BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 847

(Ano X)

(31/03/2018)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

29/03/2018 Sidio Rosa de Mesquita Júnior
» Nos crimes contra a dignidade sexual, especialmente de pessoas vulneráveis, a palavra da vítima ganha destaque. Mas, isso é bom?

ARTIGOS

29/03/2018 Adonias Fernandes Monteiro
» Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas na visão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

29/03/2018 Alana Martins Mota

» Planejamento tributário nas operações de importação

29/03/2018 Bruno Menezes Soutinho

» Défict da Previdência, previdência complementar e a necessidade da incidência e cobrança da contribuição previdenciária sobre o regime de Dedicação Exclusiva

29/03/2018 Benigno Núñez Novo

» Mercosul Educacional

28/03/2018 Vitor Fernando Nalle

» O estatuto do desarmamento Porte e posse de armas de fogo.

28/03/2018 Raquel Giovanini de Moura

» Crise no sistema prisional, superencarceramento e tráfico de drogas

28/03/2018 Beatriz Sartore de Oliveira

» INCOTERMS e sua importância no comércio internacional

28/03/2018 Benigno Núñez Novo

» IBGE: cresce a miséria e a fome no Brasil

27/03/2018 João Hélio Reale da Cruz

» Direitos de personalidade: análise do direito à vida e à existência à luz de duas questões polêmicas como o aborto e a eutanásia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

27/03/2018 Raquel Giovanini de Moura

» Unidades de Conservação como instrumento de gestão ambiental para a preservação do bioma cerrado

27/03/2018 Benigno Núñez Novo

» Maioridade Penal

27/03/2018 Fernanda Rocha Ramos

» Métodos adequados de solução de conflitos: necessidade de consolidação e expansão

27/03/2018 Heitor Alves Gimenez

» A impossibilidade da execução provisória da sentença privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória

26/03/2018 Fernanda Rocha Ramos

» Desaposentação: análise crítica do atual entendimento do STF

26/03/2018 Luís Carlos Martins Alves Júnior

» O Projeto de Lei n. 769/2015 e o padrão gráfico único das embalagens de produtos fumígenos: uma breve análise sobre o direito de propriedade e de uso de marcas e sobre os limites da intervenção normativa estatal nas atividades econômicas e empresaria

26/03/2018 Raquel Giovanini de Moura

» Responsabilidade civil dos provedores quanto a violação dos direitos autorais na internet

26/03/2018 Tayse Gleyse de Jesus Pereira

» Estudo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor em face da justa garantia do processo contratual

26/03/2018 Benigno Núñez Novo

» Homologação de sentença estrangeira

MONOGRAFIA

28/03/2018 Tiago Ferreira
» A inviabilidade da redução da maioridade penal ante a atual situação do sistema prisional brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, ESPECIALMENTE DE PESSOAS VULNERÁVEIS, A PALAVRA DA VÍTIMA GANHA DESTAQUE. MAS, ISSO É BOM?

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR: Procurador Federal e Professor Universitário. Concluiu o Curso de Formação de Oficiais na Academia Policial Militar do Guatupê (1989) e graduou-se em Direito (1994). É especialista Direito Penal e Criminologia (1996) e Metodologia do Ensino Superior (1999). Também, é Mestre em Direito pela UFPE (2002) Doutor pela UNLZ (2015). Hoje, ele Professor no UDF e é autor dos livros Prescrição Penal; Execução Criminal: Teoria e Prática; e Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006; todos publicados pela Editora Atlas. Finalmente, publicou vários ensaios e artigos jurídicos.

Nos crimes contra a dignidade sexual, especialmente nos crimes contra pessoas vulneráveis, a palavra da vítima ganha destaque. Ocorre que é impossível extrair a verdade real valendo-se exclusivamente de provas pessoais, visto que as pessoas não relatam os fatos, mas o que puderem apreender deles, inserindo uma carga valorativa pessoal.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência remansosa no sentido de que a palavra da vítima ganha especial relevo para o esclarecimento dos fatos em crimes de violência doméstica contra mulher e crimes contra a liberdade sexual, mormente porque quase sempre ocorrem na clandestinidade.[1] É necessário cuidado para que não se condenem pessoas inocentes sem o devido lastro probatório, visto que a vítima pode errar.

Vítima não é testemunha, o que fica bem destacado no Código Processo Penal, sendo que crianças e adolescentes podem ser acometidas por um transtorno psicológico denominado Síndrome de Münchhausen. O transtorno pode se iniciar aos 5 anos de idade e perdura, mais frequentemente, até os 21 anos de idade.

Em apertada síntese, o nome da síndrome decorre de Karl Friedrich Hieronymus von Münchhausen (1720-1979), um barão conhecido pelas mentiras que contava. É daí decorre o reconhecimento do “transtorno da mentira”, *in verbis*:

> A síndrome de Munchausen é, portanto, uma doença psiquiátrica em que o paciente, de forma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> compulsiva e deliberada, inventa, simula ou causa sintomas de doenças sem que haja uma vantagem óbvia para tal atitude que não a de obter cuidados médicos e de enfermagem. Meadow, em 1977, observou que alguns pais adotavam a mesma postura, porém utilizavam crianças para atingir aquele objetivo. Foi, então, acrescentado o termo "por transferência" (ou "por procuração" ou "by proxy") ao nome da síndrome, quando o mentiroso não é o próprio paciente, mas um parente, quase sempre a mãe (85% a 95%), que persistente ou intermitentemente produz (inventa, simula ou provoca), de forma intencional, sintomas em seu filho, fazendo com que seja considerado doente, podendo eventualmente causar-lhe uma doença, colocando-o em risco e em situação que requeira investigação e tratamento.[2]

Como podemos acreditar em vítimas que poderão estar fantasiando, acometidas por um transtorno psicológico e, às vezes, especialmente nos supostos crimes em que há separação dos pais, o transtorno pode se dar por transferência.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), sob o título "Conhecendo as faces da violência", publicou:

> 2.4 *Síndrome de Munchausen por procuração*: é definida como a situação na qual a criança é levada para cuidados médicos devido a sintomas e/ou sinais inventados ou provocados pelos responsáveis, que podem ser caracterizados como violências físicas (exames complementares desnecessários, uso de medicamentos, ingestão forçada de líquidos etc.) e psicológicas (inúmeras consultas e internações, por exemplo).[3]

O TJDFT reconhece que a Síndrome de Münchhausen não se restringe a isso que expôs, tanto é que faz referência, novamente, à Síndrome de Münchhausen por procuração.[4] A síndrome pode se iniciar quando a pessoa ainda é criança e ela poderá fantasiar, especialmente se for mulher. Mas, essa síndrome, descoberta por Richard Aln John Asher (1912-1969), transcende aos pequenos apontamentos feitos, sendo importantes os sintomas, a saber:

> A Síndrome de Müchhausen é mais comum em mulheres, pode começar em qualquer idade, geralmente ocorre na vida adulta, esses em seu histórico também relatam terem sofrido abusos na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> infância, ou terem sofrido uma doença grave ou mesmo ter uma dinâmica familiar seriamente disfuncional, terem sido testemunha de violência doméstica praticada contra a mãe, terem sofrido rejeição dos pais ou familiares, terem sido abandonadas em instituições ou abrigos. Apresentam problemas com sua identidade, em manter relacionamentos estáveis, podem ter transtorno de personalidade associada à síndrome. Na Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10, a Síndrome de Münchhausen está classificada dentro dos transtornos factícios (F68.1). Simulação de estado doentio deliberado para obtenção de cuidados, exames, procedimentos, internações e cirurgias desnecessárias infligir a si ou a outrem sofrimento e até mesmo exposição à perda da vida.[5]

Veja-se que há insuficiência de estudos no Brasil acerca da Síndrome de Münchhausen, mas "há pesquisa e divulgação significativa de relato de caso e aprofundamento de estudos sobre o tema".[6] O fato é que uma pessoa desequilibrada pode prejudicar significativamente a vida de alguém, ao marcá-lo como estuprador, tudo fruto do "transtorno da mentira". Por isso, nenhuma condenação poderá pautar-se exclusivamente na palavra da vítima.

Podemos afirmar com José Osterno que, no "processo penal, a verdade real ou material, antes de ser um dogma, é um mito".[7] Ou, ainda, com Pacelli, no sentido de que a verdade judicial é sempre uma verdade processual, eis que é uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.[8] De qualquer modo, a prova consistente na palavra da vítima não poderá ser isolada, senão a certeza jurídica estará mitigada, autorizando aplicar o princípio *favor rei* para absolver o réu, especialmente em caso de negativa veemente dele.

NOTAS:

[1] BRASIL. STJ. 5ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 578515-PR. Rel. Jorge Mussi. 18.11.2014. Disponível em: <*http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=578515&b=ACOR&p=true&l=10&i=8*>. Acesso em: 25.3.2018, às 15h55. Veja-se a ementa:

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVANTE IMPORTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO OU DECOTE DO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1. O Tribunal local, ao analisar os elementos constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável em continuidade delitiva.2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou o mero redimensionamento da pena referente à continuidade delitiva não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise vedado a esta Corte Superior de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima adquire especial importância, mormente porque quase sempre ocorrem na clandestinidade.

4. Agravo regimental improvido. (Grifei)

[2] CARDOSO, Antônio Carlos Alves; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto. Síndrome de Munchausen por transferência. In WAKSMAN, Renata Dejtiar; HIRSCHHEIMER, Mário Roberto (Coord.). Manual de atendimento às crianças e adolescentes. Brasília: Ideal, 2011. p. 63. Disponível em: *<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/manual%20atendimento%20crianca%20adolescente.pdf>*. Acesso em: 25.3.2018, às 16h22.

[3] BRASIL. Protocolo de atenção integral a crianças e adolescentes vítimas de violência: uma abordagem interdisciplinar na saúde. Brasília: TJDFT, [2010?]. p. 23. Disponível em: *<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/publicacoes/publicacoes-1/ProtocoloAtenIntegralCriancasAdolecentesVitimasViol.pdf>*. Acesso em: 25.3.2018, às 17h03.

[4] Ibidem. p. 29.

[5] BARRETO, Alexandra Gomes. Síndrome de Müchhausen e a a sua variação. Campinas: RHS, 25.9.2017. Disponível em: *<http://redehumanizasus.net/sindrome-de-muchhausen-e-sua-variacao/>*. Acesso em: 25.3.2018, às 17h18.

[6] Ibidem.

[7] ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Verdade processual penal*: limitações à prova. Curitiba: Juruá, 2.005. p. 155.

[8] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 294.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADONIAS FERNANDES MONTEIRO: Pós-Graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Auditor Federal de Finanças e Controle do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade ou não de os Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, principalmente à luz do que dispõe a Súmula nº 347 da Corte Suprema. O trabalho expõe que, não obstante existirem decisões monocráticas no sentido da insubsistência da referida Súmula nº 347, em virtude do sistema de controle de constitucionalidade vigente na Constituição Federal de 1988, tal enunciado não foi formalmente revogado. Assim, as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, podem apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, afastando a aplicação da respectiva lei ou ato normativo no caso concreto sob exame.

Palavras-Chave: controle de constitucionalidade, Tribunais de Contas, Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves notas sobre o controle de constitucionalidade. 2.1. Controle concentrado de constitucionalidade. 2.2. Controle difuso de constitucionalidade. 3. Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. 3.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. 3.2. A relevância da apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pelos Tribunais de Contas. 4. Conclusão. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A possibilidade da realização do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas merece destaque, para fins de pesquisa, pois é tema controverso na doutrina e na jurisprudência.

Os Tribunais de Contas, como órgãos de controle externo da Administração Pública, ao realizar o exame da legalidade dos atos que acarretam despesas ou geram receitas, podem deparar-se com atos administrativos fundamentados em leis ou atos normativos inconstitucionais. Assim, surge a questão relativa à possibilidade ou não de os Tribunais de Contas efetuarem o controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público.

A partir da não aplicação de leis ou atos normativos inconstitucionais, os Tribunais de Contas podem evitar, por exemplo, a execução de despesas indevidas, bem como a concessão irregular de renúncia de receitas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, contribuindo, assim, para a preservação do erário.

Portanto, torna-se relevante verificar qual é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, constituindo-se, assim, o objetivo deste artigo.

2. BREVES NOTAS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Apresentam-se, a seguir, breves notas sobre o controle de constitucionalidade jurisdicional, baseadas nas obras de Mendes (2015) e Lenza (2016).

Inicialmente, cumpre mencionar que o controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia da Constituição. Assim, as leis e os atos normativos editados pelo poder estatal devem estar em consonância com os preceitos da Constituição, já que esta ocupa o topo da pirâmide normativa, de acordo com a teoria de Hans Kelsen.

Para que seja possível a realização do controle de constitucionalidade, a Constituição deve ser rígida, ou seja, deve possuir um processo mais dificultoso de alteração em relação às demais normas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

que compõem o ordenamento jurídico. Ademais, deve-se também atribuir competência a um órgão para realizar tal função.

Pode-se classificar o controle de constitucionalidade jurisdicional em concentrado (austríaco) ou difuso (americano), conforme adiante exposto.

2.1. Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, também denominado austríaco, pois foi previsto na Constituição Austríaca de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, caracteriza-se pelo fato de se atribuir a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional a competência para o julgamento das questões constitucionais. Daí vem a sua qualificação como concentrado, pois o exame da compatibilidade da norma ou do ato normativo com a Constituição concentra-se em um único órgão.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade é realizado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, tendo como parâmetro a Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, tendo como parâmetro as respectivas Constituições Estaduais e a Lei Orgânica do Distrito Federal.

O controle concentrado também tem por característica ser exercido mediante a interposição de uma ação perante o órgão competente, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, que é marcada pela abstração, pois não se está diante da análise de um caso concreto em que há um litígio entre as partes.

Busca-se, na ADI, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, em tese, que está em desconformidade com a Constituição. A procedência da ADI declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, extirpando-os do ordenamento jurídico com efeitos, via de regra, *ex tunc*, ou seja, retroativo, e *erga omnes*, vale dizer, contra todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

No plano federal, além da ADI genérica, o STF é competente para julgar as seguintes ações no âmbito do controle concentrado: Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO e a Representação Interventiva – ADI Interventiva.

2.2. Controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso de constitucionalidade, também denominado americano, pois tem origem no julgamento do caso Marbury *versus* Madison, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, caracteriza-se pelo fato de que pode ser efetuado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Daí vem a sua qualificação como difuso, pois o exame da compatibilidade da norma ou do ato normativo com a Constituição pode ser efetuado, repita-se, por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

Diferentemente do controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade é efetuado durante o exame de um caso concreto levado ao Poder Judiciário. Assim, a declaração de inconstitucionalidade ocorre *incidenter tantum*, ou seja, incidentalmente, e possui efeitos, via de regra, apenas entre as partes do processo (*inter partes*) e *ex tunc,* embora o STF já tenha dado efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* a tal declaração.

Cabe mencionar que deve ser observada a denominada cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal de 1988 – CF/88, quando um tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo mediante controle difuso. Nesse sentido, o referido dispositivo constitucional estatui que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Diante do que já foi apresentado, resta evidente que os Tribunais de Contas não possuem competência para exercer o controle concentrado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de constitucionalidade das leis ou dos atos normativos do Poder Público. Tal competência, conforme já visto, é restrita ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Por sua vez, no que tange à possibilidade ou não do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, é importante diferenciar a declaração de inconstitucionalidade da não aplicação de leis inconstitucionais.

Nessa esteira, passa-se a examinar o que a jurisprudência do STF dispõe sobre a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

3.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

Não obstante a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, que será demonstrada neste trabalho, o STF possui o seguinte entendimento consignado em sua Súmula nº 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” (BRASIL, 1963).

Em consonância com a referida súmula, inicialmente é importante fazer a distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais. Os Tribunais de Contas não declaram a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. A Corte de Contas, ao se deparar com uma lei ou ato normativo que considere inconstitucional, apenas deve afastar a aplicação da referida lei ou ato normativo no caso concreto.

Nesse sentido, Fernandes esclarece o seguinte:

> Aos Tribunais de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, na efetivação do primado da Constituição Federal no controle das contas públicas, é a inaplicabilidade da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> lei que afronta a Constituição, pois "há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado". (FERNANDES, 2000, p. 30)

Sobre a apreciação da constitucionalidade das leis pelos Tribunais de Contas, Mileski explica o seguinte:

> Logicamente que apreciar a constitucionalidade não significa poderes para decretar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Contudo, como qualquer decisão decorrente de avaliação jurídica deve, necessariamente, repercutir num efeito prático, pois, se assim não fosse, tratar-se-ia de uma decisão inócua, pode-se afirmar que a apreciação de constitucionalidade realizada pelo Tribunal de Contas, embora não possa produzir a retirada do mundo jurídico das leis e atos analisados, opera o efeito de negar executoriedade aos textos examinados, obstando a continuidade de sua utilização, no sentido de evitar os decorrentes prejuízos de natureza jurídica, econômica e financeira. (MILESKI, 2003, p. 248)

Ademais, cumpre mencionar que os Tribunais de Contas, ao apreciarem a constitucionalidade das leis ou atos normativos do Poder Público, devem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal de 1988.

Em relação à Súmula nº 347 do STF, Fernandes faz o seguinte alerta:

> [...] essa Súmula vem sendo relativizada (não entendida de forma absoluta) pelo STF, em posicionamentos monocráticos, conforme a decisão liminar do MS nº 25.888 exarada pelo Ministro Gilmar Mendes que deferiu o pedido de medida liminar, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) que impedia a Petrobras de realizar o chamado processo licitatório simplificado. (FERNANDES, 2017, **p. 10**)

Nesse sentido, transcreve-se, por oportuno, excerto da citada decisão monocrática exarada pelo Ministro Gilmar Mendes no bojo do MS nº 25.888:

> Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, [...]. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988." (MS 25888 MC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 22.3.2006, DJ de 29.3.2006) (BRASIL, 2006)

Conforme descrito na citação acima, a Súmula nº 347 do STF foi editada em 1963, na vigência, portanto, da Constituição de 1946. Naquela época, no âmbito do concentrado de constitucionalidade, havia apenas a possibilidade de interposição, pelo Procurador-Geral da República, da Representação de Inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal.

Como a legitimação para provocar o controle concentrado de constitucionalidade era restrita, considerava-se que outros atores poderiam apreciar a constitucionalidade das leis, tais como o Chefe do Poder Executivo e os Tribunais de Contas, estes últimos nos termos da Súmula nº 347 do STF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Contudo, na visão do Ministro Gilmar Mendes, a Constituição Federal de 1988, ao ampliar os legitimados para provocar o controle abstrato, conforme previsto no art. 103 da Carta Magna, tornou insubsistente o teor da Súmula nº 347 do STF.

