 101) que as lutas históricas em prol da democracia nos mostram o quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isso, conservá-la. Evidente que a “questão democrática”, embasada no presente título, nasce lado a lado com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado, objeto do capítulo anterior. Para tanto, basta ver o lento

³⁷ Para a autora, acerca da questão democrática: “A democracia, talvez por ser um enigma – e como não o seria se, através das mutações históricas, é um tema incessantemente retomado? – poderia tornar-se um campo de interrogação no qual até mesmo aquela rivalidade chagasse a ser compreendida”. (Rivalidade, aqui, cultivada entre filósofos e sociólogos, os primeiros considerando-se possuidores da verdade porque detentores da Ideia; os segundos reivindicando para si a posse do verdadeiro porque conhecedores do Fato – é uma rivalidade obscurantista que priva o filósofo de contato com o mundo e o sociólogo, da interpretação do sentido de sua investigação). “Não porque *todos* ‘democraticamente’ desejamos a democracia. Nem porque *todos* ‘democraticamente’ a discutiremos. Mas porque a interrogação acerca da democracia é uma indagação em que estamos *todos implicados* como sujeitos, sem que possamos reivindicar o lugar imaginário do saber separado. Se conhecer é fixar o real em representações (fatos ou ideias), em contrapartida, pensar é acolher o risco do trabalho do acontecimento sem pretender fixá-lo num racional positivo completamente determinado. Se pensar é um momento da práxis social, se é aceitação da diferença entre saber e fazer, se é compreensão dos limites entre a teoria e a prática, talvez, então, nossas discussões não unifiquem nossos pontos de vista, nem nos ensinem simplesmente a conviver com nossas diferenças, mas nos levem também a indagar se o desejo da unidade não seria o maior engano que nos afasta da democracia, em lugar de nos aproximar dela. O olhar separado e a unidade (aparentes atributos do Sujeito do Conhecimento), sabemos que são, nas sociedades modernas, os atributos do Poder. A nós, a tarefa de questioná-los” (CHAUI, 1997, p. 137-138).

³⁸ Acerca da redescoberta democrática do trabalho e do sindicalismo, consultar: Santos (2006, p. 377 e seguintes).

³⁹ Sobre a ideia de democracia consonante a processo histórico, verificar: Silva (2012, p. 125 e seguintes).

processo de conquistas das liberdades e dos direitos humanos, também abordados no capítulo acima. A América Latina, em especial, não tem sido pródiga em exemplos de democracia. Com efeito, mergulhada até pouco tempo em ditaduras militares, sequelas ainda se mostram bem visíveis, mormente se examinar-se a equação “distribuição de renda *versus* participação democrática da população”, adicionado a isso parlamentos eleitos com representatividade desproporcional e flagrantes violações das Constituições.

É nesse contexto que a democracia (liberal) representativa tem revelado seus modelos e incertezas. Dentre os teóricos que têm servido de base a este Trabalho de Conclusão de Curso, tanto Bolzan de Moraes e Streck (2003) quanto Mouffe (1996) citam Macpherson, para quem era necessário elaborar uma teoria de democracia que cortasse os laços que tinham sido estabelecidos entre o princípio ético liberal da autorrealização humana e a economia capitalista de mercado⁴⁰.

De acordo com aqueles (2003, p. 102-103), diversos teóricos têm-se debruçado sobre a questão democrática. Um deles, Macpherson, propõe um modelo de democracia no qual exista uma diminuição gradual dos pressupostos de mercado e uma ascensão gradual do direito igual de desenvolvimento individual. Para tanto, apresenta um conjunto de pré-condições que seriam as condições sociais da democracia: mudança da consciência do povo e grande diminuição da atual desigualdade social e econômica, eis que a desigualdade exige um sistema partidário não participativo para manter o *sistema quo*.

Não só, acentua que há uma espécie de círculo vicioso: não se pode conseguir mais participação democrática sem haver uma prévia mudança da desigualdade social e sua consciência, mas também não se consegue mudar ambas as condições sem um aumento anterior da participação democrática.

Daí a prescrição de Macpherson para que se estimulem os procedimentos da democracia que ele chama de “participativa”, por meio de associações de bairros, liberdade de expressão, cogestão nas empresas, luta pelo direito das minorias etc.; por último, fala da necessidade de enfatizar o peso do ônus social decorrente do capitalismo financeiro de satisfazer as expectativas do consumidor enquanto reproduzindo a desigualdade e a crescente consciência dos custos da apatia política.

⁴⁰ Enquanto Bolzan de Moraes e Streck (2003) dissertam com base em Macpherson (1978); Mouffe (1996) trabalha com a obra Macpherson (1973).

A partir desses pressupostos, o teórico propõe aquilo que denomina de uma combinação de um aparelho democrático piramidal e indireto com a continuação de um sistema partidário. Há, porém, riscos nesse propósito, diz o autor, que poderiam tornar inviável o modelo de democracia participativa, como a ameaça de uma contra-revolução, o reaparecimento de uma divisão e oposição de classes. Para ele, a conciliação de classes pregada nesse modelo de democracia não poderá ser pensada como mera distribuição de renda; outro risco é a apatia do povo na base, o que requer a atuação de partidos políticos pensados de uma maneira nova, não no sentido tradicional, que é o da manutenção da ordem vigente num sistema de classes sociais. Acredita que, com o passar de algumas décadas, os partidos tenderiam a desaparecer, pela conscientização social da possibilidade de outras formas de participação. No modelo macphersoniano de democracia participativa, está ínsita a ideia de uma sociedade sem classes ou com mínimas diferenças de classe, circunstâncias, aliás, que é condição de possibilidade para o próprio funcionamento do modelo. Por outro lado, é possível ver nesse modelo também rasgos daquilo que Gramsci chama de guerra de posição, com a tomada de espaços dentro do próprio sistema capitalista, como forma pacífica da tomada dos aparelhos do Estado (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 103).

Mouffe (1996, p. 137-138), em seu turno, afirma que isso não significava, evidentemente, que Macpherson estivesse errado quando apelava ao desenvolvimento de um “socialismo democrático liberal”. Para ela, hoje, tal teoria é mais necessária do que nunca. Sustenta que Macpherson é, indubitavelmente, um importante ponto de referência. A sua tese de que os valores éticos da democracia liberal nos facultam os recursos simbólicos para prosseguirmos a luta por uma democracia radical liberal está agora a ser aceita por muitas forças de esquerda cujo objetivo é a extensão e o aprofundamento da revolução democrática. Na verdade, de acordo com a autora, a crença de Macpherson no potencial radical do ideal democrático-liberal é partilhada por aqueles que pretendem redefinir o socialismo em termos de democracia plural e radical⁴¹.

No entanto, na abordagem de Macpherson, registram-se alguns problemas que Mouffe (1996, p. 138) tenciona levantar, comparando a sua posição com a de outro socialista democrático-liberal, Bobbio. Ambos pretendem defender princípios liberais e, ao mesmo tempo, expandir o âmbito do controle democrático. Os dois consideram que a questão fundamental para a esquerda consiste em como alcançar um socialismo compatível com a democracia liberal. Existem, porém, diferenças

⁴¹ Poulantzas (2000) põe, no centro dos debates, o problema da democracia e do socialismo. Ou, mais precisamente, o problema do socialismo democrático, capaz de superar não apenas os conhecidos limites da democracia representativa, mas igualmente apto a levar a uma práxis viabilizadora de um socialismo definitivamente comprometido com o desenvolvimento das liberdades e com o real poder e autonomia das bases políticas.

importantes na forma como visualizam esse socialismo democrático-liberal. Senão, vejamos:

De acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 103-104), formalmente, na linha de pensamento de Bobbio⁴², pode-se dizer que a democracia é um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos. Ou seja, a democracia significa, nessa perspectiva, a montagem de um arcabouço de normas que definam, antecipadamente, os atores e a forma do jogo, identificando-se, de regra, com questões relativas a “quem votar?”, “onde se vota?” e “com quais procedimentos?”, sendo que, para cada pergunta, adotam-se respostas compatíveis⁴³.

Assim é que os autores procuram traçar possíveis fundamentos aos questionamentos acima. Por exemplo, quanto a “quem votar?”, deve-se responder “todos”; sobre “onde se vota?”, deve-se responder em todos os locais onde se tomem decisões de caráter coletivo; e sobre “com quais procedimentos?” (a serem adotados), deve-se responder que o mecanismo fundamental é o da “regra da maioria”, sendo que, para que se possa implementá-la, devem-se disponibilizar alternativas reais, bem como garantir a possibilidade de escolha, tendo como conteúdo mínimo: i) garantia dos direitos de liberdade; ii) partidos; iii) eleições; iv) sufrágio; e v) decisões por acordo ou por maioria com debate livre.