Vale mencionar que, em sentido contrário ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, há uma decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, a qual considerou que a Súmula nº 347 do STF continua válida:

> 2. Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete nº 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional. (MS 31439 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 19.7.2012, DJe de 7.8.2012) (BRASIL, 2012)

Contudo, recentemente, o Ministro Alexandre de Moraes, mediante decisão monocrática nos autos do Mandado de Segurança nº 35.410, oriundo do Distrito Federal, adotou entendimento no mesmo sentido do Ministro Gilmar acerca da insubsistência da Súmula nº 347 do STF. Conforme restou consignado na fundamentação de sua decisão, para o Ministro Alexandre de Moraes:

> É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

[...]

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, *mutatis mutandis*, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes):

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

[...]

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, "a" e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (BRASIL, 2017)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Diferentemente da posição exposta doutrinariamente pelo Ministro Alexandre de Moraes acerca da impossibilidade do exercício do controle incidental de constitucionalidade pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, conforme consta da citação anterior, o STF admitiu a realização de tal controle pelo CNJ, na Petição 4.656, oriunda da Paraíba, cujo julgamento ocorreu no final de 2016, sendo que o acórdão foi publicado no final de 2017. Conforme trecho da ementa do referido julgado:

> 3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho. (BRASIL, 2016)

A Ministra Cármen Lúcia, relatora do acórdão mencionado, em sua fundamentação aduz que:

> [...] há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes* e vinculante. (BRASIL, 2016)

Assim, mais uma vez constata-se, agora no âmbito da jurisprudência do STF, a diferenciação que é feita entre declaração de inconstitucionalidade efetuada por órgão jurisdicional e a restrição de aplicação da lei por órgão estatal.

Ademais, a relatora cita lição doutrinária de Hely Lopes Meirelles no sentido de que o Executivo “não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores”. Tal

entendimento, para a relatora, também pode ser estendido aos órgãos administrativos autônomos, como o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, verifica-se que a jurisprudência do STF ainda não é firme quanto à insubsistência da Súmula nº 347 do STF diante do sistema de controle de constitucionalidade vigente na Carta Magna de 1988. Não obstante a existência de decisões monocráticas em sentido contrário, como as apontadas neste trabalho, fato é que a Súmula nº 347 não foi formalmente revogada pelo STF.

A recente decisão colegiada do STF na Petição 4.656 no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa, assim como os Tribunais de Contas, pode afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei, é um indicativo de que a Corte Suprema, mesmo no atual sistema de controle de constitucionalidade vigente na Constituição Federal de 1988, considera que a sua Súmula nº 347 ainda continua válida.

3.2. A relevância da apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pelos Tribunais de Contas

A Constituição Federal de 1988, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, reforçou as competências dos Tribunais de Contas para o exercício do controle das contas públicas. Nesse sentido, o STF, na ementa da ADI 215-PB, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, reconheceu a importância dada aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988:

> Com a superveniência da nova constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos tribunais de contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da república. A atuação dos tribunais de contas assume, por isso, importância

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância. (ADI 215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 PP-07234 EMENT VOL-01588-01 PP-00028) (BRASIL, 1990)

Schmitt em sua tese de doutorado “Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade” assevera que os Tribunais de Contas são efetivos *custodes in nomine populi*, guardiões em nome do povo:

> [...] em razão das profundas modificações que vem sendo produzidas na forma de prestação da atividade administrativa, que busca sua maior eficiência através de estruturas de execução de serviços mais leves e ágeis, o que implica profundas alterações no regramento legal da ação administrativa, hoje focada em uma *administração pública gerencial*, como aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, impondo assim desafios aos órgãos de controle da gestão da coisa pública para se adequarem, de forma célere, às demandas exigidas pela modernidade, o que é igualmente seu dever, como bem aponta Roberto Dromi, e necessário para que se mantenham como *guardiões*, em nome do povo, da *res publica*, os efetivos *Custodes in nomine populi*. (SCHMITT, 2006, p. 170 a 171)

Nesse contexto, os Tribunais de Contas são Cortes especializadas no julgamento de matérias relativas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública, no que tange à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas.

Assim, no exame dos atos administrativos que acarretam despesas ou geram receitas, os Tribunais de Contas podem verificar que tais atos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

administrativos fundamentam-se em leis ou atos normativos inconstitucionais.

Portanto, é fundamental que os Tribunais de Contas tenham competência para, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, nos exatos termos da Súmula nº 347 do STF.

Tal competência é haurida diretamente da Constituição Federal e decorre da teoria dos poderes implícitos, conforme destacou a relatora Ministra Cármen Lúcia na fundamentação de seu voto na Petição 4.656:

> Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios. (BRASIL, 2016)

Ademais, conforme assentado pela Ministra Cármen Lúcia no referido julgamento, a apreciação da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público pelos órgãos administrativos autônomos, como os Tribunais de Contas, "conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle"(BRASIL, 2016). Sobre a teoria do citado jurista alemão, Lenza explica o seguinte:

> Häberle observa que, dentro de um conceito mais amplo de hermenêutica, "**cidadãos** e **grupos**, **órgãos estatais**, o **sistema público** e a **opinião pública** (...) representam **forças produtivas de interpretação**(...); eles são intérpretes constitucionais em **sentido lato**, atuando nitidamente, pelo menos, como **pré-intérpretes** (...). **Subsiste** sempre a responsabilidade da **jurisdição constitucional**, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (...). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional". (LENZA, 2016, p. 190)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, os Tribunais de Contas, em virtude de sua especialização no exame das contas públicas, ao apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, podem contribuir para o processo da hermenêutica constitucional, bem como para a preservação do erário, ao se evitar que despesas possam ser efetuadas com base em leis ou atos normativos que apresentem uma inconstitucionalidade "chapada", conforme expressão cunhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Isso sem prejuízo da apreciação definitiva da questão pelo Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, o campo de atuação dos Tribunais de Contas ganha relevo principalmente diante de leis ou atos normativos inconstitucionais que acarretam o aumento indevido das despesas com pessoal ou do endividamento público nos pequenos municípios brasileiros. Sabe-se que, por vezes, as leis ou atos normativos editados em tais entes federados carecem da observância da devida técnica legislativa, seja sob o ponto de vista formal, seja sob o material.

Ademais, a atuação dos Tribunais de Contas nesses casos pode ganhar maior importância se ela for tempestiva, já que o controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário pode demorar a ocorrer, concretizando prejuízos ao erário.

Por fim, arremata-se o assunto com a pertinente conclusão de Schmitt:

> Como se demonstrou, os Tribunais de Contas não só detêm competência, *poder*, como *dever*, para, ao se depararem com atos administrativos sujeitos à sua fiscalização, examinarem sua compatibilidade com o texto constitucional, o que devem fazê-lo, de plano, considerando que a Constituição é o vetor de legitimação destes atos. Essa análise

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> de *compatibilidade constitucional* inclui-se no *poder/dever* de todos os poderes/funções do Estado de *interpretarem* as leis infraconstitucionais em face da Carta da República, como já de há muito assente no direito brasileiro em memoráveis manifestações de juristas tais como Pontes de Miranda, Castro Nunes, Francisco Campos, Moreira Alves, Victor Nunes Leal, Carlos Maximiliano, Hahnnemann Guimarães, Adroaldo Mesquita da Costa e tantos outros aqui enumerados, que percebem que, sem o reconhecimento desta faculdade aos órgãos componentes quer do Executivo, quer do Legislativo, estar-se-á procedendo a *capitis diminutio* de suas atribuições/competências constitucionais, o que também configura inconstitucionalidade. (SCHMITT, 2006, p. 192)

4. CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas não possuem competência para exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis ou dos atos normativos do Poder Público. Tal competência é restrita ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso.

Por sua vez, de acordo com a Súmula nº 347 do STF: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".

Contudo, vale ressaltar que os Tribunais de Contas não declaram a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. A Corte de Contas, ao se deparar com uma lei ou ato normativo que considere inconstitucional, apenas deve afastar a aplicação da referida lei ou ato normativo no caso concreto.

Verificou-se, neste trabalho, que a jurisprudência do STF ainda não é firme quanto à insubsistência da Súmula nº 347 do STF diante do sistema de controle de constitucionalidade vigente na Carta Magna de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1988. Não obstante a existência de decisões monocráticas em sentido contrário, fato é que a Súmula nº 347 não foi formalmente revogada pelo STF.

A recente decisão colegiada do STF na Petição 4.656 no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça, órgão de natureza administrativa, assim como os Tribunais de Contas, pode afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei, é um indicativo de que a Corte Suprema, mesmo no atual sistema de controle de constitucionalidade vigente na Constituição Federal de 1988, considera que a sua Súmula nº 347 ainda continua válida.

Por fim, cumpre mencionar que os Tribunais de Contas, em virtude de sua especialização no exame das contas públicas, ao apreciarem a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, podem contribuir para o processo da hermenêutica constitucional, bem como para a preservação do erário, ao se evitar que despesas possam ser efetuadas com base em leis ou atos normativos que apresentem uma inconstitucionalidade "chapada", conforme expressão cunhada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 215 / PB, Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 07 jun. 1990, publicado no DJ de 03 ago. 1990. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 25888 MC / DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, julgamento em 22 mar. 2006, publicado no DJ de 29 mar. 2006. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 31439 MC / DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 19 jul. 2012, publicado no DJe de 07 ago. 2012. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 35410 MC / DF, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Decisão Monocrática, julgamento em 15 dez. 2017, publicado no DJe de 31 jan. 2018. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. PET 4656 / PB, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, julgamento em 19 dez. 2016, publicado no DJe de 04 dez. 2017. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. 13 dez 1963. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, 1728 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o exame de constitucionalidade de lei. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, DF, v. 26, p. 26-44, 2000. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, 1590 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 1470 p.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 400 p.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade**. 2006. 271 f. Tese (Doutorado em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: . Acesso: em 24 mar. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO

ALANA MARTINS MOTA: Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio.

RESUMO: O presente artigo trata do planejamento tributário nas operações de importação de produtos estrangeiros, levando em consideração a tributação incidente na entrada dos produtos no território nacional. A tomada de decisões sobre instalação, expansão e investimentos em empresas que operam com produtos importados, deve levar em consideração a conjuntura econômica, logística aeroportuária e a carga tributária incidente. A possibilidadea de redução da carga tributária, em razão de benefícios fiscais como isenção, suspensão, redução de base de cálculo de tributos e a existência de tratados e convenções internacionais de comércio devem orientar o planejamento tributário.

Palavras-chave: Planejamento tributário. Importação. Carga tributária.

ABSTRACT: This article deals with tax planning operations import of foreign products, taking into account the taxation on entry of products into Brazil. Making decisions about installation, expansion and investments in companies that operate with imported products, must take into consideration the economic, logistic and airport tax burden. The possibility of reducing the tax burden, because of tax benefits like exemption, suspension, reduction in the basis for calculating taxes and the existence of international treaties and conventions trade should guide tax planning.

Keywords: Tax planning. Import. Tax burden.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como proposta inicial a abordagem do planejamento tributário, por

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

intermédio dos aspectos conceituais, avaliação do custo-benefício no gerenciamento de riscos na tomada de decisões, bem como análise de casos práticos vinculados ao tema.

Enunciar os principais conceitos e discutir temas em tributação internacional, entendendo e aplicando as normas jurídicas brasileiras de tributação internacional, vinculadas às importações de produtos estrangeiros, confrontando-as à possível tomada de decisões com os resultados esperados.

Conhecimento da legislação tributária aplicável às importações e da conjuntura econômica, oferecer parâmetros indispensáveis para o planejamento tributário, minimizando o fator-surpresa que afeta a lucratividade do empreendimento serão abordados neste artigo.

Os acordos internacionais de comércio são orientadores de benefícios fiscais em relações bilaterais com países signatários, com redução significativa da carga tributária, por isso, devem ser levados em conta no estudo do planejamento tributário das operações de importação.

Sem olvidar de que existem diversos outros fatores que influenciam no custo das importações e que devem influenciar o planejamento tributário e a consequente tomada de decisões. O presente artigo limita-se a discorrer sobre temas relacionados à tributação incidente nas importações, sem a pretensão de abordar todos os temas, dada a sua extensão e repercussões nos negócios.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O planejamento tributário tem por escopo a maximização da lucratividade e competitividade do empreendimento empresarial, mediante economia de tributos, após análise da legislação pertinente, de modo a identificar e projetar a tributação incidente e seus efeitos, comprando os resultados prováveis de forma a escolher, sem extrapolar os limites da licitude, a alternativa menos onerosa.

É, em verdade, uma atividade empresarial preventiva, pois decorre da análise da situação antes que ela ocorra. Após a concretização do fato já fica estabelecida a relação jurídico-tributária entre o sujeito passivo (contribuinte) e o sujeito ativo (Estado, lato *sensu*), gerando a obrigação de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

pagar tributo, devido à ocorrência do fato gerador. Nesta situação, o planejamento tributário é ineficaz.

A alternativa de evitar o pagamento, utilizando-se de elisão fiscal, via planejamento somente é possível antes da ocorrência do fato gerador. Trata-se de uma escolha antecipada da atividade empresarial, da sua localização, do regime de pagamento dos tributos e outros fatores que possam acarretar menor carga tributária, sem que venha a acarretar prática ilícita, sujeita à aplicação de penalidade, que, em muitos casos inviabiliza o negócio.

Conforme dados publicados pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (SINDIFISCO): "*A arrecadação tributária cresceu 201,34%, em valores correntes, entre os anos de 2000 a 2009, saindo de R$ 356,7 bilhões para R$ 1,07 trilhões. A variação da arrecadação tributária neste período, representada pela carga tributária, foi superior à variação do PIB nominal (+166,5%) e do nível de preços medido pelo IPCA (+91,41%)*"[1].

Somente poderá ser admitido o planejamento fiscal que não ultrapasse os limites da legalidade, por intermédio de lacunas da legislação tributária, evitar que o fato gerador ocorra e a partir daí escolher entre adquiri ou revender bens e serviços no mercado interno ou externo de acordo com a carga tributária que cada operação representa no custo total. Mas, uma vez escolhida a forma de tributação e ocorra o fato gerador do tributo, nasce a obrigação tributária, nos termos do art.113, § 1º do CTN.

Segundo o art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN), o tributo não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia do crédito tributário. Logo, não se pode falar em planejamento tributário após a ocorrência do fato gerador, situação em que o contribuinte já se encontrava em mora.

A alternativa de não pagar o tributo caracteriza-se como prática ilícita, sujeitando a empresa à ação punitiva do Estado, caso este venha a tomar conhecimento de tal prática, especialmente se simulou a ocorrência do fato gerador em que são aplicadas penalidades majoradas, além da ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária, em que a Administração Tributária tem o poder-dever de representar junto ao órgão do Ministério Público correspondente à esfera do ente tributante.

2 ESTUDO DA TRIBUTAÇÃO NAS IMPORTAÇÕES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Segundo Alfredo Augusto Becker “a regra jurídica de tributação que tiver escolhido para a *base de cálculo* (dentre os múltiplos fatos que entram na composição da hipótese de incidência) *o fato material da introdução de uma coisa, dentro de uma zona geográfica ou política*, terá criado tributo com o gênero jurídico do imposto de importação”[2].

Nas importações incide o Imposto de Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), Contribuição sobre o Financiamento Social (COFINS) e Programa de Integração Social (PIS) e taxas como de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX).

O Imposto de Importação previsto na CF/88, artigo 153, inciso I, regulamentado pelo Código Tributário Nacional (CTN), artigos 19 a 22 e pelo Decreto-Lei nº 37/1966, de competência da União, incide sobre mercadorias que ingressam no território nacional.

O IPI previsto na CF/88, artigo 153, inciso IV, é de competência da União, regulamentado pelos artigos 46 a 51 do CTN e pelas Leis nºs 4.502/64, 7.798/89, 8.383/91, 9.430/96, 9.532/97, 10.865/04, 11.452/07, 11.482/07 e 11.774/08 e Decretos nºs 6.006/06, 6.024/07, 7.212/10 (Regulamento do IPI) e 7.222/10. Incide sobre produtos industrializados nas situações definidas e no desembaraço aduaneiro.

As contribuições para PIS/PASEP e COFINS sobre Importação incidem sobre a importação de bens e serviços do exterior, são de competência da União destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Previstos na CF/88, artigo 195, inciso IV, regulamentados pela Lei nº 10.865/04.

O ICMS previsto na CF/88, artigo 155, inciso II, regulamentado pela Lei Complementar (LC) nº 87/1996, alterada pelas LC nºs 92/97, 99/99 e 102/2000. É de competência dos Estados e Distrito Federal, também incide sobre bens importados com a finalidade de dar tratamento isonômico aos produtos nacionais.

A SISCOMEX foi instituída pelo Decreto nº 660/1992, alterado pelo Decreto nº 1.408/1995, regulada pela Instrução Normativa SRF nº 680/2006, é devida no ato do registro da Declaração de Importação (DI), “*caracterizando-se como um instrumento administrativo que integra as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior, mediante fluxo único, computadorizado, de informações*”[3]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A efetivação do registro aduaneiro é o momento determinante para ocorrência do fato gerador do Imposto de Importação, IPI, ICMS, PIS e COFINS, sendo irrelevante a data da celebração do negócio no exterior efetuado pela empresa importadora ou a data do desembarque da mercadoria no território nacional (art. 17 do CTN), logo, a empresa deverá estar em dia com suas obrigações na ocasião do desembaraço aduaneiro para usufruir quaisquer benefícios e essa averiguação é de responsabilidade do setor de planejamento tributário.

Fator relevante no planejamento tributário é a possibilidade de redução de custos nas importações, tendo em vista os tributos sujeitos ao princípio da não-cumulatividade como o IPI, ICMS, COFINS e PIS/PASEP, cujos impostos são recuperados na venda, repassando-se o ônus ao consumidor final.

Muitas vezes, quando há um volume grande de importações, a empresa leva alguns meses sem recolher tributos, embora efetue vendas normalmente, pois ainda está realizando a recuperação dos tributos recolhidos na compra, via importação.

É necessário que a empresa tome a decisão de efetuar as importações ainda no início do exercício fiscal, pois a depender do regime de tributação escolhido, fará ou não jus ao crédito da COFINS e PIS, que somente as empresas optantes pelo lucro real têm direito ao crédito decorrente das compras, quer no mercado interno, que no externo. O que não ocorre no regime de tributação simplificada destinada a pequenas e médias empresas optantes do Simples Nacional e as optantes do Lucro Presumido.

Porém, o empresário tem que tomar bastante cuidado e avaliar a opção pelo Lucro Real deverá ter todas as despesas comprovadas na apuração do Imposto de Renda (IR) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, enquanto que na tributação pelo Lucro Presumido a margem de lucro é presumida de acordo com o ramo de atividade da empresa, não há necessidade de comprovação das despesas. Por isso, é necessário avaliar o volume de importações e avaliar o custo benefício da possibilidade de recuperação do PIS e da COFINS, que somente é realizado no Lucro Real.

Logo, é necessário no planejamento tributário que se faça um estudo comparativo do lucro a ser auferido pelos dois regimes de tributação, lembrando-se que a opção é realizada no início do ano fiscal e não poderá ser alterada durante aquele exercício. A avaliação equivocada dessa opção poderá comprometer a competitividade da empresa e até a sua sobrevivência do mercado. Isso para as empresas que poderão optar, pois, as grandes empresas somente podem apurar seus lucros pelo Lucro Real, mas, essas empresas, geralmente, não estão sujeitas à sazonalidade de mercados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

No planejamento tributário também é recomendável estudar a localização da empresa, de forma a maximizar os benefícios permitidos por lei. Por exemplo, uma empresa situada na região sul e sudeste – exceto Espírito Santo – cujas regiões têm a alíquota do ICMS nas importações igual à alíquota interna que é de 18%. Caso a empresa tenha suas operações de venda, na sua maioria, para a região norte e nordeste, onde a alíquota interestadual do ICMS é de 7%, tem-se que, embora a tributação na saída seja pelo preço de venda, ainda restará crédito a compensar, pois, a diferença entre as alíquotas é de 11%.

Logo, é fundamental que as empresas estejam atentas para esses fatores pela influência dos tributos no preço final das mercadorias, por serem repassados aos consumidores finais, podem fazer com que a empresa perca competividade no mercado.

Para um planejamento tributário eficiente é necessário que todos os aspectos tributários sejam considerados: a alíquota nas importações, o regime de apuração dos lucros, os incentivos fiscais, a localização geográfica em relação aos portos e aeroportos e o mercado consumidor, a política de aproveitamento de créditos dos tributos da União e de cada Estado e atenção especial para as constantes alterações da legislação tributária.

Aliás, um dos requisitos de bom planejamento tributário é o conhecimento da legislação tributária e da logística aeroportuária.

1.2 Drawback

O regime aduaneiro de Drawback consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado, funciona como mecanismo de incentivo às exportações, pois reduz os custos de produção de produtos exportáveis, tornando-os mais competitivos no mercado internacional e é nesse incentivo que as empresas poderão planejar aumentar sua lucratividade e expansão.

Segundo a Receita Federal do Brasil (RFB), “existem três modalidades de drawback: isenção, suspensão e restituição de tributos. A primeira modalidade consiste na isenção dos tributos incidentes na importação de mercadoria, em quantidade e qualidade equivalentes, destinada à reposição de outra importada anteriormente, com pagamento de tributos, e utilizada na industrialização de produto exportado. A segunda, na suspensão dos tributos incidentes na importação de mercadoria a ser utilizada na industrialização de produto que deve ser exportado. A terceira

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trata da restituição de tributos pagos na importação de insumo importado utilizado em produto exportado"[4].

Diz a RFB que o drawback na modalidade restituição praticamente não existe mais, restando às empresas realizarem seus planejamentos tributários tomando por base as modalidades de isenção e suspensão.

Devido ao grande incentivo do Brasil às exportações, as operações de comércio exterior vinculadas ao regime Drawback permitem ganhos financeiros imediatos, pois concede isenção ou suspensão do Imposto de Importação (II), IPI, ICMS, do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante – AFRMM, além da dispensa do recolhimento de taxas que não correspondam à efetiva contraprestação de serviços, nos termos da legislação em vigor.

2.2 Outras situações benéficas nas importações

A legislação tributária fornece um rol de situações de não-incidência, isenções, suspensão do Imposto de Importação, IPI, ICMS, PIS e COFINS na importação de produtos, via de regra, sob condições predeterminadas.

2.2.1 Isenções nas importações

A isenção de imposto prevista no art. 175, inciso I, do Código Tributário Nacional, constitui hipótese de exclusão tributária e, como tal, torna inexigíveis os tributos por ela protegidos, mesmo nos casos em que, parcial, é denominada redução. Para tornarem-se inexigíveis é necessário serem tais tributos passíveis de constituição, portanto quantificáveis mediante a aplicação de alíquota determinada sobre a base de cálculo apurada.

De se registrar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a isenção pressupõe alíquota positiva, produzindo jurisprudência que, fundamentada por Sacha Calmon Navarro Coêlho[5], define a alíquota zero como mera exoneração quantitativa que, sem traduzir qualquer atipicidade, diferencia-se substancialmente da isenção, inclusive no que respeita à dispensa de lei para torná-la positiva ou significativa.

Nesse sentido, as normas que veiculam benefícios fiscais devem ser interpretadas restritivamente, nos termos do art. 111 do CTN e de acordo com o art. 1° da Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990 são proibidas as isenções e reduções, de caráter geral ou especial, do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Imposto de Importação e do Imposto sobre Produtos Industrializados, ressalvadas as hipóteses taxativamente previstas.

Isto é, ressalvadas as hipóteses de imunidade previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) e as de caráter eminentemente científico, as hipóteses de isenção previstas em lei são específicas, exigindo estudo cuidadoso para fins de planejamento fiscal.

Resta para fins de planejamento tributário, o empreendedor deverá estudar a viabilidade de importação de bens descritos na legislação vigente, ou seja, os importados sobre o regime de drawback, gêneros alimentícios de primeira necessidade, fertilizantes e defensivos agrícolas para aplicação na agricultura e pecuária e matérias-primas para sua produção, componentes e peças para manutenção de embarcações e aeronaves, medicamentos específicos e bens importados pelas áreas de livre comércio, observando-se que "*As isenções e reduções ... serão concedidas com observância do disposto na legislação respectiva*"[6].

No planejamento tributário é interessante que seja realizado estudo de mercado, pois dependendo da variável de logística e localização da empresa, o simples fato da possibilidade de importação com isenção não lhe permite maior lucratividade, é o caso, por exemplo, de produtos que não têm similar nacional, o fato de o produto ser isento de tributos não faz a menor diferença na competitividade, vez que todos se encontram em situação equivalente.

2.2.2 Guerra dos portos

A possibilidade de os Estados brasileiros estabelecerem alíquotas do ICMS sobre a importação dentro de um limite máximo e mínimo e manutenção de créditos acima dos efetivamente recolhidos possibilitou a guerra dos portos, influenciando diretamente no planejamento tributário.

É sabido que a chamada "guerra dos portos" prejudica a indústria nacional, pois enquanto o produto nacional é tributado por 17% ou 18% de ICMS, o produto importado pode ser tributado por alíquotas reduzidas. Mas, considerando que na atividade empresarial não há espaço para altruísmo, o planejamento fiscal deve levar em conta a possibilidade de benefício na importação. E a contensão do mercado deve ser realizada pelo Estado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias do Estado do Espírito Santo (Fundap) já foi muito questionado nos tribunais pátrios pelos estados que se sentiram prejudicados pela "fuga" de empresas de seus estados em busca dos benefícios do ICMS e ainda tendo que suportar os créditos de ICMS não recolhidos em Espírito Santo.

Caberia nestes casos às empresas decidirem sobre a viabilidade de poder usufruir o benefício, via adesão ao Fundap. Houve questionamentos judiciais e limitação à utilização de créditos do ICMS decorrentes de compras de empresas importadoras estabelecidas no Estado de Espírito Santo.

Mas, o uso indevido desse benefício gerou, também muitos problemas. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n° 19.762/RJ (2206/0140539-5) de relatoria do Ministro Felix Fischer do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar caso envolvendo a utilização indevida do Fundap discorre que:

> Não se pode ignorar que o direito consagra uma forma lícita de se buscar uma economia de impostos; chamado de elisão fiscal, esse procedimento funda-se no princípio da estreita legalidade do tributo, que não permite ao Fisco ir buscar tributos onde a lei não lhe autorizou. Nada deve impedir o indivíduo de dentro dos limites da lei, planejar adequadamente seus negócios, ordenando-os de forma a pagar menos impostos. Elisão fiscal é, portanto, a subtração ao tributo de manifestações de capacidade contributiva originalmente sujeitas a ele, mediante a utilização de atos ilícitos, ainda que não congruentes com o objetivo da lei.

Os principais portos brasileiros que se beneficiavam do regime de reduções tributárias eram Vitória, Itajaí e Paranaguá, com muitos questionamentos dos demais estados brasileiros, pois a guerra dos portos é um dos instrumentos da guerra fiscal travada pelos estados que beneficiam as empresas que buscam economia de tributos.

O Senado Federal aprovou em abril de 2012 a Resolução n° 72 que estabeleceu alíquota unificada de 4% de ICMS incidente nas importações,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

entrando em vigor a partir de 2013, acabando com a guerra dos portos. Mas, outros meios serão criados pelos estados para continuar distribuindo benefícios fiscais para atrair empresas.

Apenas um mês após o Senado unificar as alíquotas interestaduais do ICMS sobre produtos importados, o Estado de Alagoas publicou um Decreto que permite que empresas estabelecidas em Alagoas podem usar precatórios adquiridos de pessoas físicas e jurídicas para pagar o ICMS sobre as importações.

3 ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO

A existência de acordos internacionais é outro fator relevante no planejamento tributário nas operações comerciais que envolvem importações. O simples fato de existir acordos não significa que a importar de países signatários seja positivo, pois o aumento do fluxo comercial significa maior volume de importações e exportações de um ou outro setor e pode haver aumento da concorrência com consequente redução dos preços e da lucratividade.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) - existe desde 1995 -, é sucessora do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), atualmente é a organização internacional que mais defende o livre comércio. Promove a abertura das economias e livre comércio, sob a égide de que quanto maior o volume de comércio de um país, maior o seu desenvolvimento.

Os acordos da OMC surgiram no pós- Segunda Guerra Mundial para criar condições para a internacionalização da economia e expansão dos negócios. A realização dos acordos visa à redução do imposto de importação, adoção de medidas de defesa comercial (relacionadas aos temas de dumping e subsídios) e acesso aos mercados, de forma a reduzir, ao máximo, as barreiras comerciais.

Porém, a OMC reconheceu que o aumento do volume de comércio pode atrapalhar o crescimento de alguns países, reconhecendo, em decorrência que algumas medidas protetivas devem ser adotadas para viabilizar alguns setores fragilizados. Logo, as barreiras alfandegárias não podem ser descartadas no planejamento tributário, embora o país seja signatário da OMC.

Outro acordo importante é o Tratado de Assunção (Tratado do Mercosul) que eleva o princípio da cooperação entre países, prevê a livre circulação de bens, de serviços, fatores produtivos e circulação de pessoas dentro de seus Estados-partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

O Mercosul prevê a implantação de um mercado comum, com tarifas de importações e exportações comuns, dele participam Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e recentemente a Venezuela.

A legislação que rege o comércio internacional no âmbito do Mercosul impõe alíquotas específicas para vários dos produtos negociáveis, as quais, por não constituírem benefício fiscal, devem ser aplicadas preferencialmente às alíquotas normalmente praticadas, desde que atendida a condição de origem, independentemente de quaisquer outros fatores envolvidos na tributação desse comércio, dentre os quais se destacam as hipóteses legais de sujeição passiva para as obrigações incidentes nessas operações.

Verifica-se que o planejamento fiscal deve levar em conta, além da espécie de mercadorias, a existência algum benefício, a origem destas. Pois, a depender da origem, existem organismos internacionais que garantem privilégios fiscais consideráveis.

4 PROTECIONISMO E LIVRE MERCADO

O livre comércio significa abertura do mercado para os produtos estrangeiros, reduzindo a taxação dos produtos importados e, facilitando a entrada de produtos estrangeiros, negociando tem facilidade de conquista de outros mercados. Portanto, falar em livre mercado é falar em maior entrada de produtos via importação.

A possibilidade de competição com produtos nacionais pode ser uma grande vantagem para empresas importadoras que podem adquirir produtos com preços menores e poder praticar melhores preços, ganhando em lucratividade.

No protecionismo, como a própria terminologia sugere, o país protege sua concorrência da concorrência estrangeira, dificultando a entrada de produtos importados, com elevação do custo das importações, via elevação do desembaraço aduaneiro, com elevação de tarifas. Logo, falar em fechar (proteger) ou abrir (liberar) a economia tem relação direta com o fluxo de entrada de mercadorias em determinado país.

Países em desenvolvimento como o Brasil tendem a ter uma política de comércio exterior volátil, devido à pressão pela elevação do superávit da balança comercial, com dificuldade de previsão se a vantagem de importação de um produto estrangeiro hoje poderá sê-lo daqui a seis meses. Por isso, é importante que o planejamento tributário leve em consideração a conjuntura econômica e esteja atenta às mudanças e possa facilmente adaptar-se às novas realidades.

Considerando que os impostos sobre o comércio exterior e o IPI são exceções ao princípio da legalidade (art. 153, § 1° da CF/88) em que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

somente cabe a lei ordinária criar ou majorar tributos, a União pode, a qualquer momento, via decreto presidencial ou portaria do ministro da fazenda, majorar-lhes as alíquotas na importação e a empresa desatenta incorrer em prejuízos inesperados, inviabilizando seu negócio.

É muito comum que determinado ramo industrial ameace demissão de trabalhadores, devido à entrada de produtos importados, levando o país a adotar medidas para proteger a indústria nacional e a empresa importadora tem que se adaptar à nova realidade.

Como os consumidores, via de regra, não têm fidelidade ao produto, nem pensam no bem da empresa ou desenvolvimento do país, o aumento de preço provoca a substituição imediata por produto equivalente com preço menor, logo, elevando-se a taxação dos impostos incidentes no desembaraço aduaneiro, haverá redução das vendas.

A abertura dos mercados é uma tendência mundial devido à globalização dos mercados, mas existem alguns produtos que necessitam de algum tipo de proteção devido à dificuldade de competição com o comércio internacional, como os da indústria têxtil brasileira, por exemplo. Sem perder de vista que o produto sofre, além dos impostos incidentes na importação, podem sofrer tributação nos países de origem e chegarem caros no país de destino.

A Revista Jurídica Consulex veiculada em 15/09/2012 trás dados interessantes sobre o desenvolvimento do comércio internacional no Brasil, discorre sobre o crescimento das exportações "*E as importações estão em ascensão, como consequência direta da constante desvalorização do Real e desindustrialização brasileira decorrente, principalmente, do nefasto Custo Brasil. O país possui 19.194 empresas exportadoras e 42.327 empresas importadoras*"[7]. Destaca o Brasil como um dos países que mais ampliaram suas importações, no comparativo entre 2000 e 20120, aumentando em 223%.

A lógica do comércio internacional em relação aos consumidores é a busca pelo que há de melhor no mercado mundial com menores preços, enquanto que os governos tendem à proteção dos produtos nacionais menos competitivos. O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio que se busca com a celebração de acordos internacionais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho verificou-se que o Planejamento Tributário é um meio legal de redução de custos que as empresas se utilizam para minimizar a carga tributária sem que sofram a aplicação de penalidades por parte da Administração Tributária.

Nesse sentido, o planejamento tributário nas importações tem se destacado com uma das principais ferramentas de redução de custos nas organizações, pois, por intermédio da compra de mercadorias ou insumos com custo de produção reduzida em outros países, embora com incidência de tributos na importação, é viável.

Mas, devido ao grande número de pequenas empresas, com pouco nível de informações – fruto da educação deficiente –, à recente abertura do mercado brasileiro, à burocracia, este planejamento tributário ainda está restrito a grandes e médias empresas, especialmente do ramo da indústria e de importação comercial.

As empresas importadoras já descobriram que geralmente os tributos são mais representativos no custo que o frete internacional, somado ao seguro e despesas aeroportuárias o que leva os empreendedores do Brasil a optarem por adquirir mercadorias e insumos no mercado internacional.

Devido a esses fatores, o planejamento tributário é necessário, pois é capaz de fornecer aos empresários subsídios para a tomada decisão como local de instalação da empresa, porto a ser utilizado, até qual produto deverá ser importado e quando, possibilitando uma importação eficiente, com o máximo de benefícios legais, possibilitando maior competividade e maximização dos lucros, através do estudo da tributação incidente sobre as importações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

O planejamento tributário exige acompanhamento rigoroso acompanhamento em que serão realizadas as aferições sobre a efetiva lucratividade do negócio, isto é, medir o custo-benefício. Pois, os benefícios fiscais exigem o cumprimento de obrigações acessórias que temam tempo e conhecimento técnico específico.

O Planejamento Tributário, no entanto, somente enxerga pela ótica do empresário, não avalia as necessidade do país que, na medida em passa a permitir a entrada facilitada de produtos para os quais existam fabricantes internos, em condições similares de qualidade, isso pode fazer com que os consumidores brasileiros passem a adquirir o produto importado, no caso de ser mais barato, o que pode causar problemas para os fabricantes nacionais, ocasionando desemprego e pobreza.

Conforme tratado neste artigo, não existe altruísmo no mundo empresarial. Para restabelecer o equilíbrio, o Estado tem o poder-dever de interferir no volume das importações, sempre que for necessário, alterando a legislação tributária pertinente, de modo a desestimular a concorrência desleal entre os produtos nacionais e importados, mas o “bom” empresário, por outro lado, estará sempre buscando maior lucratividade sem incorrer em infração tributária, via planejamento tributário.

6 REFERÊNCIAS CITADAS

[1] MARIA, Elizabeth de Jesus & LUCHIEZI JR, Álvaro (organizadores). **Tributação no Brasil**. Brasília. SINDIFISCO: 2010. p. 132

[2] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo. Lejus: 1998. p. 405.

[3] CASTRO JR, Osvaldo Agripino de § PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum: 2011. p. 81.

[4] BRASIL, Receita Federal do. **O regime especial de drawback**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/drawback/regime.htm. Acesso em: 01 agosto 2017.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[5] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro. Forense: 2001. p.174

[6] BRASIL. **Lei nº 8.032, de 12 de Abril de 1990**. Dispõe sobre a isenção ou redução de impostos de importação, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei803290.htm. Acesso em: 02 agosto 2017.

[7] FERREIRA, Marha E. **Brasil Global**. Revista Jurídica. CONSULEX. Ano XVI nº 376. 15/set/2012. p. 32.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DÉFICT DA PREVIDÊNCIA, PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A NECESSIDADE DA INCIDÊNCIA E COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

BRUNO MENEZES SOUTINHO: Graduado em Direito pela UFPE, Pós Graduando em Direito Tributário pela Damásio Educacional, Procurador do Estado de Mato Grosso.

Resumo: O país vive um momento de crise, diariamente escuta-se que a previdência possui um déficit. Outrossim, percebe-se que a tendência é a implementação por parte dos Estados da chamada Previdência Complementar, com arrimo constitucional. O artigo surgiu diante de problemas e decisões divergentes no âmbito judicial e, até mesmo, em alguns tribunais de contas. A cobrança da contribuição previdenciária é necessária, pois: a) diminui o déficit previdenciário e b) permite que os proventos de aposentadoria do servidor profissional da educação tenha um ganho efetivo, quando instituído o regime complementar.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DAS RAZÕES PARA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO; 3. CONCLUSÃO; 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Introdução

Tem crescido o número de ações judiciais dos profissionais da educação que estão em regime de dedicação exclusiva, cujo intuito é ver excluída a incidência da contribuição previdenciária sob tal regime. Normalmente, propõem ação de repetição de indébito com o escopo de ser restituído dos valores cobrados pelo Estado referentes às contribuições previdenciárias incidentes sobre o adicional referido em razão da dedicação exclusiva a que estão submetidas.