Além disso, clarividente que a democracia requer uma grande dose de Justiça Social⁴⁴. Esta enfrenta questões que relevam da igualdade de direitos, da solidariedade e da sustentabilidade, aprofundando o debate que articula as alternativas para o desenvolvimento sustentável e a igualdade de oportunidades nas sociedades multiculturais e no mundo globalizado. Afinal, não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômico-sociais que apontam para a linha (ou

⁴² Do autor, ver: Bobbio (2000).

⁴³ “Embora Bobbio concorde que é necessário um maior grau de participação, o seu modelo não é o da democracia participativa e não dá tanta ênfase como Macpherson à democracia direta” (MOUFFE, 1996, p. 138).

⁴⁴ O debate jurídico sobre a Justiça Social é necessariamente transdisciplinar. A problemática da Justiça está na base dos fundamentos do direito, dos institutos e das instituições jurídicas. Contemporaneamente, a discussão jurídica é confrontada à realidade de uma prática jurídica que tanto pode assumir um perfil conservador, por exemplo, das conquistas de um passado revolucionário, como pode assumir um papel transformador, quando promove a construção de um direito permanentemente renovado. Acerca do tema, sugere-se: Brauner e Lobato (2015).

abaixo da) linha da pobreza. Não há como se falar em democracia, sem falar em justiça social.

Agora, no que se refere àquilo que Bobbio (1986) denominou de “promessas não cumpridas”, há que se destacar que o processo democrático nunca se caracterizou por um desenvolvimento linear. “Com efeito, a sua trajetória, longe de percorrer um histórico que lhe traçasse um perfil uniforme, expressou-se, muitas vezes, de maneira contraditória” (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 104). Tais contradições, expressas adiante, permitiram que a teoria jurídico-política propusesse a ocorrência daquilo que se denominou “contrapontos”, na tentativa de explicitar essa tortuosidade e as dificuldades encontradas.

A partir do autor italiano, permite-se uma visão abrangente desta situação:

Contrapontos⁴⁵

Aspecto	Modelo democrático (teórico)	Modelo democrático (real)
Protagonistas	Indivíduo - s/corpos intermediários	Grupos
Forma de sociedade	Centrípeta	Centrífuga
Poder	Derrota das oligarquias	Oligarquias em concorrência
Representação (revanche dos interesses)	Mandato livre (fiduciário) (Interesses gerais)	Mandato imperativo (disciplina partidária)
Espaços de decisão	Poder ascendente	Poder descendente (burocracia)
Espaços de atuação	Quem vota - sufrágio universal Onde se vota - dever político	Dever social - menos espaço
Poder invisível	Eliminação do segredo Poder transparente Publicidade - formação da opinião pública	"Duplo Estado" (visível + invisível) Controle público x controle do público (quem controla os controladores?)
Educação para cidadania	Prática democrática (cidadania ativa) Voto de opinião	<i>Voto di scambio</i> (de troca)

O que se pode retirar de tal formulação é, em primeiro lugar, a ideia de que muito daquilo que fora prometido pelos formuladores do ideário democrático, na perspectiva procedimental⁴⁶, em particular, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 105), não foi cumprido ao longo destes dois séculos. Daí se falar nas intituladas propostas não cumpridas.

⁴⁵ Este Quadro Sistemático, extraído de Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 105), foi elaborado a partir de Bobbio (1986).

⁴⁶ Para uma análise de um conceito procedimental de democracia, consultar: Habermas (2011, p. 9 e seguintes).

Nessa seara, pode-se perceber, no traçado acima pelos autores, desde a ideia dos “protagonistas” do jogo democrático, que, na origem, deveriam ser os indivíduos, tem-se a entrada em cena, cada vez mais fortemente, de grupos de interesse que nos substituem e passam a ditar as regras do jogo político.

Em um segundo momento, tem-se a questão da “organização da sociedade”, que do ideal de um modelo onde o poder estivesse centralizado em um único local, conforme visto no capítulo 1, passou a uma sociedade caracterizada pela dispersão dos espaços decisórios.

Da mesma forma que, em relação à “detenção do poder político”, quando então se pretendeu a sua distribuição o mais amplamente possível, fazendo desaparecer o poder oligárquico, no qual uma determinada elite controla a cena pública, o que se observa é que, no máximo, o que se obteve foi a multiplicação de elites que visam à dominação política e que concorrem entre si.

Mais significativa ainda é, para os autores, o que reflete o problema da “representação política”, quando no ideal propugnava-se pelo estabelecimento de uma representação dotada de liberdade de atuação, podendo decidir os temas que lhe fossem propostos a partir de interesses gerais da comunidade, sendo que se verificou, na prática, a constituição de limites à ação dos representantes por intermédio dos mais diversos fatores, dentre os quais – embora positivo – o da disciplina partidária.

Outra das promessas não cumpridas, muito embora o seja em face mesmo da transformação da sociedade contemporânea, diz respeito, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 106), aos “espaços de tomada de decisão”, para os quais se previa um processo que partisse da base dos interessados – poder ascendente – e não, ao contrário, caracterizasse-se, inversamente, pela produção de decisões técnicas, cuja racionalidade está arraigada em pressupostos tecnoburocráticos, e não em pretensões políticas. Ou seja, a razão instrumental se substitui à razão política, assentada na “teoria das razões de Estado”, para a qual o Estado deve agir em segredo para não provocar escândalo.

Já para as duas questões centrais à “democracia procedimental” – “quem vota?” e “onde se vota?” – prosseguem os autores, o que se verificou foi um alargamento quantitativo em ambos os casos, seja pela adoção do sufrágio universal, seja pela ampliação do número de locais onde as decisões são adotadas a partir de estratégias participativas, muito embora também se tenha observado que a atuação

tenha-se pautado unicamente por um dever social, o que inviabiliza a consolidação de um processo de participação política calcado no ideal da conscientização da cidadania, ocasionando, assim, uma perda de sentido no projeto “educação para a cidadania”, em que se privilegia a opinião consciente em vez de troca de favores. Ou seja, a prática democrática pressuposta na base da cidadania ativa acabou por ser submetida a uma total apatia participativa.

De igual modo, outro aspecto a ser relevado por eles diz respeito à necessidade de “controle do poder”. Para tanto, pretendeu-se o ideal democrático constituir-se em um espaço de ampla visibilidade, com suporte na ideia de que as decisões públicas devem ser tomadas em público, no qual a transparência deveria ser a tônica. Todavia, o que se observou foi a ampliação de espaços decisórios imunes ao olhar do cidadão, fugindo, assim, ao controle público do poder. Dessa forma, ao ideal do poder visível substituiu-se o real do poder invisível, às decisões públicas sucederam-se as decisões secretas, à publicidade, o segredo.

Assim, no que se refere aos impedimentos à concretização democrática, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 107), todas essas promessas não sofreram tais influências única e exclusivamente em razão de circunstâncias aleatórias impeditivas de sua concretização. Para Bobbio (1986), o que condicionou tais contradições foi o que denominou justamente de “obstáculos à democracia”, ou seja, circunstâncias fáticas que impuseram transformações profundas naquilo pressuposto para aquilo ocorrido, na medida em que não estavam previstos ou surgiram em decorrência das transformações da sociedade civil.

Dentre tais obstáculos, elencam os autores, em primeiro lugar, a “complexificação da sociedade”, quando a passagem de uma economia familiar para uma economia de mercado e desta para uma economia protegida produziu a necessidade de constituição de um quadro profissional habilitado tecnicamente a lidar com a “complexidade social crescente”, o que veio a colocar o problema da “legitimação para a tomada de decisões”, posto que o projeto democrático é antitético ao projeto tecnocrático. Enquanto aquele se assenta em um poder diluído/disperso, no qual “todos podem decidir a respeito de tudo”; nestes, apenas aqueles iniciados nos conhecimentos técnicos envolvidos podem tomar decisões. Surge, aqui, o dilema que “contrapõe a decisão política à decisão técnica”, o poder diluído, próprio à democracia, ao “poder concentrado”, característico da decisão tecnocrática.

De outro lado, sustentam que um segundo obstáculo surge em consequência do próprio “processo de democratização da sociedade” na medida em que alargava as possibilidades de participação social, permitia que novas demandas fossem propostas ao Estado. Assim, a organização estatal viu-se na contingência de moldar-se estrutural e funcionalmente para tentar dar conta do crescente e diversificado número de demandas. A fórmula adotada foi a de constituição de um “aparato burocrático” responsável por responder às pretensões sociais cuja característica é a de ser um “poder que se organiza verticalmente do alto para baixo”, contrapondo-se, assim, ao modelo democrático de um “poder que se eleva da base para o topo”. Dessa forma, as respostas às demandas democráticas vieram organizadas burocraticamente, como se experienciou com o Estado do Bem-Estar, visto no capítulo 1 deste trabalho, impondo-se um aspecto de suas crises, quando, muitas vezes, chocam-se a pretensão política com a resposta tecnoburocrática.