O principal fundamento utilizado é enquadrar o adicional como verba de cargo em comissão o que, no entendimento de alguns Tribunais de Contas, como, por exemplo, o do Estado de Mato Grosso, não é a melhor hipótese. Os que assim não fazem, requerem o pagamento de horas extras

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pois, quando submetidos ao regime de dedicação exclusiva, tem um aumento da carga horária de 30 horas semanais para 40 horas semanais.

Há um julgamento do TCE-MT do ano de 2017 que avaliou a natureza das g**ratificações de dedicação exclusiva**, mais precisamente dos 33,3% dos profissionais de educação lotados em secretaria, também submetidos ao regime de dedicação exclusiva.

No caso, entenderam pela legalidade e legitimidade da incidência.

1. **Das razões para a incidência da Contribuição**

O cerne da questão, consiste na natureza da verba discutida que, no caso, é **essencialmente remuneratória**. Embora constantemente afirme-se que é indenizatória e remunera cargo em comissão, não é o melhor entendimento a ser adotado.

Analisando a situação de forma imediata pode parecer tentador a criação de uma jurisprudência pela não incidência. Ocorre que a, cada vez mais, os estados tendem a adotar o chamado "Regime de Previdência Complementar", o qual foi autorizado pela Emenda Constitucional 20 de 1998.

Segundo Frederico Amado:

> *"A aprovação dessa reforma na previdência dos servidores públicos decorre de um movimento político que busca aproximar cada vez amis o regime previdenciário dos servidores públicos efetivos aos trabalhadores em geral"**[1]***

Recentemente, **o pleno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**, em recentíssima decisão, versando sobre Gratificação de Dedicação Exclusiva,**entendeu pela legalidade do desconto da contribuição previdenciária incidente sobre a verba de 33,3% dos servidores da SEDUC**, conforme acórdão 258/2017, cujo dispositivo é o seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Processo nº 15.384-2/2015

Interessados SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER

MATO GROSSO PREVIDÊNCIA

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO

Gestores/Responsáveis Marco Aurélio Marrafon

Permínio Pinto Filho

Ronaldo Rosa Taveira

José Pedro Gonçalves Taques

Iza Aparecida Saliés

Assunto Denúncia

Recurso de Agravo – 14.961-6/2016

Relator Conselheiro Substituto JOÃO BATISTA CAMARGO

Revisor Conselheiro VALTER ALBANO

Sessão de Julgamento 6-6-2017 – Tribunal Pleno

ACÓRDÃO Nº 258/2017 – TP

Resumo: SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO, ESPORTE E LAZER. MATO GROSSO PREVIDÊNCIA. GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO. DENÚNCIA. RECURSO DE AGRAVO. PROVIMENTO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR HOMOLOGADA PELO TRIBUNAL PLENO. JULGAMENTO PELA IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº **15.384-2/2015.**

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, XVI, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), por maioria, acompanhando o voto-vista do Conselheiro Valter Albano e contrariando o Parecer nº 5.502/2016 do Ministério Público de Contas em, preliminarmente, conhecer e, no mérito, dar **PROVIMENTO** ao Recurso de Agravo constante do documento nº 14.961-6/2016, interposto pelo Sr. Marco Aurélio Marrafon, secretário de Estado de Educação, Esporte e Lazer, neste ato representado pela procuradora Indianara Maziero - OAB/MT nº 15.739, sendo os Srs. José Pedro Gonçalves Taques - governador do Estado de Mato Grosso, Ronaldo Rosa Taveira - diretor presidente do MT-PREV e Permínio Pinto Filho - ex-secretário de Estado de Educação, em face da decisão proferida por meio de Julgamento Singular nº 459/SR/2016, para o fim de**revogar** a Medida Cautelar homologada pelo Acórdão nº 388/2016-TP e julgar **IMPROCEDENTE** a Denúncia, acerca de irregularidades no cálculo de aposentadoria dos professores da rede estadual de ensino, formulada pela Sra. Iza Aparecida Saliés.

Com base no artigo 69, § 3º, da Resolução nº 14/2007, foi designado como Revisor o Conselheiro VALTER ALBANO.

Vencido o Relator Conselheiro Substituto JOÃO BATISTA CAMARGO, em substituição ao Conselheiro SÉRGIO RICARDO (Portaria nº 026/2017), que votou pelo improvimento do Recurso de Agravo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO JOAQUIM - Presidente e DOMINGOS NETO, e os Conselheiros Substitutos JAQUELINE JACOBSEN MARQUES, que estava substituindo o Conselheiro JOSÉ CARLOS NOVELLI, MOISES MACIEL, em substituição ao Conselheiro WALDIR JÚLIO TEIS, e LUIZ HENRIQUE LIMA, que estava substituindo o Conselheiro LUIZ CARLOS PEREIRA (Portaria nº 009/2017), os quais acompanharam o voto-vista apresentado pelo Conselheiro VALTER ALBANO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Presente, representando o Ministério Público de Contas, o Procurador-geral GETÚLIO VELASCO MOREIRA FILHO.

Publique-se.

Sala das Sessões, 6 de junho de 2017.

Esta decisão é paradigmática, pois a Fazenda Pública Estadual tinha perdido em todas as instâncias do Tribunal de Contas do Estado, inclusive já havia recomendação para que a incidência fosse suspensa.

No caso, entenderam que **os profissionais da Educação não recebem horas extras, pois são regidos por uma legislação própria, com regime de dedicação exclusiva e definição de horas semanais.** Entendimento este adotado pelo TCE-MT, conforme infere-se do "voto-vista":

> *"A Lei Complementar Estadual 206, de 29 de dezembro de 2004, alterou a Lei Complementar 50, de 1º de outubro de 1998, que dispõe sobre a Carreira dos Profissionais da Educação Básica de Mato Grosso, prevê carga horária de 20 e 30 horas semanais para professores, técnicos administrativos educacionais e apoio administrativo educacional, e de 40 horas semanais para Especialista da Educação. (...) Além dessas horas, é assegurado a todos os professores o correspondente a 33,33% de sua jornada semanal para atividades relacionadas ao processo didático-pedagógico.* ***São as conhecidas horas atividades, assim entendidas aquelas destinadas à preparação e avaliação do trabalho didático****, à colaboração com a administração da escola, às reuniões pedagógicas, à articulação com a comunidade e ao aperfeiçoamento profissional, de acordo com a proposta pedagógica da escola1 . 6) Essas horas para atividades extra classe, não podem ser confundidas com horas extraordinárias, que são aquelas laboradas além da jornada prevista."*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tal entendimento decorreu diretamente da Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional, artigo 67, inciso V:

> Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos
>
> estatutos e dos planos de carreira do magistério público:
>
> …
>
> V – período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho

Então, percebam que a verba é um adicional temporário em razão das atividades de dedicação exclusiva. Sabe-se que o professor prepara aulas, corrige provas e deve sempre se manter atualizado. Assim, entendeu-se que não se está remunerando hora extra, está se remunerando hora de trabalho inclusa na jornada de trabalho normal, já que, pela própria lei, há uma majoração da carga de trabalho.

Ainda é possível acrescentar que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido, de que a dedicação exclusiva não constitui horas extras:

> TST - RECURSO DE REVISTA RR 403220135040020 (TST)
>
> Data de publicação: 17/04/2015
>
> Ementa: RECURSO DE REVISTA - PROFESSOR - HORAS EXTRAS
>
> - ATIVIDADES EXTRACLASSE As atividades extraclasse relacionadas à elaboração e correção de provas, correção de trabalhos e exercícios dos alunos, preparação de aula e fixação do conteúdo programático, entre outras, têm sua remuneração incluída no número de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> aulas semanais, conforme trata o artigo 320 da CLT. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.

Assim, não é de se falar em desconto previdenciário indevido, pois não há atividade extraordinária. Não há, também, cargo em comissão, nem mesmo função de confiança, mas apenas um percentual pelo regime de dedicação exclusiva, **verba de natureza remuneratória, mas sem caráter contributivo**, o que, por consequência, impede a incorporação aos proventos de aposentadoria. A constituição é expressa de que os cargos em comissão e a função de confiança apenas são utilizados para as funções de direção, chefia e assessoramento. Nem sempre o profissional de saúde submetido à dedicação exclusiva será diretor de Escola. Alguns exercem a função de Secretário Escolar, outros de Psicólogo, por exemplo.

Há um recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal submetido ao Regime de Repercussão Geral: RE 593068/RG/SC. É preciso falar que se discute, em verdade, a natureza jurídica das verbas ali discutidas, se remuneratórias ou indenizatórias! Tal fato é constatado na própria ementa

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO). 1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como 'terço de férias',

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

'serviços extraordinários', 'adicional noturno', e 'adicional de insalubridade'. **Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de cálculo do tributo**. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5º da Constituição). 2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida. (RE 593068 RG, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 07/05/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-08 PP-01636 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 285-295)

Esta conclusão é possível, também, analisando a manifestação do ministro Joaquim Barbosa (Relator) em que afirma "*também está caracterizada a relevância constitucional da discussão sobre o alcance das normas constitucionais que estabelecem a base de cálculo do tributo ("conceito de remuneração") e os limites para formação de regime previdenciário regido pelo princípio da solidariedade e pela correspondência atuarial entre o custeio e os benefícios concedidos".*

A discussão é em torno da **NATUREZA JURÍDICA DA VERBA.** Então, nenhuma relevância tem se a verba é, ou não, incorporável – argumento utilizado pelos servidores que se valem da suposta natureza do cargo como “em comissão”.

Conforme visto, o adicional de dedicação exclusiva não constitui horas extraordinárias, nem cargo em comissão, muito menos função gratificada, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso e a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho. O *adicional remunera atividade extraclasse, mas que faz parte da jornada laboral.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Assim, entendo que nem sequer o julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal poderia afetar a natureza jurídica do adicional de dedicação exclusiva, pois, não constitui horas extraordinárias.

Ainda sobre a legalidade do desconto efetuado, é preciso avaliar, também, as leis de carreira dos Estados. No Mato Grosso, a Lei Complementar Estadual 202/2004, em plena vigência, responsável pela diretriz do custeio do sistema previdenciário dos servidores efetivos do Estado de Mato Grosso deixa bastante clara a base de cálculo para fins de desconto previdenciário:

> "Art. 1º Fica instituído o sistema previdenciário do Estado de Mato Grosso que será custeado com o produto da arrecadação das contribuições previdenciárias do Estado do Mato Grosso e de seus servidores civis e militares ativos, inativos e pensionistas dos Poderes do Estado, do Ministério Público, das autarquias, fundações e universidades.
>
> Art. 2º As alíquotas relativas às contribuições mensais para o custeio do sistema previdenciário dos servidores públicos do Estado do Mato Grosso, por força do que estabelecem o § 18 do Art. 40 e o § 1º do Art. 149, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03) e o Art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03, ficam fixadas nos seguintes percentuais:
>
> I - 11% (onze por cento) **da remuneração total dos servidores civis** e militares em atividade;
>
> II - 11% (onze por cento) da totalidade dos proventos de aposentadoria, reserva remunerada ou reforma e pensão que superem o limite máximo dos benefícios previdenciários do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, concedidos para os inativos e pensionistas que cumprirem os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

requisitos para entrar em gozo dos mesmos após 31 de dezembro de 2003;

III - 11% (onze por cento) da parcela dos proventos de aposentadoria, reserva remunerada ou reforma e pensão que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios previdenciários do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para aqueles que estiverem em gozo do benefício até 31 de dezembro de 2003, ou que tenham cumprido os requisitos para a sua obtenção, até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 41/03.

§ 1º A contribuição patronal dos Poderes, do Ministério Público, das autarquias, das fundações e das universidades será igual à de seus servidores ativos, inativos e pensionistas. § 2º Incidirá contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina dos servidores ativos, inativos e dos pensionistas.

§ 3º Para efeito de aferição das contribuições previdenciárias, não se incluem na base de cálculo prevista no inciso I, as verbas de caráter indenizatório."

Assim, percebe-se que há autorização legal para o desconto, pois, além da alíquota, a lei que rege o sistema próprio dos servidores definiu a **base de cálculo**, qual seja, **a remuneração total do servidor em atividade.**

Acrescente-se que o conceito de remuneração do servidor público é dado pelo artigo 57 da Lei Complementar Estadual 04/90, qual seja: "*remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias, permanentes ou temporárias, previstas na Constituição Federal, Estadual, em acordos coletivos ou em convenções de trabalho que venham a ser celebrados*".

A base de cálculo para a contribuição previdenciária, portanto, é a remuneração total recebida pelo servidor (temporária ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

permanente), acrescida, até mesmo, da verba de dedicação exclusiva pelas atividades extraclasse inerentes ao cargo(verba temporária).

Alegar que não há incorporação da verba na aposentadoria não evita a cobrança da mesma, pois, conforme é sabido, o Sistema de Previdência Social compõe um conjunto integrado de ações e não apenas o direito de aposentadoria e pensão. Outrossim, a jurisprudência, ao tratar do regime próprio de previdência social não analisa a questão sob a óptica da possibilidade de incorporação ou não, mas sim sobre a natureza jurídica da verba!

A não incidência da contribuição previdenciária sobre a vantagem temporária "dedicação exclusiva" quebra o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Outrossim, é preciso reforçar que o sistema é solidário, quando se paga a contribuição, não se busca apenas o próprio benefício, mas da sociedade como um todo.

Repita-se, o fato de não haver incorporação aos proventos de aposentadoria não é justificativa para afastar a exigibilidade da contribuição, pois a seguridade social é regida pelo princípio da solidariedade, devendo até mesmo inativos e pensionistas realizarem a contribuição.

Portanto, é lícito efetuar o desconto previdenciário sobre o adicional de de dedicação exclusiva dos profissionais de educação básica, pois:

- a própria lei assim prevê

- a base de cálculo é legalmente prevista, qual seja, remuneração total do servidor.

- A jurisprudência entende que a natureza jurídica da verba é remuneratória.

- O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no processo 153842/2015 legitimou os descontos efetuados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Outro importante fator que os profissionais da educação ainda não atentaram é que, com a tendência cada vez maior de aproximação do regime próprio do regime geral de previdência, os Estados instituirão os seus regimes complementares. Isso significa dizer que a contribuição previdenciária incidirá apenas até o limite do Regime Geral. Pernambuco, por exemplo, já adotou o regime de previdência complementar, conforme consta na Lei Complementar Estadual 28.

Sabe-se que, infelizmente, o(a) professor(a) não são tão valorizados(as), possuindo vencimentos abaixo da magnitude da profissão. Permitir a incidência é uma forma de aumentar os proventos de aposentadoria desses profissionais, uma vez que haverá o cálculo dos proventos sobre a média das contribuições realizadas.

1. **Conclusão**

Pelo exposto, conclui-se pela legalidade da incidência, seja porque possui natureza remuneratória, seja porque em um futuro não tão distante será benefício para os profissionais.

Alguns podem achar que efetuar o desconto pode não ser uma boa alternativa, porque em investimentos privados pode ser que haja um rendimento maior. Nessa hipótese, poderia ser dada a opção de tornar a incidência facultativa. Ou seja, se o servidor permitir o desconto da verba, haverá a possibilidade de ser levada em conta no momento do cálculo dos proventos de aposentadoria.

1. BIBLIOGRAFIA

http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legislacaopessoa.nsf/7c7b6a9347c50f55032569140065ebbf/56788ae9fc145af304256f800074fa75?OpenDocument – Acesso em 21 de Dezembro de 2017

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm - Acesso em 21 de Dezembro de 2017

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. Editora Juspodium. 2º Tiragem. Ano 2015. Página

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Curso prático de direito previdenciário / Ivan Kertzman. - Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2016.

NOTA:

[1] AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. Editora Juspodium. 2º Tiragem. Ano 2015. Página 615

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

MERCOSUL EDUCACIONAL

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad /Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão das atuais políticas educacionais brasileiras e as ações educacionais propostas para o Mercosul – Mercado Comum do Sul como um projeto de integração e sua proposta já vem dando sinais de que isto é possível é imprescindível considerar que o Mercosul é uma realidade desafiante e os aspectos favoráveis e desfavoráveis de sua implementação estão presentes no processo, então, há necessidade de rever, construir e/ou reconstruir caminhos.

Palavras-chave: Mercosul Educacional; Integração Regional; Educação Superior.

ABSTRACT: This article aims to discuss the current Brazilian educational policies and the educational actions proposed for Mercosul - Common Market of the South as an integration project and its proposal has already shown signs that this is possible it is imperative to consider that Mercosur is a challenging reality and the favorable and unfavorable aspects of its implementation are present in the process, so there is a need to review, build and / or reconstruct paths.

Keywords: Mercosul Educational, Regional Integration, College education.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de las actuales políticas educativas brasileñas y las acciones educativas propuestas para el Mercosur - Mercado Común del Sur como un proyecto de integración y su propuesta ya viene dando señales de que esto es posible es imprescindible considerar que el Mercosur es una realidad desafiante y los aspectos favorables y desfavorables de su implementación están presentes en el proceso, entonces, hay necesidad de revisar, construir y / o reconstruir caminos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Palabras clave: Mercosur Educacional, Integración Regional, Educación universitaria.

1 INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) é um amplo projeto de integração concebido, inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A formação do bloco implica na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. Em sua formação original, o bloco era composto por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; mais tarde, a ele aderiu a Venezuela, que no momento se encontra suspensa. O bloco se encontra em fase de expansão, uma vez que a Bolívia aguarda a ratificação parlamentar de seu protocolo de adesão como membro pleno, documento que necessita ainda para sua vigência das aprovações legislativas na Bolívia, no Brasil e no Paraguai, os demais parlamentos já o aprovaram.

O Setor Educacional do MERCOSUL é um espaço de coordenação das políticas educacionais que reúne países membros e associados ao MERCOSUL, desde dezembro de 1991, quando o Conselho do Mercado Comum (CMC) criou, através da Decisão 07/91, a Reunião de Ministros de Educação do MERCOSUL (RME).

Ao longo do tempo, a Reunião de Ministros criou outras instâncias de apoio ao Setor. Em 2001, o CMC, através da decisão 15/01, aprovou a “Estrutura orgânica do Setor Educacional do MERCOSUL”, onde se cria o Comitê Coordenador Regional e as Comissões Coordenadoras de Área (Básica, Tecnológica e Superior) e o Comitê Gestor do Sistema de Informação e Comunicação. Em 2005 foi criado o Comitê Assessor do Fundo Educacional do MERCOSUL. Em 2006, foi criada a Rede de Agências Nacionais de Acreditação, e em 2011, foi criada a Comissão Regional Coordenadora de Formação Docente. Além destes, existem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

outras instâncias, provisórias e permanentes, que gerenciam ações específicas.