Por fim, conseqüência mesmo deste alargamento participativo e do acúmulo de demandas experimentado, para os autores, passou-se a conhecer um processo de fragilização da democracia diante da frustração constante provocada pela lentidão das respostas, sua insuficiência, ou, ainda, pela ineficiência. Em outras palavras, à “sobrecarga de demandas”, viabilizada pela facilitação democrática, seguiu-se a “defasagem quantitativa e/ou qualitativa” das soluções propostas pelos métodos adotados para tal finalidade.

É dessa maneira que, de acordo com Mouffe (1996, p. 140), existem muitas relações sociais às quais as formas de democracia representativa não se adequariam e, portanto, tais formas deveriam ser plurais e adaptadas ao tipo de relações sociais em que os princípios democráticos da liberdade e da igualdade seriam implementados.

Penso que a democracia terá de conciliar-se com o pluralismo porque, nas condições modernas, em que já não podemos falar do povo como de uma entidade unificada e homogênea com uma única vontade geral, a lógica democrática da identidade entre governo e governados não pode só por si garantir o respeito pelos direitos humanos. Será só em virtude da sua articulação com o liberalismo político que a lógica da soberania popular poderá evitar cair na tirania (MOUFFE, 1996, p. 141).

Enfim, o que se percebe é que Macpherson e Bobbio, a partir de seus pressupostos inerentes à questão democrática, corresponderam a importantes teóricos no delineamento entre a democracia que se tem e a democracia que se quer,

cuja tonalidade dar-se-ia por meio de uma ampla Reforma Política do sistema democrático, objeto de discussão a seguir.

2.2 A REFORMA POLÍTICA NO BRASIL: OS CONSENSOS POSSÍVEIS E O CAMINHO DO MEIO EM BUSCA DO APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO

No dia 17 de maio de 2015, Luís Roberto Barroso realizou apresentação sobre o tema na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, no painel *Political Reforms: Towards a more representative democracy?*, especificamente no *Brazil Harvard Conference*. Tal apresentação é que embasará a presente seção, tendo em vista o compartilhamento de ideias e reflexões trazidas à baila pelo mesmo. Tal investigação é fruto da reunião de grupo de estudiosos, os quais realizaram uma extensa pesquisa acerca da experiência brasileira e dos diferentes modelos de sistema político existentes no mundo⁴⁷.

2.2.1 O sistema político brasileiro e seus problemas

2.2.1.1 O sistema de governo

O sistema de governo adotado no Brasil tem o formato hiper-presidencialista da tradição latino-americana. Para Barroso (2006), há a necessidade de atenuação desse modelo, pela implantação do *semipresidencialismo*, como praticado na França e em Portugal. Nesse novo arranjo, o presidente continuaria a ser eleito por voto direto e conservaria uma série de poderes políticos importantes, embora limitados, incluindo: a indicação do Primeiro-Ministro, que dependeria de aprovação do Legislativo; a indicação de ministros dos tribunais superiores, dos comandantes das Forças Armadas e dos embaixadores; a condução das relações diplomáticas; a iniciativa de projetos de leis, em meio a outras competências. O Primeiro-Ministro, por sua vez, seria o chefe de governo e da administração pública, atuando no varejo das disputas políticas e nos embates do avanço social. O presidente da República, com mandato fixo, seria o garantidor da continuidade e da estabilidade institucional. Já o Primeiro-Ministro, em caso de perda do suporte político, poderia ser substituído, sem abalo

⁴⁷Em que pese este Trabalho de Conclusão de Curso apresentar uma síntese da pesquisa, para acesso à obra completa, consultar Barroso (2006).

para as instituições. Não é o caso de detalhar essa proposta e explorar suas potencialidades. Este não é um tema que esteja na agenda política ora em discussão, mas fica o registro de que se considera que tal fórmula poderia atenuar dois crônicos problemas que assinalam a história política brasileira: i) o autoritarismo do Executivo e ii) a instabilidade institucional.

2.2.1.2 O sistema eleitoral

O sistema eleitoral brasileiro é uma usina de problemas. Deixam-se de lado as eleições para o Senado Federal e a Presidência da República, em relação às quais vigora o sistema majoritário. E concentra-se nas eleições para Deputado Federal, onde residem os maiores problemas. O sistema adotado é o proporcional com lista aberta. Os candidatos fazem campanha e podem ser votados no território de todo o Estado e o eleitor escolhe qualquer nome das listas partidárias. Cada partido ou coligação elege o número de Deputados correspondente à sua votação, com base no quociente eleitoral e no quociente partidário. Há problemas muito visíveis nessa fórmula, entre os quais: i) o custo elevadíssimo da campanha em todo o território do Estado; ii) o fato de menos de dez por cento dos candidatos se elegerem com votação própria (elegem-se por transferências dos votos obtidos pelo partido); e iii) o principal adversário do candidato do partido A é o outro candidato do partido A. Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem está elegendo e o debate público não é programático, mas personalizado (o candidato precisa convencer o eleitor de que é melhor do que o seu colega de partido).

2.2.1.3 O sistema partidário

O sistema partidário é caracterizado pela multiplicação de partidos de baixa consistência ideológica e nenhuma identificação popular. Surgem, assim, as chamadas *legendas de aluguel*, que recebem dinheiro do Fundo Partidário – isto é, recursos predominantemente públicos – e têm acesso a tempo gratuito de televisão. O dinheiro do Fundo é frequentemente apropriado privadamente e o tempo de televisão é negociado com outros partidos maiores, em coligações oportunistas e não em função de ideias. A política, nesse modelo, afasta-se do interesse público e vira um negócio privado.

2.2.2 Os principais objetivos de uma Reforma Política

Uma Reforma Política capaz de superar os problemas descritos até aqui deve ter em vista alguns objetivos inafastáveis. Entre eles, é possível destacar três, os quais serão citados a seguir, à luz da apresentação de Luís Roberto Barroso na Universidade de Harvard.

2.2.2.1 Aumentar a legitimidade democrática do sistema político

A política majoritária tem enfrentado algum grau de descrédito em quase todo o mundo nas últimas décadas. No Brasil, particularmente durante o regime militar, a atividade política foi tratada como algo menor, um espaço para oportunismo e corrupção. Não tem sido fácil superar esse estigma, e o sistema político brasileiro tampouco ajuda muito. É cada vez mais difícil atrair novas vocações, movidas por idealismo e interesse em servir. A primeira preocupação de uma Reforma Política deve ser a de aumentar a legitimidade democrática do sistema, reforçando a relação entre eleitores e representantes. Para tanto, é indispensável: i) no que diz respeito ao sistema eleitoral, um modelo que favoreça uma maior aproximação e identificação entre cidadãos e agentes políticos eleitos, com visibilidade e *accountability* reforçadas; ii) no que diz respeito aos partidos políticos, um sistema capaz de assegurar um mínimo de conteúdo e coerência ideológicos no seu programa e na sua prática, com drástica redução do número de partidos e a imposição de padrões mínimos de fidelidade partidária; e iii) no que diz respeito ao eleitorado, uma cidadania mais consciente e ativa, disposta a acompanhar com um mínimo de interesse o desempenho de seus representantes.

2.2.2.2 Baratear o custo das eleições para reduzir a centralidade do dinheiro no processo eleitoral

O custo das campanhas e o papel que o dinheiro tem desempenhado na política brasileira precisam ser significativamente reduzidos. Naturalmente, não se deve cultivar a ingenuidade de negar a importância dos interesses econômicos privados em uma sociedade capitalista e aberta. A questão aqui é de se imporem limites, trazendo transparência e *accountability* também para a relação entre dinheiro

e política. As consequências desafortunadas do modelo atual são muito evidentes para não serem percebidas: i) desigualdade: candidatos sem recursos financeiros relevantes têm poucas chances de se elegerem, o que contribui para um ambiente político plutocrático; ii) antirrepublicanismo: a agenda política se torna refém dos grandes interesses privados, sacrificando, muitas vezes, o verdadeiro interesse público; e iii) corrupção: a necessidade de financiar campanhas milionárias e a ausência de disciplina legal adequada das relações entre empresas doadoras e agentes públicos eleitos estão por trás dos sucessivos casos de corrupção que têm abalado a política brasileira no passado recente.

2.2.2.3 Assegurar a formação de maiorias políticas que afiancem a governabilidade e relações republicanas entre Executivo e Legislativo

Todo governo precisa de apoio no Congresso para aprovar suas leis e propostas e, como consequência, a negociação política entre Executivo e Legislativo é um traço comum e regular em qualquer democracia. O que faz a diferença nas democracias mais maduras são a qualidade e a agenda dessas negociações. Seja como for, é desejável que o presidente eleito saia das eleições com uma maioria capaz de assegurar que o programa de governo vitorioso seja posto em prática ou que pelo menos permita a negociação de um governo de coalizão por mecanismos institucionais e republicanos. No Brasil, porém, a fragmentação do quadro partidário e a falta de conteúdo programático na atuação dos partidos fazem com que as negociações gravitem em torno dos interesses políticos individuais dos parlamentares, quando não de seus interesses privados. Esse modelo de relação entre a presidência e o Legislativo degenera, com frequência, em clientelismo, patrimonialismo (uso de recursos públicos para fins privados) e corrupção. Para aprimorar a governabilidade e as relações entre o presidente e o Congresso, é preciso introduzir mudanças no sistema de governo, no sistema eleitoral e no sistema partidário.

2.2.3 As diferentes propostas existentes

Ao longo dos anos, foram dezenas as propostas de Reforma Política apresentadas no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal. Há propostas de diferentes origens: apresentadas pelo governo ou

por grupos de trabalho nas casas legislativas; outras que foram encampadas formal ou informalmente por partidos políticos; diversas resultantes de iniciativa parlamentar; e há as que têm origem na própria sociedade civil. A seguir se faz um levantamento de algumas dessas propostas, com foco em quatro pontos específicos: sistema eleitoral, coligações partidárias, cláusula de barreira e financiamento de campanha. A descrição que se segue se beneficia tanto do painel apresentado por Luis Roberto Barroso, em Harvard, quanto da pesquisa conduzida por Murillo Aragão em seu livro recente, intitulado *Reforma Política: O Debate Inadiável* (2014), bem como por Aline Rezende Peres Osório, mestrandia em direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em 1999, o Senado Federal aprovou proposta de Reforma Política que incluía i) sistema eleitoral misto e ii) proibição de coligações partidárias em eleições proporcionais (para deputados federais, estaduais e vereadores). A matéria não chegou a ser votada na Câmara dos Deputados, onde terminou arquivada. Anos depois, em 2013, o Grupo de Trabalho da Reforma Política da Câmara dos Deputados propôs o seguinte: i) sistema eleitoral misto para a eleição de deputados; ii) voto em lista partidária fechada ou preordenada; iii) fim das coligações partidárias em eleições proporcionais; e iv) limite para doações de pessoas físicas e jurídicas a campanhas. Atualmente, Comissão Especial constituída pela Câmara dos Deputados utiliza como texto base a PEC 352/2013, que propõe, entre outras, as seguintes alterações: i) sistema eleitoral misto, com a eleição em distritos (de 4 a 7 por Estado) e combinando aspectos da eleição proporcional (o número de lugares do partido é determinado pela votação em cada distrito) e da eleição majoritária (se o candidato que entraria pelo critério partidário não tiver obtido 10% do quociente eleitoral do distrito, sua vaga é preenchida pelo candidato mais votado, independentemente do partido); ii) proibição de coligações para a eleição de deputado federal, salvo o caso de formação de federação de partidos; iii) estabelece cláusula de barreira ou de desempenho; e iv) prevê financiamento público e privado de campanhas, com doações somente aos partidos, vedadas doações diretas aos candidatos.

Em 2009, o Governo Lula, eleito pelo PT, encaminhou ao Congresso sua proposta de Reforma Política, que incluía: i) lista partidária fechada ou preordenada; ii) proibição de coligações partidárias para eleições proporcionais; iii) cláusula de barreira ou de desempenho e; iv) financiamento público de campanha. Em 2013, pesquisa sobre Reforma Política feita com parlamentares do PMDB, cujos números

foram apresentados por Luís Roberto Barroso quando do painel na Universidade de Harvard, apontaram: i) sistema eleitoral majoritário não distrital para a eleição de deputados e vereadores (“Distritão”); ii) expressiva maioria contra a possibilidade de coligação nas eleições proporcionais; iii) 76% defendem a criação de cláusula de barreira ou de desempenho; e iv) a maioria (apertada) defende financiamento público e privado, inclusive por empresas, mas somente para os partidos (45%, no entanto, apoiaram o financiamento exclusivamente público). Recentemente, em março de 2015, o partido reafirmou sua posição em favor do “Distritão” e do financiamento privado, sendo que, nas eleições majoritárias, só é possível doar a um dos candidatos⁴⁸. Em julho de 2013, o PSDB, por seu presidente, Senador Aécio Neves, apresentou as propostas do partido para a Reforma Política, que incluíam: i) sistema eleitoral distrital misto; ii) fim das coligações proporcionais; e iii) cláusula de barreira ou de desempenho.

O Deputado Henrique Fontana, um dos estudiosos do tema na Câmara dos Deputados, apresentou proposta que defendia: i) sistema eleitoral de lista flexível (a lista partidária é preordenada e prevalecerá se o eleitor votar na legenda; porém, o eleitor tem a faculdade de votar no candidato de sua preferência); ii) fim das coligações partidárias nas eleições proporcionais; iii) cláusula de barreira ou de desempenho; e iv) financiamento exclusivamente público.

O então deputado Ronaldo Caiado, hoje senador, apresentou, igualmente, proposta que inclui: i) voto em lista preordenada; ii) fim das coligações nas eleições proporcionais (admitidas federações de partidos com aliança estável); e iii) cláusula de barreira ou de desempenho. Por fim, a proposta vinda de entidades da sociedade civil, como CNBB, OAB e do Movimento por Eleições Limpas, defende os seguintes pontos: i) sistema proporcional em lista preordenada e em dois turnos (no primeiro, o eleitor vota no partido; no segundo, vota no candidato) e ii) financiamento misto de campanha, que veda a doação de pessoas jurídicas e estabelece teto de R\$ 700,00 reais para doações de pessoas físicas, ponto, este, já superado pelo STF.

⁴⁸ O STF, em 04/03/2016, publicou acórdão que proíbe o financiamento eleitoral por empresas. A maioria dos ministros viu problemas nos artigos 31, 38 e 39 da Lei 9.096/95 (sobre partidos políticos), que permitem a prática. Segundo o voto vencedor, do ministro Luiz Fux, “a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico desses grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano”. Disponível em: <<<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-doacao-eleitoral-empresas.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

Existem numerosos outros projetos sobre os temas aqui selecionados. Diversas outras questões são igualmente objeto de discussão, como a proibição de reeleição, a coincidência de datas entre eleições federais, estaduais e municipais, a mudança de data da posse nos cargos eletivos, o voto facultativo, entre outras. As circunstâncias, todavia, impõem circunscrever a análise em alguns pontos específicos.

2.2.4 Consensos, denominadores comuns e conciliações possíveis

2.2.4.1 Os consensos existentes: proibições de coligações e cláusulas de desempenho

Das diferentes propostas descritas acima, dois pontos obtiveram praticamente consenso: a proibição de coligações na eleição de deputados federais e a imposição de cláusula de barreira ou de desempenho aos partidos políticos. A questão em aberto, quanto às coligações, é a permissão de formação de federações de partidos, em “união estável” e não apenas circunstancial. Que, de resto, não parece ser uma concessão extremamente grave. Na falta de consensos mais amplos, somente a aprovação desses dois pontos já terá um impacto positivo relevante sobre o sistema partidário. Poderiam ser aprovados, desde logo, destacadamente, por já representarem um avanço.

2.2.4.2 Financiamento eleitoral: o caminho do meio

De acordo com matéria vinculada no portal *Conjur*⁴⁹ acerca da publicação do Acórdão, pelo STF, que proíbe financiamento eleitoral por empresas, os limites fixados pela legislação brasileira para doação de empresas a campanhas eleitorais são insuficientes para coibir a captura do político pelo poder econômico, criando indesejada “plutocratização” do processo político. Assim entendeu o Plenário do Supremo ao considerar inconstitucional regra que liberava o financiamento eleitoral praticado por pessoas jurídicas.

⁴⁹ Filantropia suspeita. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/stf-publica-acordao-proibe-financiamento-eleitoral-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

A decisão foi proferida no dia 17 de setembro de 2015, por oito votos a três, e publicada no dia 4 de março do presente ano no Diário Oficial da União. A maioria dos ministros viu problemas nos artigos 31, 38 e 39 da Lei 9.096/95 (sobre partidos políticos), que permitem a prática.