Através da negociação de políticas públicas e da elaboração e implementação de programas e projetos conjuntos, o Setor Educacional do MERCOSUL busca a integração e o desenvolvimento da educação em toda a região do MERCOSUL e países associados.

Os integrantes do MERCOSUL Educacional são os representantes dos países membros e associados que compõem os diversos grupos do Setor Educacional do MERCOSUL e que são escolhidos pelos seus respectivos governos.

A partir das análises das atas das primeiras Reuniões de Ministros da Educação (RME) (MERCOSUL, 1996; MERCOSUL, 1992) fica clara a percepção da importância da educação para o desenvolvimento de um país e para o sucesso de um processo de integração regional. As reuniões dos Ministros da Educação são consideradas como o topo da hierarquia do setor educacional do MERCOSUL, sendo subordinado ao Conselho do Mercado Comum fazendo parte da Reunião de Ministros/Altas Autoridades.

A RME propõe estratégias gerais de trabalho, tendo, por sua vez, como subordinado o Comitê Coordenador Regional (CCR) que propõe políticas de integração e cooperação na área educacional. Abaixo do Comitê Coordenador Regional estão as Comissões Técnicas que atuam nas áreas da educação básica, técnica e superior auxiliando na implantação de estratégias e na definição dos mecanismos para realização dos objetivos definidos nos planos de ação.

Brasil e Chile têm semelhanças em seus modelos educacionais, quando é realizada uma comparação sobre o financiamento da educação superior, com a predominância do capital privado. Argentina e Uruguai têm financiamento da educação superior majoritariamente público. No Paraguai, apesar da predominância do capital privado, há uma participação não desprezível de recursos públicos investidos na oferta de educação superior.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Essas diferenças significativas entre os sistemas educacionais de terceiro grau serão mais um fator a ameaçar a integração educacional, além das grandes disparidades econômicas e sociais existentes entre os países membros, diferentemente da Comunidade Europeia, onde há mais homogeneidade, principalmente no que se refere ao desenvolvimento social.

Enquanto os países da Comunidade Europeia encontram-se, pelo Tratado de Bolonha, na fase de definição de um sistema de créditos unificados, o Mercosul Educacional dá ainda tímidos passos, com medidas genéricas e de poucos efeitos práticos na vida acadêmica das instituições dos países membros em curto prazo.

Apesar da timidez das propostas de integração, algumas medidas importantes foram tomadas, tais como o Acordo para reconhecimento de profissões universitárias para Arquitetura e Agronomia e a criação do Fundo Educacional Mercosul.

2 DESENVOLVIMENTO

O atual contexto político fortemente influenciado pela economia globalizada que, em nome da articulação provoca ações nas diferentes áreas das políticas públicas e sociais, tem, na formação de blocos econômicos uma das principais estratégias para que as nações possam vencer desafios, superar seus problemas e desenvolver-se plenamente.

O Brasil estabelece mecanismos na própria legislação com o intuito de colocar em prática as metas acordadas em âmbito internacional. Com isto objetiva-se promover a qualidade do ensino e de dar as condições para que este processo aconteça. A Constituição Federal de 1998 já reconhece a educação como uma política pública e dá a ela uma atenção especial no sentido de redimensionar seus fins e princípios, estabelecendo obrigatoriedade e progressiva participação da comunidade em sua organização, além de prever a cooperação entre os sistemas de ensino e a participação efetiva da União no sentido de seu financiamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

A discussão da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB nº 9.394/1996 envolve os movimentos comunitários, de classes, sindicatos e sociedade civil no embate com o poder político para firmar a perspectiva de uma educação que atendesse aos princípios da Constituição Cidadã. No processo de elaboração desta lei acaba prevalecendo, no entanto, a visão política claramente comprometida com os ideários neoliberais, fruto de barganhas político-partidárias e de compromissos privados.

A necessidade de implementar e ajustar o cenário educacional volta ao palco das discussões com a elaboração do Plano Nacional de Educação/2001, onde são estabelecidas as principais diretrizes e metas a serem orientadoras das políticas educacionais. Ainda que as orientações do Plano Nacional de Educação (PNE), confirmadas nos Planos Estaduais e Municipais de Educação tenham uma visão de abrangência de uma década, observa-se uma lentidão em sua execução. Os índices educacionais e a realidade precária da educação pública brasileira denunciam o desinteresse político em efetivar de fato a consolidação do PNE.

Frente à complexidade das tarefas planejadas, é necessário institucionalizar nos países estruturas permanentes especializadas na gestão dos programas do Setor Educacional do Mercosul - SEM. Para otimizar a estrutura e seu funcionamento considera-se conveniente:

a) estabelecer mecanismos para a incorporação de novos países associados às atividades do SEM;

b) melhorar a capacidade de relacionamento do SEM com outros órgãos do MERCOSUL, considerando:

- a necessidade de que as resoluções da Reunião de Ministros da Educação - RME sejam sistematicamente incluídas nas agendas dos órgãos decisórios do MERCOSUL (Grupo Mercado Comum - GMC e Conselho Mercado Comum - CMC);

- a importância da interação horizontal com outras reuniões de Ministros da região;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

- a importância de aprofundar os vínculos com o Parlamento do MERCOSUL, o Fórum de Consulta e Concertação Política (FCCP), o Subgrupo de Trabalho nº 10 (SGT 10) e com o Comitê de Cooperação Técnica (CCT).

- a necessidade de estimular a conformação de redes e uma estreita vinculação entre os níveis administrativos e de gestão dos sistemas educacionais dos países membros e associados da região;

- a necessidade de fortalecer a coordenação a nível de MERCOSUL nas relações com organismos internacionais, regionais, sub-regionais e outros países.

Quanto à estrutura do Setor Educacional do MERCOSUL, para que seja dinâmico e flexível, se consideram três funções principais:

- Políticas (objetivos estratégicos)

- Técnicas (áreas e linhas de ação)

- De execução (elaboração e execução de projetos).

Estas funções estarão coordenadas pelas seguintes instâncias orgânicas, de acordo com o Regulamento Interno do SEM, aprovado pela Resolução GMC n. 28/01.

Com função política enumeram-se as seguintes instâncias:

1. Reunião de Ministros de Educação do MERCOSUL (RME): constitui a instância orgânica superior do Setor Educacional do MERCOSUL, responsável por adotar Acordos sobre os aportes que a gestão educacional possa promover ao desenvolvimento das políticas do MERCOSUL (CMC/DEC. 7/91).

2. Comitê Coordenador Regional (CCR): é o órgão assessor da Reunião de Ministros que propõe políticas de integração e cooperação na área educacional e coordena o desenvolvimento das ações do SEM. Dessa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

forma, sua tarefa implica o desenvolvimento de uma série de competências que contenham as seguintes funções:

a) Atuar como canal de comunicação orgânica do SEM com a estrutura institucional do MERCOSUL, em especial com a RME;

b) Desenvolver e executar planos, projetos e ações encomendadas pela RME;

c) Elevar propostas e iniciativas à RME;

d) Promover a articulação com organismos internacionais de cooperação e financiamento, agências especializadas, instituições e atores da sociedade civil;

e) Propor, aprovar e avaliar os programas, projetos e ações, estabelecendo as prioridades e as responsabilidades, em função dos objetivos estratégicos estabelecidos;

f) Identificar os mecanismos de financiamento e as fontes de recursos que permitam a implementação dos programas e projetos prioritários do SEM;

g) Elaborar um Programa Anual e um calendário de atividades no marco do Plano vigente;

h) Propor à RME a criação de novas instâncias necessárias para o cumprimento de suas atribuições;

i) Criar, em caráter transitório, instâncias assessoras ou de trabalho para o desempenho de uma função específica;

j) Supervisionar, monitorar e avaliar o desenvolvimento do Plano SEM;

k) Supervisionar e avaliar o funcionamento das diversas instâncias do SEM;

l) Difundir os avanços do processo de integração e dos resultados dos estudos e projetos realizados;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

m) Informar e prestar contas à RME sobre o trabalho realizado;

n) Resolver situações não contempladas no Regulamento no seu âmbito de atuação;

o) Cumprir todas as demais funções encomendadas pela RME.

Cabe destacar que de forma semestral e rotativa, por ordem alfabética, cada Estado Parte integrante do MERCOSUL exerce a Presidência pro Tempore. Durante esse período os Ministérios de Educação têm a seu cargo o exercício da Secretaria pro Tempore, órgão de apoio operacional que se encarrega de manter a comunicação fluida e permanente com as delegações dos países integrantes, organizar e coordenar as reuniões do Setor, arquivar a documentação oficial e remeter ao Ministério de Relações Exteriores respectivo a documentação procedente da Reunião de Ministros com o objetivo de serem consideradas pelo Grupo Mercado Comum e Conselho Mercado Comum.

Na estrutura das funções técnicas, encontram-se as seguintes instâncias:

3. Comissões Regionais Coordenadoras de Áreas (CRCA): são instâncias assessoras do CCR, encarregadas de propor as linhas estratégicas e seus mecanismos de implementação tendo em conta os objetivos estratégicos estabelecidos pelo Setor Educacional do MERCOSUL. Sua tarefa consiste:

a) Planejar e implementar as linhas de ação;

b) Propor a criação de instâncias de trabalho para o melhor desenvolvimento de suas funções;

c) Analisar e avaliar projetos;

d) Gerir e executar projetos.

Cabe esclarecer que as CRCA terão a seu cargo elaborar o perfil do projeto, analisar sua visibilidade e elevar a proposta ao CCR, que identificará as fontes de financiamento. Para isso, faz-se necessário um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trabalho de coordenação e comunicação flexível que possibilite a retroalimentação. A elaboração final do projeto será de responsabilidade dos grupos de trabalho.

4. Comitê Assessor do FEM (CAFEM): unidade que assessora a administração financeira do fundo do SEM.

No âmbito das funções de execução, enumeramos as seguintes instâncias:

5. Grupos de Trabalho (GT): são subsistemas especializados que assessoram o CCR ou uma CRCA. Contam com um funcionamento permanente e tem como objetivo projetar e/ou realizar uma ou várias tarefas relacionadas a um tema. A criação dos GTs deve ser submetida ao CCR e aprovada pela RME.

6. Grupo Gestor de Projetos (GGP): são instâncias temporais específicas convocadas ad hoc pelo CCR por iniciativa própria ou por sugestão das Comissões Coordenadores de Área para definir perfis e desenvolver os projetos aprovados no âmbito do SEM/FEM. A elaboração final do projeto estará a cargo dos GGPs, que se reportarão e se comunicarão diretamente com a CRCA.

7. Comissão Ad Hoc: instância de trabalho especial criada com caráter temporário com a finalidade de analisar uma temática específica de interesse emergente e considerada de importância para o SEM. A duração da mesma se estende até a conclusão das atividades e finalidades para as quais foi criada. A mesma será formada, a princípio, por funcionários de cada Estado parte.

8. Comitê de Gestão: são unidades que administram instâncias específicas relacionadas a processos para um funcionamento eficiente do Setor.

9. Comitê Gestor do Sistema de Informação e Comunicação (CGSIC): atende os requerimentos de comunicação, difusão do conhecimento, informação e trabalho colaborativo no âmbito do SEM em qualquer nível, utilizando tecnologias de comunicação social e informação como recursos para cumprir suas funções. Este sistema será administrado por um Comitê

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

que desenha, gere e administra a informação do SEM de acordo com as necessidades de suas distintas instâncias. Algumas de suas tarefas serão:

a) Desenvolver sítio web, plataformas de comunicação, links com os diferentes programas do setor e ambientes colaborativos;

b) Manter atualizados os dados, documentos de trabalho, atas e anexos das diferentes reuniões;

c) Difundir as convocatórias, notícias, resoluções do SEM e publicações digitais;

d) Desenhar e elaborar indicadores e harmonização de termos.

A estrutura do SEM permitiu avançar em acordos institucionais, projetos e programas conjuntos que garantiram a integração regional na educação.

Existe, no entanto, certo déficit institucional no Setor, o que exige repensar sua lógica de funcionamento, tendo em vista os novos desafios planejados, as novas atividades incorporadas e de forma a facilitar uma gestão mais dinâmica e eficaz. Nos últimos cinco anos o Setor Educacional do MERCOSUL diversificou as temáticas com o objetivo de abarcar o tema educacional com maior amplitude. Essa diversificação temática originou a criação de diversas comissões e grupos de trabalho.

2.1 Programas e Projetos da Educação Superior

No âmbito da Comissão Regional Coordenadora de Educação Superior se desenvolvem diversos programas e projetos que respondem aos objetivos estabelecidos nos planos operativos.

2.1.1 Programas e Projetos Vigentes

Sistema de Acreditação Regional de Cursos Superiores dos Estados do MERCOSUL e Estados Associados "ARCUSUL"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Programa MARCA - Mobilidade Acadêmica Regional para os Cursos Acreditados pelo Mecanismo de Acreditação de Cursos Superiores no MERCOSUL

Programa MARCA para a Mobilidade de Docentes do Ensino Superior

Programa de Associação Universitária para a Mobilidade de Docentes do Ensino Superior do MERCOSUL

Programa de Intercâmbio Acadêmico de Português e Espanhol

Projeto de Apoio da União Europeia ao Programa de Mobilidade do MERCOSUL na Educação Superior

Núcleo de Estudos e Pesquisas na Educação Superior do MERCOSUL

Sistema Integral de Fomento para a Qualidade dos Cursos de Pós-graduação do MERCOSUL

Universitários Mercosul

Resultado de um acordo assinado em 30 de junho de 2008 entre os ministros de Educação do Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai, o Sistema de Acreditação Regional de Cursos de Graduação do Mercosul (Arcu-Sul) avalia os cursos e verifica o nível da qualidade do ensino superior dessas nações.

A acreditação de cursos de graduação desse bloco é feita de acordo com os critérios estabelecidos pela Rede de Agências Nacionais de Acreditação (Rana). Os cursos acreditados têm seu selo de qualidade reconhecido pelo período de seis anos.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (Seres) e a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (Conaes) são os representantes do Brasil perante a Rana. O Inep é o órgão responsável no Brasil pela implementação do processo de avaliação de cursos no Arcu-Sul. A Diretoria de Avaliação da Educação Superior (Daes) é responsável pela gestão do mecanismo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

No sistema de acreditação, as comissões de especialistas, denominadas comitê de pares avaliadores, são compostas por quatro integrantes (um avaliador brasileiro, dois avaliadores estrangeiros – de países diferentes – e o responsável técnico do Inep). O grupo é capacitado para atuar nas avaliações segundo os critérios do Arcu-Sul e procedimentos estabelecidos pelo Inep.

No Brasil, as avaliações para acreditação iniciaram-se em julho de 2012, quando foram avaliados cursos de agronomia e arquitetura. Depois foram incorporadas as graduações de medicina veterinária, enfermagem e engenharias. Atualmente, passam por avaliação os cursos de medicina e odontologia.

Homologado pelo Conselho do Mercado Comum do Mercosul pela Decisão CMC nº 17/08, o sistema respeita as legislações de cada país e a autonomia das instituições universitárias e considera em seus processos apenas cursos de graduação que tenham reconhecimento oficial em seu país.

A CF/1988 estabelece a educação como um direito social em seu artigo sexto. Complementarmente, no *caput* do artigo 205, reforça que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”, devendo ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Ainda no *caput* do mesmo artigo, afirma que educação deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Nos incisos do artigo 206, a CF/1988 determina como princípios do ensino: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a garantia de padrão de qualidade; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; e, a valorização dos profissionais da educação escolar por meio do estabelecimento de piso salarial profissional nacional, planos de carreira e ingresso na profissão via concurso público.

Para financiar a política de educação, em sua abrangência, missão e princípios, o Estado instituiu a estrutura e as fontes de financiamento no artigo 212 da CF/1988, vinculando recursos para a educação e garantindo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

percentuais mínimos da receita resultantes de impostos à manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE).

Os patamares, no mínimo, são de 18% da receita de impostas da União e 25% da receita de impostos dos estados, Distrito Federal e municípios, incluindo as transferências entre esferas de governo. A CF/1988 estabeleceu, ainda, que a educação básica teria o salário-educação como fonte suplementar de recursos.

Estudos mostram que a vinculação mínima de 18% para a União e 25% para estados e municípios não asseguram o montante de recursos para superar os problemas educacionais do Brasil. A elevação dos recursos financeiros como percentual do PIB exige ação articulada entre a União, estados, DF e municípios no sentido de ampliá-los, para além do mínimo constitucional. Deve-se reconhecer, entretanto, o enorme desafio de estabelecer mecanismos de fiscalização e controle, para assegurar o rigoroso cumprimento do art. 212 da CF/1988, quanto ao montante de recursos aplicados em políticas públicas educacionais.

O Projeto Escolas Bilíngues de Fronteira está sendo ampliado para os demais países do Mercosul. A iniciativa promove a integração do Mercosul Educacional com a implementação da educação bilíngue no ensino fundamental voltado para alunos de escolas públicas. Em março, será realizada uma reunião técnica para elaboração deste projeto.

Inicialmente, o projeto envolvia as escolas na região de fronteira do Brasil com a Argentina. Com a ampliação, as escolas e os Ministérios da Educação dos países integrantes do Mercosul Educacional terão a oportunidade de vivenciar a integração de culturas diferentes a partir do aprendizado do idioma do país vizinho.

O Mercosul Educacional vem se consolidando como um projeto de integração e sua proposta já vem dando sinais de que isto é possível. Contudo observa-se a necessidade de desenvolver sistemas educacionais mais equitativos entre os países membros, partes e associados. As disparidades educacionais, no que tange ao financiamento, acesso, permanência, valorização de educadores e investimentos em áreas relacionadas ao desenvolvimento educacional precisam ser tema prioritário

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

nas agendas políticas, nos debates locais e regionais e em especial necessitam de ajustes no sentido de estar imbricadas em uma estratégia de desenvolvimento que não se esgota com aproximação de diferentes contextos e culturas, mas que se fortalece na medida em que se articula, se expande e se consolida como projeto em construção. Deste modo, os constantes diálogos entre a sociedade civil organizada e os governos, aliados a uma interação com outros blocos e organismos internacionais, na tentativa de firmar um projeto regional, com reconhecimento no cenário global, se constituem em possibilidades ao desenvolvimento do Mercosul.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O MERCOSUL é um arranjo de integração regional voltado para questões econômicas que promoveriam o desenvolvimento dos países que fazem parte do bloco. Com a criação do Setor Educacional do MERCOSUL (SEM) fica clara a intenção de inserir a educação no contexto da integração. Os primeiros documentos oficiais do SEM (Protocolo de Intenções, atas das Reuniões de Ministros da Educação e decisões) mostram a percepção de que a educação é fundamental para ajudar no desenvolvimento do projeto de integração e no desenvolvimento social e econômico da região em questão. Neste sentido, percebe-se a dupla utilidade da educação: em um primeiro momento serve para o desenvolvimento social e econômico de uma forma geral, ou seja, os Estados devem promover a educação para se desenvolver mesmo que seja individualmente; em segundo lugar a educação também é vista como benéfica para o processo de integração, uma vez que a qualidade dos sistemas educacionais e o contato entre tais sistemas do bloco podem garantir a qualidade educacional e criar um sentimento comum entre as sociedades do MERCOSUL.