Segundo o voto vencedor, disponibilizado no portal acima, do ministro Luiz Fux, no modelo então vigente, cerca de 20 mil pessoas jurídicas — menos de 0,5% do total de empresas brasileiras — financiavam campanhas políticas. De acordo com ele, “uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão”.

O ministro também conclui que a legislação eleitoral viola a isonomia ao reconhecer doações de empresas, mas proíbe a mesma medida para entidades sindicais e associações civis sem fins lucrativos. Ainda segundo ele, excluir o financiamento por pessoas jurídicas “não ensejará consequências sistêmicas sobre a arrecadação de recursos, seja porque se mantém o acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda eleitoral gratuita, seja porque persistiria o financiamento por pessoas naturais”.

A ação foi apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), reunindo uma série de entidades como *amicicuriae*, e começou a ser julgada em 2013. A análise foi suspensa por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Um ano e cinco meses depois, ele devolveu o processo à corte, com entendimento divergente.

Para o ministro, “permitir a doação somente de pessoas naturais, a partir de limite per capita e uniforme, significa criminalizar o processo político-eleitoral no Brasil, além de ser um convite à prática reiterada de crimes de lavagem de dinheiro”. Além disso, o ministro Gilmar Mendes avaliou que impedir a participação do setor privado asfixiaria os partidos que hoje estão fora do governo, tornando “virtualmente impossível” a alternância de poder.

2.2.4.3 Sistema eleitoral: conciliação de propostas ou votação

A maior complexidade, em relação à Reforma Política, reside na definição do sistema eleitoral. Ainda assim, é possível extrair um consenso: o sistema atual, proporcional com voto em lista aberta, não é bom e deve ser aprimorado. Existem, então, as seguintes alternativas:

- i) proporcional com lista fechada, defendido, por exemplo, pelo PT;
- ii) distrital misto – metade das cadeiras preenchidas com voto majoritário no distrito e a outra metade de acordo com a votação proporcional do partido – , defendido, por exemplo, pelo PSDB;
- iii) “distritão”, em que o Estado seria um distrito único, sem subdivisões, com as vagas obtidas pelos candidatos mais votados.

Existem prós e contras em relação cada uma das três soluções. O voto em lista fechada ou preordenada limita a capacidade de livre escolha do eleitor. Embora isso seja verdade, na prática, o sistema em lista aberta é ilusório: menos de dez por cento dos candidatos se elegem com votação própria. Quase todos se elegem com transferência de votos do partido. Portanto, no mundo real, o eleitor não elege quem ele quer e nem fica sabendo, em rigor, quem ele elegeu. Já o chamado “distritão”, embora resolva o problema da transferência de votos, não realiza dois outros objetivos aqui tidos como importantes para a Reforma Política: não barateia a eleição, nem aproxima o eleitor de seu representante. A disputa em todo o Estado será caríssima e a eleição altamente personalizada e não programática: cada candidato contra todos os outros. Além de representar um retrocesso no que se refere à representação de minorias no parlamento. O voto distrital misto, por sua vez, também apresenta dificuldades, sobretudo no tocante à definição dos distritos. Não obstante isso, por permitir a combinação do sistema proporcional e do majoritário, pode ser um bom caminho conciliatório, ou, pelo menos, capaz de obter maioria expressiva, quer em combinação com o voto em lista preordenada (proposta do PT), quer em combinação com o “distritão” (proposta do PMDB).

De fato, é possível conciliar a proposta do PSDB com a do PT da seguinte forma: no sistema distrital misto, a Câmara dos Deputados tem metade dos seus membros eleita por critério majoritário nos distritos e a outra metade por critério proporcional à votação de cada partido. O eleitor, portanto, tem dois votos: um no candidato de sua preferência no distrito (cada partido lança um único candidato) e

outro no partido de sua preferência. Pois bem: em relação a este segundo voto, pode-se adotar o sistema de lista preordenada ou, para atenuá-lo, o sistema de lista flexível (o eleitor tem a opção de votar apenas na legenda ou no candidato que escolher). Também é possível combinar a posição do PSDB com a do PMDB: basta que este segundo voto, em lugar de ser em lista, seja em qualquer candidato, vencendo o mais votado. Essa última fórmula parece ser negativa para a representação das minorias, pois o sistema seria majoritário tanto no primeiro voto quanto no segundo. Entretanto, muitos países democráticos do mundo adotam modelos puramente majoritários, como Estados Unidos e Reino Unido, por exemplo. Qualquer dessas combinações permite alternativas ao modelo atual, que produziu um perigoso descolamento entre a sociedade civil e a classe política. Como tudo na vida, pode dar certo ou não, apesar disso, como na feliz frase de Amir Klink, “o maior naufrágio é não partir”.

2.3 PERSPECTIVAS TRANSDISCIPLINARES AO QUESTIONAMENTO DEMOCRÁTICO

A democracia, caso não passe pelo crivo de uma Reforma Política, traçados, aqui, os consensos possíveis e o caminho do meio em busca do aprofundamento democrático, permanecerá dogmatizada, estéril, disciplinada, um lócus de alijamento e alienação, esquecendo seu “caráter material”. Surge, então, para Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 115), uma democracia descaracterizada como forma de governo de compromisso de seus aderentes. Fica-se, então, com um projeto acabado, dotado de uma estrutura inequívoca e imutável.

Nesse quadro de ideias, parece significativo, de acordo com os autores, aportar outro olhar para a questão democrática. Um olhar que privilegie, para além da forma, as estratégias de constituição do próprio vir-a-ser democrático e de seus atores, o que passa, necessariamente, pela interrogação acerca do universo de construção da sociedade contemporânea.

A partir da subjetividade do tempo e de perspectivas transdisciplinares acerca do direito e da democracia, Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 115-116) asseveram que esta não pode ficar sujeita a um adestramento universal na busca pela Idade de Ouro, em que, para haver comida, é preciso aceitar a *pax* oferecida pelo conquistador.

Nessa esteira, os autores utilizam-se da lógica dos “modos dominantes de temporalização”⁵⁰, nos quais atua como modelador da vida cotidiana, adquirindo, assim, um papel fundamental no estabelecimento de um quadro de passividade total que “cria” modelos obrigatórios de “felicidade”, onde interagem as estruturas fundamentais de manutenção e reprodução da sociedade industrial e de seu feitiço na subjetividade.

Tal modelo, isso sim, assume contornos de incompatibilidade com um “processo” que se assume como democracia. Aliás, incompatível com aquilo que Lefort (1991) põe em questão, entre outros temas: o próprio desenvolvimento da democracia, a separação entre Estado e sociedade civil e o surgimento das reivindicações derivadas da afirmação dos direitos humanos. Assim fazendo, o autor busca reabilitar o pensamento político de forma crítica, contribuindo, de modo decisivo, para a compreensão das transformações de nossa época; além de permitir que tal “processo” corresponda àquilo que está sujeito a alterações contínuas, e nunca uma definição irremediável.

Em razão disso, Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 116) colocam imediatamente o(s) vínculo(s) de um quadro modelizador dos espaços temporais com a questão da democracia. Este só pode compactuar com um projeto que perceba a questão democrática como um modelo acabado, estabelecido a partir de um quadro referencial definido e definitivo. Nunca se poderia crer, nesses moldes, em buscar compreender a democracia como um processo de construção diária e, por isso, inacabado; não se poderia vislumbrá-la a partir da incerteza cotidiana, da invenção momentânea⁵¹.

Desde que se pense a democracia, para os autores, como sentido de um vir-a-ser, a ruptura com o tempo instituído antepõe-se como limite possibilitador. Afirmam que um sentido de imprevisibilidade não pode conviver com um tempo totalizado, previamente estabelecido e instituinte de um projeto de subjetividade comprometido com a passividade, a quietude, a apatia etc.; com um tempo heteronomamente fixado,

⁵⁰ Acerca do tema, ver Guattari e Rolnik (1996).

⁵¹ Mesma lógica dissertada no capítulo 1 deste trabalho ao partir da premissa teórica de Flores (2009), de que falar de direitos humanos é falar da “abertura de luta pela dignidade humana”, já que se trata de uma luta diária, algo jamais estanque.

no qual o “amor do censor”⁵² emerge como condição básica da instituição desse adestramento universal.

Assim é que, para os autores, a lógica do tempo de trabalho – própria do modelo de produção capitalista – é incompatível com uma democracia que seja instituinte do espaço político⁵³. Não só, ela surge como impossibilitadora de tal percepção, desde o momento em que, como totalizadora dos espaços temporais, impede a diferença.

De acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 117), vivendo-se inserido em uma ordem temporal que abrange todos os espaços de convivência, impondo um processo de formação de uma subjetividade adstrita à lógica interna das relações de produção, torna-se inapreensível a possibilidade de escapar-se ao seu esquadramento. A alienação torna-se completa, fazendo incompatível a prática democrática disponível.