A educação com qualidade social e a democratização implicam integração dos sistemas educacionais do MERCOSUL, de modo a favorecer o desenvolvimento e a apreensão de saberes científicos, artísticos, tecnológicos, sociais e históricos, compreendendo as necessidades do mundo do trabalho, os elementos materiais e a subjetividade humana. Nesse sentido, tem-se como concepção político-pedagógica a garantia dos princípios do direito à educação: inclusão e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

qualidade social, gestão democrática e avaliação emancipatória. Para a vigência de todos esses princípios se faz necessário o financiamento adequado da educação. Precisamos de uma educação calcada em valores, mas que lance mão da ciência e tecnologia para a superação dos problemas econômicos, sociais e políticos crônicos; que respeite o meio ambiente e as diferenças raciais e culturais. Esse é um dos grandes desafios e perspectivas. O Mercosul poderá se consolidar como um projeto de integração na medida em que a educação se constitui como o viés por onde perpassam todas as demais políticas, sejam de cunho econômico ou social.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Celso. **A integração sul-americana**. *Diplomacia, Estratégia & Política,*Brasília, n.10, p.5-26, out/dez 2009.

CARVALHO, Glauber C., ROSEVICS, Larissa. **A política externa do governo Lula para a América do Sul**: Unasul e Unila In: SARTI, Ingrid; et all. *Por uma integração ampliada da América do Sul no século XXI*.1 ed. Rio de Janeiro : Perse, 2013, v.1, p. 225-240.

PORTAL MEC. **Brasil assume presidência pro tempore do setor educacional e propõe sistema de avaliação**. 16 de jun.2017. Disponível em http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=50281

ROSEVICS, Larissa. **Por uma integração via educação**: o novo marco do Mercosul Educacional no século XXI. *Mural Internacional: Revista NEIBA Argentina-Brasil*, v.4, n.1, p.116-128, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

www.conteudojuridico.com.br

O ESTATUTO DO DESARMAMENTO PORTE E POSSE DE ARMAS DE FOGO.

VITOR FERNANDO NALLE: Bacharelando do Curso de Direito pela UNIBRASIL - Universidade Brasil

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA
(Prof. Orientador)

RESUMO: Esse documento visa esclarecer o estatuto do desarmamento e como teve aplicação da lei na sociedade, será abordado estatísticas e comparações, focando como a lei alterou e o que trouxe de importante para melhorar a conduta humana, esclarecendo também a diferença de posse e porte de arma de fogo. Também fara menção a respeito do período histórico que marcou o Brasil ao decorrer dos anos, destacando pontos importantes, fazendo comparações acerca da sociedade atual, dando ênfase da cultura desarmamentista que foi implantada ao longo da história no país. Será também destacado a legislação vigente e também a lei anterior ao estatuto do desarmamento, mostrando os quesitos que eram exigidos na lei antiga para que o cidadão de bem adquirisse uma arma e quais passaram a ser os quesitos da nova lei vigente no país.Serão feitas comparações entre teorias armamentistas e também desarmamentistas, destacando autores de grande repercussão sobre o assunto defendendo ambos os lados. Também será feita comparações entre os países que adotam a cultura armamentista e os que adotam a desarmamentista , mostrando os índices de violência de ambos os lados.

Palavras-chave: Estatuto do Desarmamento. Posse e posse de arma de fogo. Cultura armamentista e desarmamentista.

ABSTRACT: This document aims to clarify the disarmament statute and how it was applied law in the society, will be approached statistics and comparisons, focusing on how the law changed and what brought important to improve human conduct, also clarifying the difference of possession and possession of weapon of fire.It will also mention the historical period that marked Brazil over the years, highlighting important points, making comparisons about the current society, emphasizing the disarmament

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

culture that was implanted throughout history in the country. It will also be highlighted the legislation in force and also the law prior to the disarmament statute, showing the requirements that were required in the old law for the citizen to acquire a weapon and which became the requirements of the new law in force in the country. Comparisons will be made between armament and disarmament theories, highlighting authors with great repercussion on the subject defending both sides. Comparisons will also be made between the countries that adopt the arms culture and those that adopt the disarmament, showing the levels of violence on both sides.

Keywords: Disarmament Statute. Possession and Possession of a Firearm. Culture of arms and disarmament.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2. Colonização do Brasil e o Desarmamento. 3 – Lei 9.437/1997 - Lei das Armas de fogo e Lei 10.826/03 - Estatuto de Desarmamento. 4-Países que adotam a política armamentista. 6- Ideias de política desarmamentista. 7- Estatísticas. 8- A mídia. 9- Conclusão. 10- Referências.

1- Introdução

Em toda história do Brasil, percebe-se a divergência através do tema “desarmamento” sendo considerado por muitos um tema polêmico, na qual sua regularização passou por algumas mudanças ao decorrer dos anos, desde a colônia de Portugal até o Referendo Popular feito para consultar se a população era a favor ou não da comercialização de armas de fogo e munição no Brasil.

Com a Lei 10.826/2003, que é o atual Estatuto do Desarmamento, muito tem-se discutido, se a atual lei é capaz de suprir as brechas deixadas pela antiga Lei 9.437/1997 - Lei das Armas de fogo, e se ao mesmo tempo condiz com as necessidades da situação atual do país. Situação essa em que o país é um dos que tem mais homicídios no mundo, gerando comparações com outros países com e sem políticas liberais de armas de fogo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Se de um lado a corrente favorável ao desarmamento da população civil justifica a não atribuição de armas a todos com a afirmativa de que quanto menos armas em circulação, mais vidas serão poupadas. Por outro lado, os adeptos ao armamento da população versam justamente o contrário, que se houver mais armas com a população civil existirá a chance de se defenderem por si só, diminuindo a criminalidade e evitando assim mais mortes.

Esse trabalho visa, portanto, abranger ambos os lados, favorável e desfavorável ao desarmamento da população civil brasileira, fazendo comparações em aspectos relevantes com o intuito de melhor esclarecer a realidade em que o Brasil se encontra hoje em dia. Através das políticas de armas de fogo impostas juntamente com comparações internacionais e a situação atual do país, tem-se a necessidade de chegar em uma conclusão mais clara e eficaz para a população civil e não somente ideologias particulares muitas vezes impostas ao cidadão com o intuito de influenciar em sua decisão, no que se trata ao seu apoio ou não ao desarmamento.

2. Colonização do Brasil e o Desarmamento

O Brasil foi descoberto no ano de 1500, e 30 anos depois se iniciou o povoamento, se tornando assim colônia de Portugal, que se manteve até no ano de 1815, nesse período foi registrada a primeira política desarmamentista, onde foi imposto pela coroa portuguesa, que ao cidadão que fabricasse qualquer tipo de arma, seria condenado a pena de morte, e esse regime se prolongou por todo o período colonial.

Proclamada a independência por Dom Pedro I e passado o curto período onde governou, começa em 1835 o chamado período Regencial onde Regente Feijò assume a regência do império, período em que existiam as milícias que eram nada mais que a população armada para no caso de a coroa portuguesa tentar tomar a colônia, estarem preparados para conter o ataque. Diante desse cenário Regente Feijó começou a acabar com as milícias, ciente de que representava o poder bélico na mão da população, assim o governo buscou transferir esse poder ao Estado, tentando monopolizar o uso de armamentos para a guarda nacional.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Continuando nessa época, o cidadão livre, ainda tinha o direito de se armar, afinal o governo só tinha acabado com as milícias, mais o direito garantido pela segunda emenda constitucional continuava.

Terminando o Período de Brasil Império e começando a República Velha em 1889, não houve muitas alterações, período que se estendeu até o ano de 1930 onde aconteceu a revolução, quando Getúlio Vargas assumiu a presidência por quinze anos.

Lembrando que na época ainda do período Regencial havia os coronéis, que andavam armados, muitos com armas de qualidade até superior que os policiais da época, e também o cangaço que era um movimento bandido. Assumindo a Presidência Getúlio Vargas, sendo ele um governo ditatorial, tentou acabar com as ameaças armadas em seu governo.

Retirando as armas dos coronéis o cangaço agradeceu de joelhos o governo, pois agora eles podiam roubar e matar sem que ninguém os impedisse, um dos cangaceiros que se aproveitou disso foi o temido Lampião e sua amada Maria Bonita.

> (...)"Lampião estava muito grato com a atitude tomada pelo Major Távora, que determinara o desarmamento geral dos sertanejos, vendo aí talvez uma solução para o fim do cangaço. Lampião agradeceu "a bondosa colaboração" que lhe foi prestada, porque poderia agir mais à vontade no sertão". (MACHADO, 1978, p. 82)

Em 1997 teve o advindo da Lei n. 9437 a chamada "Lei das Armas de fogo", na qual possuía vários erros, como por exemplo, não ter muitos requisitos para a obtenção da arma de fogo. Após isso, passou a vigorar a Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, que é o atual Estatuto do Desarmamento, da qual veio para corrigir as falhas da antiga lei e também impor uma maneira mais rígida sobre o porte de armas de fogo, significando assim, quase impossível o direito do cidadão à aquisição de uma arma de fogo no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Para a obtenção da arma de fogo segundo o artigo 4º da Lei 10.826/03, é necessário comprovar efetiva necessidade, daí é que surgiu o Decreto 5.123 de 1 de julho de 2004 para sua efetiva prática na qual tem-se uma avaliação rígida já que, o interessado além de justificar os motivos do pedido, terá que passar pela avaliação do Delegado da Polícia Federal ficando à critério desse a concessão ou não da arma de fogo não tendo nenhum respaldo para se embasar na autorização do pedido, podendo justificar, por exemplo, que a não concessão é pela falta de necessidade apresentada.

No dia 23 de outubro de 2005, acontecia o Referendo Popular para consultar a população sobre se deveria haver ou não a comercialização de armas de fogo e munição no Brasil[1], resultando numa maioria votando contra a proibição, como mostra uma matéria publicada pelo O Globo em que foram 63,68% dos votos a favor da comercialização de arma de fogo e munição, contra 36,11%[2]. Tornando-se claro que, a intenção de reduzir a violência com a implementação do Estatuto do Desarmamento não estava satisfazendo a população.

Com o Estatuto do Desarmamento, porém, tem-se o controle de armas de fogo legais no país, mas não das ilegais que ainda é de grande circulação no país.

3 – Lei 9.437/1997 - Lei das Armas de fogo e Lei 10.826/03 - Estatuto de Desarmamento

A Lei 9.437/1997- Lei das Armas de fogo na época de sua vigência não possuia muitos requisitos para a obtenção de arma de fogo sendo possível sua obtenção por qualquer cidadão, conforme ensina Souza (2014, p.37), “A antiga lei não estabelecia qualquer requisito para que o indivíduo portasse uma arma. Deste modo, qualquer cidadão interessado poderia requerer o registro de sua arma”.

Com base no que se pode inferir da Lei 10.826/03 - Estatuto de Desarmamento, “posse” significa possuir ou manter sob sua guarda arma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

de fogo, no interior de sua residência ou dependência dela ou em seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa, conforme art.12:

> "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".

Porte por outro lado, é a permissão de transitar com o armamento, em regra, em território nacional, como traz o art. 6º: "É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria".

De acordo com SOUZA (2014, p.39), "Essa medida visa proteger os cidadãos bem intencionados que, ao pensarem que podem garantir a sua defesa e a defesa de sua família, acabam majorando o risco de um desastre".

Hoje para um cidadão adquirir uma arma de forma legal ele tem que ser maior de 25 anos de idade, exceto para os cargos definidos no artigo 28 da Lei 10.826/03, ser submetido ao um exame psicológico, retirar certidões negativas e ter residência fixa, e ainda comprovar motivo pelo qual quer comprar uma arma de fogo[3], não podendo ser qualquer motivo, por exemplo se morar em área de risco e etc. Depois deverá fazer a juntada desses documentos e dirigir-se até a polícia federal, onde irá aguardar se irá ser concedido a posse ou não, no caso do porte só é possível por profissão que permita por lei carregar consigo uma arma de fogo, como por exemplo, integrantes das forças armadas, dentre outros.

Em seu artigo 14 a Lei traz sobre o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido:

> "Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente".

Muito se discutiu sobre configurar ou não conduta delituosa o agente está portando arma de fogo sem munição, com o STF até mesmo decidindo por um tempo pela atipicidade da conduta conforme jurisprudência abaixo:

> "Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniciada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: (...) 5. No porte de arma de fogo desmuniciada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica". (STF - RHC: 81057 SP, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/05/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00030

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

EMENT VOL-02189-02 PP-00257 RTJ VOL-00193-03 PP-00984)

Nesse caso, entendia-se falta de perigo real o fato de o agente portar arma sem munição de pronto alcance, considerando o fato atípico concluindo-se assim pela falta de sanção penal ao agente. Hoje, porém, o STF firmou entendimento que considera crime de mera conduta o fato de portar arma de fogo desmuniciada, afirmando que o fato é usado, por exemplo, para prática de roubo na qual apresenta ameaça e intimidação a vítima.[4]

Com esse entendimento o STF esclarece a divergência antes existente que, basta portar a arma de fogo ainda que desmuniciada para a configuração do crime do art. 14 da Lei 10.826/03.

4-Países que adotam a política armamentista

A República Checa aparenta ter leis bastantes livres pela posse e porte de arma de fogo, segundo a legislação do país é permitido o porte oculto para qualquer um que se qualificar perante a lei, ao contrário do Brasil, não pode ter seu pedido negado pelo governo. Segundo Quintela e Barbosa (2015, p.60), são estimadas 700 mil armas para 10 milhões de habitantes uma média de 0,07 armas por habitante. Diante desse cenário, ouve a queda em todos os crimes violentos, o escritório de Segurança Diplomática dos EUA classificou a República Checa, em seu relatório de crime e segurança de 2011 como um país seguro para turistas americanos.

Na Suíça, segundo Quintela e Barbosa (2015, p.61), cada cidadão possui sua arma em sua própria casa, são 95% de conscritos ou voluntários, organizados em milícias e por 5% de soldados profissionais que correspondem 147.000 soldados aos 19 anos de idade, os garotos se alistam para o serviço obrigatório e se mantem até os 34 anos de idade como conscritos, para oficiais subalternos e até os 52 anos de idade como oficiais superiores, os conscritos devem manter suas armas em casa, estando disponíveis para qualquer situação onde seja necessário defender

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

o país. Na Suíça são estimadas 3 milhões de armas, são em média 0.35 armas por habitante, as taxas de criminalidade são as menores do mundo.

Ao contrário, porém, do Japão que também possui índices baixos de violência, mas as armas são proibidas.

> “Ambos os países, Suíça e Japão são nações desenvolvidas e com níveis baixos de violência interna. Porém, seguem caminhos opostos em relação ao controle estatal das armas de fogo sobre a vida social em seus territórios nacionais. Portanto, fatores culturais, sociais e políticos são relevantes na compreensão acerca da produção da violência associada à posse e uso de arma de fogo e no controle, pelo Estado, da violência, em geral”. (SOUZA, 2014, p. 50)

A América Latina é responsável em ocupar os primeiros lugares de listas de maiores índices de homicídio, constante inclusive em pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

> “Temos de observar, também, que inclusive os países que apresentam as menores taxas de homicídio na América Latina, quando confrontadas no contexto internacional, assumem uma posição intermediária ou, até mesmo, encontram-se entre os países de violência elevada. Assim, a menor taxa regional, a do Uruguai, com seu índice total de 4,4 homicídios em 100 mil habitantes, encontra-se na 38ª posição no ordenamento internacional, isto é, no grupo das taxas moderadas para acima e bem longe da maior parte dos países da Europa ou da Ásia, cujos índices nem chegam a 2 homicídios em 100 mil habitantes. Também a menor taxa de homicídios jovens, a de Cuba, encontra-se na 31º posição, mais acima ainda”. (WAISELFISZ, 2011. p. 70)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Os Estados Unidos da América, segundo Quintela e Barbosa (2015, p.62), é a nação mais armada do mundo com estimativa de 300 milhões de armas nas mãos de uma população, sendo assim uma média de 1 arma por habitante, os EUA não é um dos países mais seguros, mas também não é um dos mais violentos. No decorrer dos anos todos os crimes violentos e contra a propriedade tem apresentado uma queda constante, a não ser os estados que não permitem a posse de armas de fogo, talvez seja o motivo de o país não chegar a ser um dos primeiros no ranking, em menos perigosos do mundo. Essas informações não estão vinculadas a jornais insignificantes e sim de estudos sérios como David Mustard, Joyce L. Malcom, John R Lott Jr e Willian M. Landes.

> [...] “o controle da produção e disseminação de armas de destruição em massa, bem como a regulação e a limitação do acesso às armas convencionais foram tratadas como requisitos fundamentais sobre o desenvolvimento dos países”. (SOUZA, 2014, p. 49)

Apesar disso, o acesso a armas de fogo no país por ser mais fácil sendo possível em alguns Estados adquirir uma sem mesmo a necessidade do registro, acabam acontecendo episódios que poderiam ser evitados como a onda de massacres por tiroteios em escolas resultando em vários jovens feridos e mortos.

Pode-se dizer que, não depende apenas do controle de armas, mas de aspectos culturais e políticos de cada país para que possa ser associado a violência aos costumes em relação a armas de fogo, como é o caso do Brasil em que é possível dizer que existe uma cultura de violência no país já que, há uma tendência de querer resolver tudo de imediato tornando-se uma diferença nas relações socioculturais com relação a muitos outros países, como diz o sociólogo Guaracy Mingardi, ex-secretário de Segurança de Guarulhos-SP e atual assessor da Comissão Nacional da Verdade e José dos Reis Santos Filho, sociólogo e professor da Unesp de Araraquara em uma matéria publicada pela BBC em 2012:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

"A principal questão é a Justiça. Nos Estados Unidos a probabilidade de levar um homicida para a prisão é muito maior que no Brasil", afirma. Segundo ele, a impunidade abre caminho para a violência no país.

A natureza dos crimes também é diferente. "No Brasil, a violência interpessoal, que engloba briga de bar, de vizinho, marido e mulher, responde por mais da metade das mortes", diz.

Para José dos Reis Santos Filho, sociólogo e professor da Unesp de Araraquara, existe uma cultura de violência no país.

"No Brasil ainda há a tendência de se resolver as coisas de maneira imediata, ir rápido às vias de fato", diz.

"Nos Estados Unidos, a ofensa à integridade física é um tema sensível", diz, observando que é possível com muito mais facilidade conseguir indenizações na Justiça em casos de agressões".[5]

5. Brasil e a "política do cordeirinho"

Enquanto que, em alguns países adquirir arma de fogo é bem simples, o Brasil é o país onde poucos conseguem a aquisição de arma de fogo, porém, está batendo recorde por mortes com armas de fogo onde são 30 homicídios para cada 100 mil habitantes, número que cresceu muito depois do ano de 2003 que foi o criado o estatuto do desarmamento, sendo antes 24 homicídios para cada 100 mil habitantes, outro exemplo de país que aprovou desarmar a população é a Venezuela é a capital mais violenta do mundo são 120 homicídios para cada 100 mil habitantes, uma realidade que não está muito longe para o brasileiro, pois no ritmo que está crescendo a criminalidade no pais, logo será o primeiro do ranking.[6]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> "O Brasil e a América em geral não têm uma tradição pacífica de convívio social e de resolução de conflito. A exceção é Costa Rica, que em 1948 aboliu suas Forças Armadas, investiu maciçamente em educação pública e cultura de paz, e conta por isso mesmo com baixo índice de homicídios por arma de fogo: 3,3 homicídios por 100 mil habitantes, em 1998". (BANDEIRA e BOURGOIS, 2005, p. 60 *apud* SOUZA, 2014, p.7).

Embora seja um país de inúmeras riquezas naturais, terra fértil, possui uma realidade totalmente diferente no cotidiano da maioria dos brasileiros na qual o crime e a violência são uma realidade estampada. É comum ouvir nos noticiários e demais formas de comunicação até mesmo lá fora, em outros países, crimes cometidos a todo momento da pior forma possível onde criminosos possuíam armas de fogo e as vítimas geralmente não tinham nem chance de se defender sendo levadas a não poderem reagir com risco de não só serem muitas vezes roubadas, mas também serem baleadas, atitude essa diferente da que seria tomada se ao menos pudessem se igualar àquele que ameaça sua vida e a dos demais em volta portando consigo também, uma arma de fogo. Para aqueles que têm dúvida sobre o tema ou até mesmo é contra armar a população é imprescindível comparar os episódios de criminosos portando arma de fogo contra qualquer cidadão no Brasil e em outros países como é o exemplo da reportagem publicada pelo G1, 2016:

> "Uma mulher atirou em três homens que invadiram a casa onde ela dormia e matou um deles, segundo a polícia de Gwinett, na Geórgia. O caso aconteceu na madrugada de 16 de setembro e foi gravado por uma câmera de segurança.
>
> A polícia divulgou as imagens e pediu que qualquer pessoa que reconheça os dois invasores que fugiram colabore. O cabo Deon Washington afirmou à emissora WSB que a mulher estava

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> exercendo seu direito de defender a si mesma e sua propriedade, e por isso não será denunciada.
>
> Antonio Leeks, de 28 anos, foi baleado por ela e encontrado morto na entrada da casa pelos policiais que a própria mulher chamou após afugentar os invasores. No vídeo é possível ver que eles também estavam armados.
>
> A casa pertence a um amigo da mulher, cujo nome não foi divulgado, e ela estava hospedada ali temporariamente. O local é usado também como depósito para produtos de um restaurante do proprietário.
>
> Segundo a polícia, os três homens invadiram a residência em busca de dinheiro. A mulher, vestindo pijama, percebeu a presença deles imediatamente e saiu já atirando de dentro de um dos quartos".[7]

No caso narrado é possível perceber que em um país desenvolvido como o EUA apoia o direito do cidadão se defender, estando a vítima em questão no seu direito de combater qualquer um que possa atentar contra sua segurança.

Ao contrário, no Brasil muitas vezes a vítima que tenta se defender acaba ocupando o papel do verdadeiro criminoso sofrendo as consequências desse, como foi publicado pelo site CGN, 2012:

> "Um homem de 29 anos está preso depois de atirar contra dois bandidos que tentaram invadir sua casa, na madrugada desta terça-feira (30), na Cidade Industrial de Curitiba. Um dos bandidos conseguiu fugir e o outro morreu com um tiro no abdômen. O morador usou uma pistola calibre 380, registrada pela justiça para efetuar os disparos. Ele foi autuado em flagrante por homicídio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> A tentativa de invasão aconteceu às 2h20 quando o morador, que terá seu nome preservado, notou pela janela da residência, que fica na Rua Airton Duma, que dois homens tentavam pular o portão da casa. Então, o homem pegou a arma e disparou um tiro contra os bandidos. Ele teria efetuado os disparos na mesma janela de onde teria visto a dupla tentando invadir a casa. O homem mora com a família, mas não há informações sobre quantos estavam na casa neste momento. Também não se sabe quantos disparos foram feitos em direção da dupla.
>
> Um dos bandidos caiu ao ser ferido por um tiro no abdômen e morreu em poucos minutos. Sem identificação, ele trajava camiseta azul, calça jeans preta e tinha uma tatuagem no antebraço direito "Vida Loka". O corpo foi encaminhado ao Instituto Médico Legal (IML) de Curitiba onde aguarda o reconhecimento da família. O outro comparsa conseguiu fugir.
>
> A Polícia Militar (PM) foi acionada pela família. O morador foi encaminhado ao Centro Integrado de Atendimento ao Cidadão (Ciac-Sul), no bairro Portão, onde foi preso após ser autuado em flagrante por homicídio". [8]

No caso em questão apesar da vítima estar no seu direito de se defender conforme é garantido pela constituição inclusive estando também, no seu direito de propriedade, a vítima foi presa por homicídio.

Apesar dos dois casos apresentados serem parecidos, ambos terminaram de forma totalmente diversa, ressaltando os aspectos de cada lugar com relação a cultura, política, por exemplo, o que é motivo para que se faça um estudo considerando a realidade e desmistificando mitos, tomando por base a segurança pública e análises meticulosas sobre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

malefícios e benefícios com bases em estudos em diversas formas para a implementação ou não de armas de fogo no país, levando em conta também, a atual situação do país, o qual se encontra em um ranking de um dos países com mais homicídios no mundo, um país que nunca houve de fato o armamento da população tendo como intuito acabar com a violência e criminalidade, não tendo, porém, muitos resultados positivos como o se baseado.

> "Homicídios: Comparações Internacionais (...) com uma taxa de 27,4 homicídios por 100 mil habitantes e 54,8 por 100 mil jovens, o Brasil ocupa a sétima posição no conjunto dos 95 países do mundo com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde sobre o tema, dados compreendidos entre 2007 e 2011, de acordo com o especificado no capítulo metodológico". (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2013. p.67)

6- Ideias de política desarmamentista.

A ONU sendo favorável a política desarmamentista, entre 2011 e 2014 fez relatórios globais entre homicídios, houve um quase total silêncio diante da conclusão, onde colocou em dúvida a causalidade existente entre a posse de armas e a violência, conforme traz (QUINTELA; BARBOSA, 2014).

Apesar disso, a ONUBR declara:

> "As missões de paz da ONU também utilizam a estratégia do desarmamento preventivo, que procura reduzir o número de armas de pequeno calibre em regiões de conflito. Em El Salvador, Serra Leoa, Libéria e em outros lugares isto implicou na desmobilização das forças de combate, assim como na coleta e destruição de suas armas como parte de um acordo de paz abrangente".[9]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O “Viva Rio” é uma empresa social na qual apoia a política de desarmamento declarando:

> ““Em uma sociedade armada não há um ambiente de paz”. A lógica, de um dos fundadores do Viva Rio, Tião Santos, resume o anseio de entidades da sociedade civil no Dia Internacional pelo Desarmamento, celebrado no dia 9 de julho em todo mundo. A data foi criada em 2011 pela Organização das Nações Unidas (ONU) para promover a cultura do controle de armas de fogo”.[10]

A campanha “Sou da Paz” prega sobre a cultura desarmamentista através de palestras e debates, bem como, faz campanha sobre o desarmamento voluntário, com o apoio de organizações da sociedade civil e personalidades dos meios jornalístico, publicitário, artístico e esportivo:

> “O Estatuto do Desarmamento prevê diversas medidas para fortalecer o controle de armas, que são de responsabilidade de instituições como a Polícia Federal, polícias estaduais, exército e guarda municipal.
>
> Para contribuir para que estas medidas sejam implementadas na cidade de São Paulo, o Instituto Sou da Paz, em parceria com estes órgãos e com organizações da sociedade civil, articulou a criação e está coordenando a implementação do Plano de Controle de Armas da Cidade de São Paulo.
>
> O Plano tem como objetivos principais: reduzir estoques de armas de fogo e munições, melhorar a qualidade e transparência das informações as mesmas, aumentar a proteção dos arsenais e diminuir fatores de risco relativos à violência armada.
>
> (...) O Sou da Paz ajudou a organizar a primeira campanha de entrega voluntária de armas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> munições no país, antes mesmo da Campanha Nacional do Desarmamento (implementada a partir do Estatuto do Desarmamento)”.[11]

Ambos têm em comum o fato de se basearem em pesquisas apontando que sem armas de fogo a violência e homicídios diminuíram no país e que se não houver acesso da população a armas de fogo o país terá um declínio em relação a violência e homicídios.

7- Estatísticas.

Segundo QUINTELA e BARBOSA (2014, p. 72): “A policia Federal brasileira estima que para cada arma apreendida no país outras 30 entram ilegalmente”. Foram fechadas 90 % das lojas especializadas em armas de fogo, depois que o estatuto do desarmamento entrou em vigor, sendo assim todo cidadão temente as leis do seu país deixou de ter a posse ou porte de arma de fogo.

Entende-se que o crime está cada vez mais alastrado e criminosos cada vez mais armados, concluindo que as armas que estão nas mãos desses criminosos foram conseguidas de forma ilegal, pois quem segue a legislação hoje, encontra-se totalmente desarmado e a mercê da violência que envolve o país.

> “Não temos a ilusão de que o controle estatal impedirá a ocorrência de crimes em geral, afinal, seria ingênuo imaginar que a marginalidade compra armas de fogo em lojas, promovendo o devido registro e conseguindo o necessário porte”. (NUCCI, 2009, p. 78)

Segundo estudos de Lott e Mustard (1996), crime violento diminui em sociedades armadas, o bandido avalia os riscos temendo a sua própria integridade física.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

8- A mídia.

A maioria dos jornais optam por publicar matérias onde mostram que se não fosse um cidadão armado no momento do crime, não teria acontecido uma tragédia, pelo contrário, preferem mostrar tragédias que aconteceram com armas de fogo, já que matérias polêmicas, rendem mais do que matérias corretas e sem muita controvérsia, um exemplo é uma matéria publicada pelo O Globo, na qual afirma que sem armas de fogo ocorreram menos gastos na área da saúde com relação a vítimas de armas de fogo:

> (...) “Além do impacto positivo nos índices de criminalidade, da vigência do Estatuto decorreu um alívio nas demandas do SUS. A menos ferimentos e mortes por armas de fogo correspondeu um comprometimento menor de recursos financeiros, material e pessoal mobilizados para atender vítimas desse tipo de violência”.[12]

Alguns exemplos que a mídia divulga para a população são: “Carro passa atirando em alta velocidade e mata jovem na avenida”; “Jovem é morto em periferia por disparo de arma de fogo”. O que esses veículos de comunicação se esquecem é que por trás de uma arma, sempre está uma pessoa, e que armas não disparam sozinhas em momento algum, pessoas cometem crimes e não armas.

É necessário a atenção para outros assuntos além da mídia que muitas vezes destorce os fatos colocando em grande ênfase somente os perigos que uma arma de fogo pode gerar sendo que nenhuma arma de fogo dispara sozinha, mas sempre por alguém atrás dela, se esquecendo de abordar os benefícios que também pode trazer, sendo que ambos são essenciais para a avaliação de adotar ou não a cultura armamentista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

9- Conclusão

É certo que, para a vítima é difícil muitas vezes ter a chance de escapar ilesa de um episódio de violência tornando-se algo mais fácil para o criminoso já que, esse geralmente estará em vantagem quanto a essa pois portará uma arma de fogo, na maioria dos casos, mesmo que ilegal, ao contrário da vítima, fato que talvez pudesse ser evitado se o criminoso tivesse dúvida quanto o grau de defesa da vítima, pensando que poderia correr o risco de mudar de papel em certo ponto.

No Código Penal em seu artigo 23, inciso II, é assegurado a todos o direito de legítima defesa não sendo assim considerado crime a ação cometida através dessa, mas muitas vezes esse direito passa despercebido como visto anteriormente, onde aquele que quando tem a chance de se defender acaba ocupando o papel inverso, do agressor, confirmando a necessidade de revisão das medidas atuais impostas de armas de fogo para que melhor favoreça o cidadão brasileiro.

Percebe-se a grande ineficácia em desarmar o cidadão já que, aqueles que não têm a intenção de cometer qualquer delito acabam ficando à mercê daqueles que possuem justamente o intuito de praticar algum delito. O que se espera do legislador é justamente essa comparação, da realidade brasileira, e não interesses irreais em que atualmente não está funcionando em nada para o combate à criminalidade e violência, pelo contrário, só tem aumentado, tornando o Brasil um dos países mais perigosos do mundo.

Referências

A ONU e o desarmamento. ONU. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Aquisição de Arma de Fogo. Polícia Federal. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: Acesso em: 28 fev. 2018.

BRASIL. Decreto 5.123 de 1° de julho de 2004. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: Acesso em 26 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: Acesso em: 26 fev. 2018.

Com menos armas, Brasil tem três vezes mais mortes a tiro que os EUA. BBC. Disponível em: Acesso em: 28 fev 2018.

CONTROLE DE ARMAS: MENOS ARMAS, MAIS PAZ. VIVA RIO. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

CONTROLE DE ARMAS. SOU DA PAZ. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas. O Globo. Disponível em: < http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376> Acesso em: 27 fev. 2018.

Jovem é encontrada morta em Curitiba; Casa da vítima teria sido arrombada. Tribuna. Disponível em: Acesso em: 27 fev. 2018.

MACHADO, Maria Christina Matta. As táticas de guerra dos cangaceiros. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1978. p. 82

Mulher atira em ladrões que invadiram casa nos EUA e mata um. G1. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Morador é preso após matar bandido que pulava o portão. CGN. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 78

Números atestam acerto da política de desarmamento. O Globo. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Palestra realizada por Eduardo Nantes Bolsonaro. Desarmamento. Semana Jurídica Universidade Brasil. Fernandópolis. 2017.

QUINTELA, Flavio e BARBOSA, Bene. Mentiram para mim sobre o estatuto do Desarmamento. 1ª ed. Campinas-SP: Vide Editorial, 2015: p. 60-62, 72.

REFERENDO da proibição do comércio de armas de fogo e munição, 2005, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: Acesso em: 27 jan 2018.

SOUZA, Robson Sávio Reis. POLÍTICA NACIONAL DO DESARMAMENTO - Documento técnico**.** Projeto de Cooperação Técnica Internacional Segurança Cidadã (bra/04/029) Termo de Referência: 139527 Parceria: Ministério da Justiça, Senasp, Pnud, 2014: p. 7, 39, 49, 50. Disponível em: . Acesso em: 27 fev. 2018.

Supremo Tribunal Federal - RHC: 81057 SP, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/05/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00030 EMENT VOL-02189-02 PP-00257 RTJ VOL-00193-03 PP-00984. Disponível em: Acesso em: 28 fev. 2018.

Supremo Tribunal Federal – HC: 95073 / MS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe-066 DIVULG 10-04-2013 PUBLIC 11-04-2013 EMENT VOL-02687-01 PP-00001. Disponível em: Acesso em: 28 fev. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo; Mapa da Violência 2011. p. 70. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo; Mapa da Violência 2013. p. 67. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

NOTAS:

[1] Referendo da proibição de comercialização de armas de fogo e munição, 2005, Tribunal Superior Eleitoral, Disponível em: Acesso em 27 fev. 2018

[2] Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas. O Globo. Disponível em: < http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376> Acesso em: 27 fev. 2018.

[3] Aquisição de Arma de Fogo. Polícia Federal. Disponível em: Acesso em: 30 jan. 2018.

[4] Supremo Tribunal Federal – HC: 95073 / MS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 19/03/2013, Segunda Turma, Data da Publicação: DJe-066 DIVULG 10-04-2013 PUBLIC 11-04-2013 EMENT VOL-02687-01 PP-00001. Disponível em: Acesso em: 28 fev. 2018.

[5] Com menos armas, Brasil tem três vezes mais mortes a tiro que os EUA. BBC. Disponível em: Acesso em: 28 fev 2018.

[6] Palestra realizada por Eduardo Nantes Bolsonaro sobre Desarmamento, na Semana Jurídica da Universidade Brasil, em Fernandópolis, em 2017.

[7] Mulher atira em ladrões que invadiram casa nos EUA e mata um. G1. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

[8] Morador é preso após matar bandido que pulava o portão. CGN. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

[9]A ONU e o desarmamento. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

[10] CONTROLE DE ARMAS: MENOS ARMAS, MAIS PAZ. VIVA RIO. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

[11] CONTROLE DE ARMAS. SOU DA PAZ. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

[12] Números atestam acerto da política de desarmamento. O Globo. Disponível em: Acesso em: 27 fev 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

www.conteudojuridico.com.br

CRISE NO SISTEMA PRISIONAL, SUPERENCARCERAMENTO E TRÁFICO DE DROGAS

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada (OAB/GO).

RESUMO: A crise no sistema prisional demonstra a necessidade de alterações legislativas e adoção de novas posturas por parte do sistema de justiça, da política criminal e da política de segurança pública para combater o superencarceramento. São necessárias medidas racionais para a distinção entre usuários e traficantes, tendo em vista que o tráfico de drogas lidera o ranking de crimes cometidos pelas pessoas presas. O presente artigo pretende tecer considerações críticas e evidenciar à comunidade jurídica a importância de serem traçados novos rumos e eixos de atuação, notadamente em relação às agências executivas de controle.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Drogas e superencarceramento; 3. Propostas legislativas para o enfrentamento do superencarceramento relacionado à Lei de Drogas; 4. Considerações voltadas às agências executivas de controle; 4.1. Critérios utilizados pela atual lei de drogas brasileira para distinguir usuário de traficante; 4.2. Presunção de inocência, ônus da prova, direito penal do inimigo e teoria do etiquetamento; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1.Introdução

Nos últimos anos, o descontrole estatal sobre o sistema prisional foi evidenciado. Diversas medidas provisórias (em casos ainda não submetidas à jurisdição da Corte IDH) e medidas cautelares foram adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Comissão de Direitos Humanos (CIDH), respectivamente. Podem ser citados, como exemplos, os seguintes casos que tramitaram perante a Corte IDH e CIDH: Caso da Penitenciária de Urso Branco (Porto Velho/RO); Caso das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara/São Paulo); Caso do Complexo de Pedrinhas (São Luís/MA); e Caso do Presídio Central de Porto Alegre/RS.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A crise desencadeada no sistema penitenciário foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 MC/DF, em 2015. Nesse sentido, o STF reconheceu expressamente a existência, no sistema penitenciário brasileiro, do "Estado de Coisas Inconstitucional", expressão originária da Corte Constitucional da Colômbia, em 1997.