É em razão disso que, para eles, o *animal laborans*⁵⁴ aparece como irreconciliável com uma democracia que se inventa dia a dia. A busca do tempo perdido interage com a tentativa de implementação de uma democracia como sentido de um processo de autonomia.

⁵² A expressão de Legendre (1983, p. 7) trata do poder e de seus arredores de saber, em um determinado lugar da história. Trata-se de observar como se propaga a submissão, que se torna desejo de submissão, quando a grande obra do poder consiste em fazer-se amar. A realização de tal prodígio sempre supõe uma ciência particular, que precisamente constitui a armação desse amor e camufla com seu texto a prestidigitação de uma pura e simples imposição de adestramento. Em outras palavras, a Lei em cada sistema institui sua ciência própria, um saber legítimo e magistral, para assegurar a comunicação das censuras até os sujeitos e fazer prevalecer a opinião dos mestres. No estreito espaço das tradições ocidentais, mas graças à linhagem interrompida dos comentários jurídicos ou das novas versões do texto, se nos oferece essa matéria surpreendentemente preservada, uma ciência perpétua do poder. Dos telólogos-legistas da Antiguidade aos manipuladores de propaganda publicitária, um só e mesmo instrumental dogmático se aperfeiçoou a fim de captar os sujeitos pelo meio infalível que aqui está presente: a crença de amor.

⁵³ No mesmo sentido, ver Dussel (2007, p. 97), para quem as vítimas do sistema político vigente “não-podem-viver” plenamente (por isso são vítimas). Sua “Vontade-de-Viver” foi negada pela “Vontade-Poder” dos capitalistas.

⁵⁴ De acordo com Arendt (2007, p. 31), “todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que todos os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade de labor não requer a presença de outros, mas um ser que laborasse em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido mais literal da expressão”. Assim, para a crítica, dominada por esta concepção, o *homen laborans* é indiferente ao mundo, o centro de suas preocupações é a luta pela sobrevivência que coage os indivíduos e os isola uns dos outros. Movido pela necessidade o homem se imobiliza, não conhece outro valor, nem outra necessidade, senão a sua própria sobrevivência. O mundo do *animal laborans* é a sociedade de consumo, onde tudo se torna descartável, inclusive o próprio homem – para citar Bauman (2011).

O que fica claro, neste momento, é o aprofundamento em relação a um projeto de democracia liberal compreendida como determinado conjunto de valores e instituições expressas em determinadas regras, tais como: sufrágio universal, eleições periódicas, princípio da maioria numérica, direitos da minoria, sistema representativo de partidos políticos, separação de poderes etc., regulando não apenas a obtenção, o exercício e o controle do poder político, como também inserindo o catálogo de direitos humanos no debate. Na *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, dissertada pelos autores, encontra-se referência àquelas exigências e regras mínimas que definem, em nível institucional, a racionalidade política inerente aos regimes de democracia representativa pluralista.

Assim, este aprofundamento sugere uma *reinterpretação referentemente à questão da democracia*. Seja em face dos processos de transição para a democracia, seja nos países de capitalismo avançado, uma mudança interpretativa ocorre a partir da tomada de consciência, em especial nos países altamente industrializados, de que a resolução da maioria das necessidades materiais não tem o condão de colocar o homem a salvo, num novo patamar de relações intersubjetivas, devendo ocorrer uma transformação das significações políticas (BOLZAN DE MORAIS e STRECK, 2003, p. 117).

No que diz respeito aos países sujeitos a um processo de transição política e, como regra, os do terceiro mundo, embora a busca por uma democracia formal seja uma necessidade premente e primária; de acordo com os autores, não se pode esquecer de que a tarefa de instalação-consolidação do “piso mínimo” de certezas (inerente à racionalidade formal da política) tende a converter-se no “teto máximo” do processo de construção histórica e social da democracia.

Não só – observam Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 118) – essa circunstância demonstra o caráter essencial de uma tomada em consideração dos aspectos simbólicos insertos na atitude democrática, em especial quando se assume como referencial a introjeção, em escala planetária, da estrutura do CMI – Capitalismo Mundo Integrado – ou, na linguagem usual, no processo de globalização econômica, cujas consequências humanas foram traçadas no capítulo 1 deste trabalho.

Inserir-se, nesta atitude, para os autores, a assunção da democracia como incerteza, seja referencialmente aos resultados da competição eleitoral, seja no que respeita ao conteúdo das soluções exigidas pelos problemas públicos, pelas relações intersubjetivas etc.

A (esta) democracia, no dizer de Lefort (1991, p. 34), “institui-se e se mantém pela dissolução dos marcos de referência da certeza”. Ela é responsável por inaugurar uma história na qual os homens estão à prova de uma indeterminação última quanto ao fundamento do poder, da lei e do saber. Para ele, a originalidade política da democracia designa-se com efeito num duplo fenômeno: i) um poder destinado doravante a permanecer em busca de seu fundamento, porque a lei e o saber não são mais incorporados na pessoa daquele ou daqueles que o exercem e ii) uma sociedade acolhendo o conflito de opiniões e o debate dos direitos, porque se dissolveram os marcos de referência da certeza que permitiam aos homens situarem-se de uma maneira determinada, uns em relação aos outros.

Diante desse processo gestacional, à luz de Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 118-119), a democracia desfaz os vínculos referentes a um projeto estabelecido e acabado, regrado de uma vez por todas dentro de padrões dogmatizados. Desfazem-se, igualmente, as separações estanques entre espaços políticos e não políticos. Há uma emersão do político no social, ou uma submersão deste naquele. Experimenta-se o desaparecimento de modelos totalizadores do social, ou seja, não há representação de um centro e dos contornos da sociedade (da periferia): a unidade não poderia, doravante, apagar a divisão social. Sente-se a democracia como um espaço polifônico onde não há lugar para o estabelecimento de um modelo acabado de ser-estar no mundo, ela vai de encontro a uma história fixada anteriormente.

Numa perspectiva carnavalizada,

Para a constituição de uma prática democrática é necessário, a meu ver, que o poder, a lei e o saber fiquem expostos simbolicamente à sociedade para a reconstituição permanente do social e para o controle participativo do poder do Estado. Neste ponto com Lefort. A democracia precisa ser sentida como uma invenção constante do novo. Ela se reconhece no inesperado que resiste aos equilíbrios demasiadamente sólidos de uma ordem de proibições. Obviamente o novo de que falo não é uma fuga dos estereótipos à procura de uma readaptação autoritária dos discursos. Não é novo pelo novo (WARAT, 1986, p. 70).

Ou ainda,

Falar de democracia, para o mundo de hoje, implica apelar para o novo. A democracia para este momento precisa inventar novos estilos de convergência entre os processos de participação social e os forçosos mecanismos de delegação de poder, que se necessitam para impulsionar a dinâmica do todo social (WARAT, 1986, p. 106).

A retomada da democracia, agora como invenção, como vir-a-ser, é, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 119), totalmente compatível com a crítica do modelo de vida, em específico ao estereótipo de produção de uma subjetividade capitalista aglutinadora de uma referência unívoca do tempo de viver⁵⁵, a partir da totalização imposta por uma racionalidade instrumental, ligada ao mundo sistêmico, bem como permite a abertura de caminhos alternativos.

A concretização de uma “ordem” democrática que tenha o que não poderia deixar de ser, como característica intrínseca a sua reavaliação cotidiana, não é incompatível com o delineamento de um conjunto de “regras do jogo”, como explicitado pelos autores.

É, contudo, característico que essas mesmas regras, as quais passam a nominar, de ora em diante, por “normas”, não assumem o caráter de perenidade absoluta, sendo que o seu reequacionamento faz parte do próprio jogo democrático. Parece inconsequente tal possibilidade, todavia, a partir do engajamento – um compromisso social – no jogo, é de se esperar que a transformação de suas regras, produzida de forma consensual e comprometida, surta efeitos no sentido positivo objetivado pelos jogadores. Afinal, democracia é, antes de tudo, um compromisso assumido com a liberdade.

Portanto, para Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 119-120), não é crível, numa democracia, que a perenidade das formas das regras (que deverão ser normas) assumam contornos de muros que aprisionam os participantes em limites impeditivos do vislumbre do horizonte, onde o sol se põe de forma enigmática, para um novo amanhecer. De acordo com seus postulados, a estabilidade jurídica, campo de estabelecimento de normas conviviais, não pode significar o aprisionamento, o congelamento, de uma vez por todas, de seu conteúdo. Em suma, não pode significar o fim da democracia.

Alertam que alteração, mudança, renovação constantes não significam caos. Ao contrário, conduzem ao engajamento, à identificação, mas nunca à uniformização.

⁵⁵O modelo atual de Estado é homogeneizador, porque implica uma só nação, cultura, direito, exército e religião. Tal modelo predomina no imaginário das elites, na cultura e até nas forças progressistas, que são ou podem ser aliadas nesse processo. Verifica-se, então, a importância em defender outro tipo de conjunto na diversidade que não seja simplesmente aceita, senão celebrada. A partir dessas reflexões Becker e Sparemberger (2014), propõem que o pensamento de colonial e a interculturalidade possam ser utilizadas como ferramentas teóricas capazes de permitir uma análise da produção dos conhecimentos jurídicos, vinculando-os à colonialidade epistêmica. Assim, os fundamentos e os pressupostos do projeto de dominação hegemônica da cultura ocidental, moderna, colonial e da economia de mercado capitalista podem ser devidamente questionados.

“Que seja infinito enquanto dure” (MORAIS, 1960, p. 96), dizia o poeta sobre o amor. Assim, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 120), o amor deve ligar o homem à democracia, e suas regras (normas) devem ter a estabilidade inerente à continuidade democrática.

Desse modo, o retorno às interrogações coloca-as sob novas dúvidas e anseios. Tal incerteza significa uma tomada de atitude responsável perante a vida. Importa, de acordo com os autores, a responsabilização frente ao mundo e àqueles que nele estão. Diz respeito à tomada de posição, no sentido de conduzir a vida para a vida, e não para a morte, seja esta tanto a morte da vida, quanto a morte em vida.

Logo, os autores buscam em Guattari (1996), um referencial teórico capaz de pressupor que tal transformação exigiria a recuperação de uma esfera imprescindível para o sucesso deste “processo” de democracia: a *esfera do desejo*. Todavia, sustentam que essa reapropriação implicaria que se afastasse a imagem diabólica agregada a ela pela subjetividade capitalista. Não se trata de recuperá-lo sob a forma de disciplinamento, mas acatá-lo como momento de efetiva construção de algo, como uma dimensão de produção, não de destruição, de desordem, como na construção apresentada pelo CMI.

Nessa renovação democrática, fica evidenciado na afirmativa do referencial teórico buscado que,

Essa oposição – de um lado desejo-pulsão, desejo-desordem, desejo-morte, desejo-agressão, e de outro, interação simbólica, poder centralizado em funções de Estado – parece-me ser um referencial totalmente reacionário. É perfeitamente concebível que um outro tipo de sociedade se organize, a qual preserve processos de singularidade na ordem do desejo, sem que isso implique uma confusão total na escala da produção e da sociedade, sem que isso implique uma violência generalizada e uma incapacidade de a humanidade fazer a gestão da vida. É muito mais a produção de subjetividade capitalística – que desemboca em devastações incríveis a nível ecológico, social, no conjunto do planeta – que constitui um fator de desordem considerável, e que, aí sim, pode nos levar a catástrofes absolutamente definitivas (GUATTARI, 1996, p. 21).

Todavia, de acordo com os autores, não se pode perder de vista a capacidade recuperativa do quadro capitalístico, frente aos processos de ruptura que possam surgir e que “nos aconselham a ficar de braços cruzados diante das gesticulações históricas ou as manipulações paranoicas dos tiranos locais e dos burocratas de toda espécie” (GUATTARI, 1981, p. 183). Há, assim, para Bolzan de Moraes e Streck (2003, p. 121), uma “participação” interna, em nível da transformação desejante que faz

refluir todo o potencial contestador, seja via integração ao modelo desejante, por intermédio de uma cumplicidade imposta, seja por meio de um “consentimento passivo” daqueles que estão sujeitos às influências do sistema. Entretanto, desde essa esfera, poder-se-ia traçar os parâmetros de uma sociabilidade democrática pautada por uma normatividade não totalizadora.

Adiante, nessa trajetória traçada por eles, necessita-se vislumbrar que, quando se toma a perspectiva de um “processo” democrático assumido como incerteza, como indefinição, onde o desejo não esteja definido, delimitado, normalizado etc., aprioristicamente, os perigos da (re)instauração de um projeto autoritário não estão afastados, uma vez que:

Não há receita alguma que garanta o desenvolvimento de um processo autêntico de autonomia, de desejo, pouco importa como o chamemos. Se é verdade que o desejo pode se reorientar para a construção de outros territórios, de outras maneiras de sentir as coisas, é igualmente verdade que ele pode, ao contrário, se orientar em cada um de nós numa direção microfascista (GUATTARI, 1996, p. 236).

Todavia, a possibilidade de ocorrência dessa direção microfascista não significa a necessária transformação de todo o espaço social intersubjetivo; não pressupõe, ressalta-se, a inviabilidade de um processo democrático baseado na instituição cotidiana do espaço político, na imprevisibilidade diária dos resultados da resolução de conflitos. Ao contrário de uma prática totalitária, em que a subjetividade encontra-se encurralada por uma instituição temporal total, a democracia pressupõe, nessa lógica, a quebra da “mortificação cotidiana” imposta a partir da introjeção dos parâmetros da racionalidade do mundo sistêmico.

O que deve ficar assentado, de acordo com Bolzan de Moraes e Streck (2003 p. 122), quanto aos perigos de microfascismos e a conseqüente busca de segurança, via projetos de totalitarização do social, por intermédio de um congelamento democrático, é que, a imprevisibilidade dos negócios humanos não é incompatível com a incerteza democrática, ou, em outras palavras, com a experimentação de novas formas de viver ou com a crítica das formas de vida conhecidas. E isso não significa o “fim dos tempos”, quiçá o início dos novos, sob uma nova racionalidade.

Uma vez que não há incompatibilidade entre a experimentação de novas formas de viver e as críticas das formas de vida conhecidas com a imprevisibilidade dos negócios humanos, como salientado pelos autores, a possibilidade da democracia como criação cotidiana aparece como perfeitamente factível, desde que se trabalhe

fora dos vínculos de uma “razão cínica”, de mais, ainda se tem caracterizada a figura do “Deus de prótese” freudiano⁵⁶.

Assim, para eles, deixa-se de cair na prática e elogio irresponsáveis da violência, desmoralizando a ideia de lei e de ideias sociais e nos conduzimos em um espaço onde o outro é inevitável, redescobrimo o âmbito de compromisso social, de solidariedade, no qual se está submerso e do qual se depende para buscar a saída desse impasse tecnoinstitucional por que passamos ou somos levados a passar.

A fuga do processo de temporalização capitalístico-burocrático supõe-se imprescindível, sustentam, para que não se finja estar morto – sob a figura do “impotente” – ou não se pense ser capaz de matar os outros – sob a máscara do “onipotente” – como fórmulas de domínio do medo da morte, mas, para que, em realidade, não sejamos mortos-vivos e nem possamos compactuar com um sistema em que:

Os funcionários não funcionam.
 Os políticos falam mas não dizem.
 Os votantes votam mas não escolhem.
 Os meios de informação desinformam.
 Os centros de ensino ensinam a ignorar.
 Os juízes condenam as vítimas.
 Os militares estão em guerra contra seus compatriotas.
 Os policiais não combatem os crimes, porque estão ocupados cometendo-os.
 As bancarrota são socializadas, os lucros são privatizados.
 O dinheiro é mais livre que as pessoas.
 As pessoas estão a serviço das coisas (GALEANO, 2015, p. 121).

O importante, aqui, é a quebra daquilo que denominam universo de descompromisso, no qual se convive no jogo do “salve-se quem puder”. Entretanto, a solidariedade engendrada não é, de maneira alguma, aquela mecânica possibilitada pelo Estado Contemporâneo, para manter e reforçar os padrões capitalísticos.

Em suma, pensar a questão democrática contemporaneamente, assumida como incerteza, implica inserir o debate no contexto próprio à sociedade atual. Em tempos de crises do Estado, a própria ideia de democracia e, atrelada a ela a de cidadania, precisa ser contextualizada pelo sujeito democrático. Assim como em

⁵⁶ Para Freud (2010), por meio de cada instrumento, o homem recria seus próprios órgãos, motores ou sensoriais, ou amplia os limites de seu funcionamento, o que o torna uma espécie de “Deus de prótese”, no qual em épocas futuras trarão progressos novos e de dimensões possivelmente inimagináveis, aumentando ainda mais a semelhança do homem com Deus.

Saramago (2004), o que se propõe não é a sua substituição por um sistema alternativo, mas o seu permanente questionamento.

Assumindo essa postura, acredita-se estar contribuindo para uma melhor formação dos lidadores do Direito, buscando comprometê-los com uma prática jurídica que considere a ordem jurídica como um instrumento de suporte para viabilização de um pacto social mais justo, humanitário, reflexivo, crítico e interdisciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tradicionalmente, têm sido apontados três elementos como constitutivos do Estado: *poder (soberania)*, *população* e *território*. Entretanto, foi mencionado, até porque o objetivo não era de se pretender esgotar o tema, mas, sim, filtrá-lo, o fato de que várias são as concepções e teorias acerca de sua constituição. Além do mais, contemporaneamente, tal caracterização está em crise, particularmente diante das circunstâncias técnico-econômico-políticas que afetam profundamente tais elementos, tornando-os imprestáveis, em sua concepção tradicional, para permitir o reconhecimento do objeto estudado.

Dessa forma, ao discorrer-se, no primeiro capítulo, sobre o Estado Moderno e suas implicações na contemporaneidade, procurou-se demonstrar a quão essa temática está na pauta do dia, em especial, no contexto de um mundo globalizado. As mudanças estruturais das políticas nacional e internacional vêm provocando profunda transformação no poder do Estado, seja no que diz respeito às suas funções, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia, seja no que diz respeito à soberania ou à promoção e proteção de direitos humanos.

Assim, após este percurso, qualquer tema que tenha intenção de discorrer sobre o Estado Contemporâneo vai, necessariamente, questionar suas crises. Aquela imagem tradicional, mencionada anteriormente, de um Estado delimitado pelo seu território, caracterizado pelo seu povo e coroado pelo seu governo soberano e absoluto, tende a esfacelar-se na contemporaneidade. Tal concepção interrompeu-se, ficando destoante da realidade atual, marcada, notadamente, pelas consequências humanas da globalização.

Por óbvio, procurou-se não se tratar de uma crise isolada, ou desconectada dos avanços e retrocessos que marcam os passos do Estado contemporâneo. A partir do que foi delineado, verificaram-se profundas mudanças ocorridas na sua configuração, especialmente nas últimas décadas, o que contribuiu para essa tensão, capaz de, até mesmo, fazê-lo rever seus papéis, quer na esfera econômica, quer nos modelos de regulação social e jurídica até então existentes.

Para tanto, organizou-se a exposição, no capítulo 1, em dois grandes momentos, intercalados. A primeira parte impõe-se ao debate duas grandes versões de caráter genérico (crises conceitual e estrutural), agregadas a uma terceira vertente crítica de caráter institucional (crise constitucional). Não se esquecendo de uma quarta

vertente, crise funcional, cujo conteúdo foi apenas sugerido, para que se possa ter assentado o quadro no qual se coloca o debate relativo a direitos humanos e seus vínculos com a democracia e a cidadania.

Assim sendo, na segunda parte da seção, interconectada à primeira, na qualidade de trabalho reflexivo, crítico e interdisciplinar, recorreu-se a um pensador da crise: Antonio Gramsci. Verificou-se, assim, que, tanto no local de fala historicamente determinado do autor, quanto na contemporaneidade, estar-se-á a tratar de crises que punham em xeque o conjunto da estrutura histórica, alterando-se as bases econômico-sociais, políticas e morais do mundo; modificando-se as relações internacionais e entre os Estados; fazendo-se emergirem novos sujeitos e protagonistas, desdobrando-se numa multiplicidade de efeitos e respostas nacionais e internacionais.

Superado o debate sobre o Estado, concentrou-se, no capítulo dois, na questão democrática. Estruturado em três grandes seções – i) a democracia que se tem e a democracia que se quer: as contribuições de Macpherson e Bobbio; ii) a Reforma Política no Brasil: os consensos possíveis e o caminho do meio em busca do aprofundamento democrático; e iii) perspectivas transdisciplinares ao questionamento democrático – permitiu perceber que as lutas históricas em prol da democracia mostram o quão duro é alcançá-la e, muito mais do que isso, conservá-la.

Evidenciou-se que a questão democrática nasce lado a lado com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado (objeto do capítulo anterior). Para tanto, bastou ver o lento processo de conquistas das liberdades e dos direitos humanos. A América Latina, em especial, não tem sido pródiga em exemplos de democracia. Com efeito, mergulhada até pouco tempo em ditaduras militares, sequelas ainda se mostram bem visíveis, mormente se examinar-se a equação “distribuição de renda versus participação democrática da população”, adicionado a isso parlamentos eleitos com representatividade desproporcional e flagrantes violações das Constituições.

Logo, se a democracia não passar pelo crivo de uma Reforma Política traçados, aqui, consensos possíveis e o caminho do meio em busca do aprofundamento democrático, permanecerá dogmatizada, estéril, disciplinada, um lócus de alijamento e alienação, esquecendo seu “caráter material”. Surge, então, uma democracia descaracterizada como forma de governo de compromisso de seus aderentes. Fica-se, então, com um projeto acabado, dotado de uma estrutura inequívoca e imutável.

Nesse quadro de ideias, aportou-se outro olhar para a questão democrática. Um olhar que privilegia, para além da forma, as estratégias de constituição do próprio vir-a-ser democrático e de seus atores, o que passa, necessariamente, pela interrogação acerca do universo de construção da sociedade contemporânea.

A partir da subjetividade do tempo e de perspectivas transdisciplinares acerca do direito e da democracia, pensou-se a questão democrática contemporaneamente, assumida como incerteza, inserindo o debate no contexto próprio à sociedade atual. Em tempos de crises do Estado, a própria ideia de democracia e, atrelada a ela, a de cidadania, precisa ser contextualizada pelo sujeito democrático.

Assumindo essa postura, acreditou-se contribuir para uma melhor formação dos líderes do Direito, buscando comprometê-los com uma prática jurídica que considere a ordem jurídica como um instrumento de suporte para viabilização de um pacto social mais justo, humanitário, reflexivo e crítico.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: UNESP, 2008.

ARAGÃO, Murilo de. **Reforma Política: o debate inadiável**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Ideias, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BECKER, Jean Lucca de Oliveira; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O despertar para o decolonial: o intercultural e o novo constitucionalismo latino-americano. In: BELLO, Enzo. **Direito e Marxismo: transformações na América Latina Contemporânea**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014, 138-151.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1982.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante (Orgs.). **Direito e Justiça Social**: a construção jurídica dos direitos de cidadania. Rio Grande, RS: Editora da FURG, 2015.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BUFFON, Marciano. A Crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 3, 73-123.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. Tradução pela equipe de tradutores do Instituto de Letras da PUC-Campinas. 17 ed. Campinas, SP: Papirus, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A Crise Política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 7, 273-315.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 7ª Edição. São Paulo: Cortez, 1997.

COUTINHO, Carlos Nelson. **De Rousseau a Gramsci**: ensaios de teoria política. São Paulo: Boitempo, 2011.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. Tradutor Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 6, 225-271.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 2, 29-71.

FILANTROPIA suspeita. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/stf-publica-acordao-proibe-financiamento-eleitoral-empresas>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 4. ed. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

GRAMSCI, Antonio. **Concepção dialética da história**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel**: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução e edição do texto de Dario Canali. Porto Alegre: L&PM Editores, 1980.

GUATTARRI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica. Cartografia dos desejos**. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

GUATTARRI, Félix. **Revolução molecular**: pulsações políticas do desejo. 3. ed. Seleção, prefácio e tradução de Suely Belinha Rolnik. São Paulo: Brasiliense, 1981.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre factibilidade e validade. v.II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana M. Sousa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEGENDRE, Pierre. **O Amor do censor**: ensaio sobre a ordem dogmática. Tradução e revisão de Aluísio Pereira de Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária: Colégio Freudiano, 1983.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 5, 169-224

MACHADO, Jónatas. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MACHPERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal. Origens e evolução**. Tradução de Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

_____. **DemocracticTheory**: Essays in Retrieval. Oxford, 1973.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. 15. ed. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

MORAIS, Vinicius de. **Antologia poética**. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1960.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 1, 9-27.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Revisão científica Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Gramsci e os desafios de uma política democrática de esquerda. In: AGGIO, Alberto. **Gramsci: a vitalidade de um pensamento**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. Parte I, 3, 65-102.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. 4. ed. Traduzido por Rita Lima. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. (v.4)

SARAMAGO, José. **Ensaio Sobre a Lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SIMIONATTO, Ivete. O social e o político no pensamento de Gramsci. In: AGGIO, Alberto. **Gramsci: a vitalidade de um pensamento**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. Parte I, 2, 37-64.

SOUSA, Ricardo Timm. **Sobre a construção do sentido: o pensar e o agir entre a vida e a filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

STF publica acórdão que proíbe financiamento eleitoral por empresas. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-doacao-eleitoral-empresas.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion. Crise Funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 4, 125-168.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima e SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?** Santa Maria, RS: FADISMA, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, RS: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.