Não obstante o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o ano de 2017 foi marcado por rebeliões e massacres nos sistemas penitenciários. No início de 2018, ocorreram novas mortes em conflitos entre facções criminosas ou perseguições policiais, nos Estados de Goiás e Ceará.

Em ação coordenada pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, foi elaborado o Projeto Choque de Justiça, como resposta imediata do Poder Judiciário às mortes ocorridas no sistema prisional em janeiro de 2017 (CNJ, 2017, p. 26). Os dados obtidos revelaram um total de 654.372 presos no Brasil, dentre os quais 221.054 estão presos provisoriamente.

No Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (2014, p. 6), constatou-se que o perfil das pessoas presas é majoritariamente composto de homens negros, jovens, de baixa escolaridade e de baixa renda.

De acordo com dados do Projeto Choque de Justiça, o crime de tráfico de drogas representa 29% dos processos que envolvem réus presos, ocupando o primeiro lugar no ranking (CNJ, 2017, p. 26). Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (2014, p. 23), desde a entrada em vigor da Lei 11.343, em 2006, a população carcerária brasileira teve um aumento de 206.495 presos.

O retrato das prisões traz desafios ao sistema de justiça penal, à política criminal e à política de segurança pública. Faz-se necessário a junção de esforços entre os operadores jurídicos e os três Poderes da República, em todos os níveis da Federação, para a busca conjunta de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

eixos de atuação, como forma de solucionar o problema da crise no sistema prisional.

2. Drogas e superencarceramento

O superencarceramento não é a solução para o enfrentamento da crise penitenciária, constituindo-se, em verdade, em uma de suas causas. O alto índice de presos por crimes relacionados a drogas (29%) revela a necessidade de alterações estruturais na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e no procedimento adotado pelas agências executivas de controle do sistema de justiça penal, da política criminal e da política de segurança pública. Segundo IBCCRIM *et al* (2017, p. 16):

> Tamanha repressão não está direcionada a grandes traficantes e operadores do sistema financeiro. Na verdade, pesquisas demonstram que o preso por tráfico de drogas no Brasil é em sua enorme maioria jovem, com ensino fundamental incompleto, foi flagrado desarmado e com pouca quantidade de droga. Ou seja, estamos encarcerando pessoas com alto grau de vulnerabilidade, que, se envolvidos em atividade criminosa, encontram-se certamente às margens da hierarquia do tráfico de drogas, e que serão imediatamente substituídos após a prisão. Assim, o direcionamento da repressão sobre esse perfil não só não ameaça o poderio de organizações criminosas, mas, ao contrário, reforça sua capacidade de mobilização e recrutamento.

Destarte, direcionar a repressão àqueles flagrados com pouca quantidade de drogas, por possuírem baixa renda e baixa escolaridade, agrava a crise penitenciária, por contribuir com o superencarceramento, mas não reduz o poderio de organizações criminosas voltadas para o tráfico de drogas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3. Propostas legislativas para o enfrentamento do superencarceramento relacionado à Lei de Drogas

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, a Pastoral Carcerária Nacional - CNBB, a Associação Juízes para a Democracia - AJD, o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação - CEDD/UnB elaboraram 16 propostas legislativas que buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. A Proposta nº 4 é voltada à Lei nº 11.343/2006, para evitar "o encarceramento de pessoas que, por sua condição pessoal ou pela baixa gravidade do fato cometido, serão melhor tratadas pelos sistemas alternativos à prisão" (IBCCRIM *et al*, 2017, p. 16).

Entre as propostas, pretende-se a alteração do *caput*, do artigo 33, da Lei de Drogas, para que se comprove a finalidade comercial da conduta, a fim de que seja possível a imputação do crime de tráfico de drogas, com a revogação do §3º para limitar a criminalização às ações com finalidade lucrativa. Desse modo, o tipo penal exigiria o dolo específico de realizar o comércio de drogas, cabendo ao titular da ação penal o ônus de provar tal finalidade.

Ademais, propõe-se alteração do §4º, do artigo 33, para que o comando de substituição das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos se torne obrigatório, nos casos de réus primários, de bons antecedentes e sem relação com organizações criminosas. Isso porque, é "justamente o perfil dos que enchem os cárceres desnecessariamente e servem de recrutamento para as facções" (IBCCRIM *et al*, 2017, p.17).

Ainda, entre as medidas constantes da Proposta nº 4 (IBCCRIM *et al,* 2017, p. 17):

> [...] o presente projeto revoga os artigos 28, 29 e 30, que atualmente tratam das penas aplicáveis ao usuário de drogas. De início, saliente-se que a legislação atual não prevê pena de prisão nesses casos, mas as condutas seguem definidas como crimes e, com isso,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> causam diversos efeitos penais que reforçam o encarceramento, como a perda da primariedade e a impossibilidade de fazer jus a benefícios penais no futuro.

Tal alteração é relevante, tendo em vista que a sobreposição de verbos previstos tanto no § 2º do artigo 28 quanto no artigo 33 conduz a equívocos judiciais, porquanto usuários de drogas são considerados traficantes. Tal é sua importância que o Supremo Tribunal Federal irá se debruçar sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, referente à inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

4. Considerações voltadas às agências executivas de controle

4.1. Critérios utilizados pela atual lei de drogas brasileira para distinguir usuário de traficante

Necessário se faz que as agências executivas de controle passem a analisar os casos concretos referentes ao crime de tráfico de drogas sob uma nova ótica. Isso porque há possibilidade de discriminação indireta na aplicação do artigo 28, §2º, da Lei nº 11.343/2006.

Segundo GOMES (2001, p. 24), a discriminação indireta, ou teoria do impacto desproporcional, se dá de forma mais sutil, mediante a adoção de critério aparentemente neutro (não intencional), seja pelo setor público ou privado, ocasionando impacto negativo/desproporcional em relação a determinado segmento vulnerável, violando o princípio da igualdade e demais direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal empregou o raciocínio da Teoria do Impacto Desproporcional no julgamento da ADIn 1946-5/DF, que tratou do salário-maternidade, e, recentemente, na ADPF 291, em que foi declarada a inconstitucionalidade do crime militar de pederastia (artigo 235, CPM).

Assim também entendeu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 23 de junho de 2005, no Caso Yatama *vs*. Nicarágua, reconhecendo a violação de direitos humanos previstos na

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Carta de São José da Costa Rica, mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional.

O artigo 28, §2º, da Lei nº 11.343/2006 estabelece que, para determinar se a droga é destinada a consumo pessoal, "o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

Conquanto aparentemente neutros, os critérios elencados pela Lei nº 11.343/2006 ocasionam uma espécie de discriminação indireta, tendo em vista que as agências executivas de controle partem do pressuposto de que pessoas de baixa renda não possuem condições financeiras para arcar com os custos do consumo de drogas. Com efeito, concluem que somente resta a tais pessoas a prática de tráfico de drogas, como forma de sustentar o próprio vício.

Desse modo, na grande maioria dos casos, diante de certa discricionariedade das agências de controle, pessoas de baixa renda, baixa escolaridade e negras seriam consideradas traficantes, enquanto pessoas da alta sociedade, abastadas, seriam consideradas usuários.

4.2. Presunção de inocência, ônus da prova, direito penal do inimigo e teoria do etiquetamento

Insta recordar que a Constituição de 1988 assegura a garantia da presunção de inocência, em seu artigo 5º, inciso LIII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Segundo RAMOS (2016, p. 689):

> A presunção da inocência consiste no direito de só ser considerado culpado de determinado delito após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, também denominada presunção de não culpabilidade. Há duas aplicações típicas da presunção de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> inocência no processo penal brasileiro: (i) no processo de conhecimento e (ii) na execução da pena criminal definitiva.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a presunção de inocência possui larga previsão, podendo-se citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1798:

> 9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Posteriormente, sob os auspícios da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, garantiu, explicitamente, a presunção de inocência:

> XI.1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Da mesma forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 16 de dezembro de 1966, em seu artigo 14.1, primeira parte, estabelece que:

> Artigo 14.2 Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.

Em âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura o direito ao juiz imparcial, no artigo 8.1:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> Artigo 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.

Como se sabe, a presunção de inocência assegura a qualquer indivíduo seu *status* de inocente até que essa presunção seja afastada mediante prova plena que lhe impute o cometimento de um delito.

O princípio da presunção de inocência está intimamente relacionado ao ônus da prova no processo penal. Com efeito, apenas e tão somente ao Ministério Público incumbe provar a presença de todos os elementos necessários para o acolhimento da pretensão punitiva (BADARÓ, 2003, p. 283-286).

Nesse sentido, MIRZA (2010, p. 542) defende que:

> A acusação (Ministério Público ou querelante) deverá provar, cabalmente, os fatos deduzidos na denúncia (queixa), com todas as suas circunstâncias relevantes (artigo 41 do Código de Processo Penal). Ou seja, o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito. Ao réu cabe, tão somente, opor-se à pretensão do acusador, ou seja, o ônus da prova é todo da acusação. Vale mencionar que a dúvida quantos aos fatos constitutivos leva, inexoravelmente, à absolvição. A rigor, o réu não alega fato algum, apenas opõe-se à pretensão ministerial ou àquela do querelante. Isto porque é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> presumidamente inocente e a dúvida o socorre, sendo a absolvição medida que se impõe.

Cabe à defesa, unicamente, se opor à pretensão punitiva e, ao titular da ação penal, a comprovação de que o fato configura tráfico de drogas.

Ademais, importa ressaltar que, na maioria dos casos, a condenação pelo tráfico é fundamentada em alegações unilaterais, notadamente de testemunhas policiais que efetivaram a prisão em flagrante do acusado.

Desse modo, a condenação pelo crime de tráfico de drogas, sem a necessária comprovação de que o acusado exerce, de fato, o comércio de drogas, viola o princípio da presunção de inocência, fere o sistema acusatório e o regramento relacionado ao ônus da prova. Assim, a condenação, nestes casos, gera verdadeira concretização de um direito penal do inimigo e não um direito penal do fato, consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Quanto ao Direito Penal do Inimigo, preciso o ensinamento de LIMA JUNIOR (2016, p. 211):

> Gunther Jakobs, criador do funcionalismo sistêmico, idealizou o direito penal do inimigo que busca resguardar a norma, o sistema jurídico, ou para ser mais claro, o direito positivado. Nesse particular, o inimigo é o criminoso que se afugenta de forma permanente do direito sem o oferecimento de garantias cognitivas de que permanecerá fiel à norma, afastando-se do estado da cidadania, motivo pelo qual não poderia participar dos direitos e garantias advindas do conceito de pessoa.
>
> O inimigo não é sujeito processual e, por consequência, não poderá contar com os mesmos direitos e garantias processuais a todos conferidas. Desse modo, não está sujeito a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> procedimento legal, mas sim, fadado a procedimento de guerra, pois quem não oferece segurança cognitiva de um comportamento pessoal, além de não deter o direito de ser tratado como pessoa, estará a mercê do Estado – que não poderá tratá-lo como tal, sob pena de vulnerar a coletividade."

Ainda, ZAFFARONI (2007, p. 18) ensina que:

> [...] a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o Direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoa) e inimigos (não pessoa) faz-se referência a seres humanos que são privados a certos Direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...].

É possível estabelecer uma relação entre o direito penal do inimigo, no caso de se equiparar a conduta do usuário de drogas com a do traficante, com a Teoria do Etiquetamento ou *labelling aproach.* Referida teoria possui raízes nos Estados Unidos, nos anos 60.

Em relação à Teoria do Etiquetamento, BARATTA (2002, p. 1) esclarece que:

> A criminologia ao longo dos séculos tenta estudar a criminalidade não como um dado ontológico pré-constituído, mas como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso então não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um *status* social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal e pela sociedade que classifica a conduta de tal indivíduo como se devesse ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> assistida por esse sistema. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso.

SHECAIRA (2008, p. 291) aduz o seguinte:

> É, portanto, a partir do *labelling* que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?

Dessa forma, os expoentes da teoria do etiquetamento não se debruçam sobre os motivos que levam as pessoas ao cometimento de crimes, mas sim de que forma o controle social sobre tais condutas gera efeitos no aumento da criminalidade.

A rotulação de indivíduos como traficantes é realizada pelas agências de controle, tanto na fase legislativa, quanto na fase de aplicação da lei penal. Estabelece-se quais pessoas devem ser perseguidas (em sua maioria, jovens negros, de baixa renda e baixa escolaridade) e procede-se à rotulação de tais indivíduos como desviantes e criminosos, etiquetando-os como traficantes de drogas.

Nesse sentido, agrega-se tal *status* social, o qual contribuirá para que referidos indivíduos voltem a praticar crimes ou para que continuem sendo alvos dos processos de rotulação (BARATTA, 2011, p. 110). Ademais, cumpre ressaltar que, segundo BARATTA (2011, p. 110), entre o grupo detentor do poder de rotulação e o grupo alvo dos processos de rotulação há diferenças de estratificação e antagonismos sociais.

Destarte, é mister que as agências de controle passem a adotar uma postura crítica e racional, a fim de que se evitem procedimentos preconceituosos, violadores do princípio da presunção de inocência, ante a ausência de comprovação do efetivo tráfico de drogas. Nesse sentido, em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

muitos casos, a condenação se pauta em presunções, as quais possuem resquícios de direito penal do inimigo e são consequência da rotulação realizada pelas agências executivas de controle.

5. Considerações finais

Conclui-se que a crise do sistema prisional brasileiro demanda um novo olhar por parte dos operadores jurídicos e dos Poderes da República. O número exacerbado de pessoas presas demonstra que o superencarceramento e o recrudescimento do direito penal não são a solução, mas a causa do Estado de Coisas Inconstitucional, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

O número de presos por tráfico de drogas lidera o ranking dos principais crimes cometidos pelos que se encontram no cárcere. Faz-se mister a adoção de medidas legislativas que verdadeiramente diferenciem usuário de traficante, bem como que estabeleçam ser obrigatória a aplicação do §4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 nos casos ali previstos.

As agências executivas de controle devem analisar os fatos destituídas de preconceito ou pré-compreensões, com o cuidado devido, para que não se criminalize a pobreza. Do contrário, estaremos diante de discriminações indiretas, direito penal do inimigo e/ou rotulação de *status* social.

6. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão 1 ano**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: . Acesso em: 25/03/2018.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias.** Brasília: DEPEN, 2014. Disponível em: . Acesso em: 25/03/2018.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional** da **igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

IBCCRIM; CNBB; AJD; CEDD/UNB. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 25/03/2018.

LIMA JUNIOR, José César Naves. **Manual de Criminologia**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016)

MIRZA, Flávio. **Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, Volume V. Disponível em: . Acesso em: 25/03/2018.

RAMOSA, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INCOTERMS E SUA IMPORTÂNCIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

BEATRIZ SARTORE DE OLIVEIRA:
Bacharelanda do curso de Direito da UNIBRASIL - Universidade Brasil

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Prof. Orientador)

RESUMO: Este documento visa esclarecer cada INCOTERM, em seus 13 termos (siglas) nos quais são divididas em grupos com a mesma inicial significando cada grupo uma modalidade, definindo suas modalidades e especificações. É importante definir qual será o INCOTERM utilizado em cada negociação, pois ele é que dirá quando e quem irá se responsabilizar e arcar com os custos da mercadoria, se é o exportador ou o importador. O comércio internacional como sempre foi praticado necessitou com o tempo de sua regularização tendo respaldo no Direito Empresarial, bem como, de sua atualização ao decorrer do tempo. Apesar disso, ainda restam dúvidas na hora de realizar a negociação comercial internacional quanto ás obrigações de ambos os envolvidos, esse trabalho visa, portanto, esclarecer as obrigações e responsabilidades de cada um.

Palavras-chave: INCOTERM. Comércio Internacional. Responsabilidades de exportação e importação.

ABSTRACT: This document aims to clarify each INCOTERM in its 13 terms (acronyms) in which they are divided into groups with the same initial meaning each group a modality, defining its modalities and specifications. It is important to define what INCOTERM will be used in each negotiation, since it will say when and who will be responsible and bear the costs of the merchandise, if it is the exporter or the importer. The international trade as always was practiced required with the time of its regularization having support in the Business Law, as well as, its updating over time. In spite of this, there are still doubts when it comes to carrying out the international commercial negotiation regarding the obligations of both involved, this work aims, therefore, to clarify the obligations and responsibilities of each one.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Keywords: INCOTERM. International Trade. Export and import responsibilities.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. Comércio Internacional ao longo da história e o surgimento dos INCOTERMS. 3. INCOTERMS. 3.1 EXW – Ex Works (Á disposição). 3.2 FCA – Free Carrier (Livre do transportador). 3.3 FAS – Free Alongside Ship (Livre ao lado do navio). 3.4 FOB – Free On Board (Livre a bordo). 3.5 CFR – Cost and Freight (Custo e frete). 3.6 CIF – Cost, Insurance and Freight (Custo, seguro e frete). 3.7 CPT – Carriage Paid to (Transporte pago até). 3.8 CIP – Carriage and Insurance Paid to (Transporte e seguro pagos até). 3.9 DAT – Delivered At Terminal (Entregue no Terminal). 3.10 DAP – Delivered At Place (Entregue no Local). 3.11 DDP – Delivered Duty Paid (Entregue direitos pagos). 4. CONCLUSÃO. Referências.

---

1. INTRODUÇÃO

Com a globalização, o comércio internacional parece ser uma chave para aqueles que desejam acompanhar essa aceleração mundial fazendo parte em mais de um canto do mundo não se delimitando a seu próprio território onde fronteiras são alcançadas e conquistadas, estando essa tentativa de alcance através dos tempos.

Com o avanço do comércio internacional ao decorrer dos anos foi necessário a sua regularização tendo respaldo no Direito Empresarial, como para a compra e venda de produtos, direito de câmbio, investimentos, o financeiro; o portuário; o aduaneiro; o fiscal, transferência de tecnologia e tudo referente aos deveres e obrigações das partes, conforme ensina Caparroz (2017):

> [...] “não se pode deixar de considerar as dificuldades linguísticas inerentes ao processo de negociação, pois a mera tradução de certos termos e cláusulas nem sempre corresponde aos reais conceitos jurídicos por eles veiculados, de acordo com as possíveis variações existentes nas legislações de cada um dos países.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Dessa forma, a adoção de cláusulas padronizadas, de aceitação universal, oferece aos contratantes elevado grau de segurança jurídica, transferindo o foco dos esforços da negociação para as cláusulas de natureza comercial (preço, quantidade e qualidade das mercadorias, condições de pagamento, garantia, etc.)". (CAPARROZ, 2017)

Muitos dos exportadores e importadores têm dúvidas quanto a qual INCOTERM utilizar em determinada situação confundindo-se na hora de escolher o que melhor se adequa para tal situação, esse estudo, porém visa esclarecer de forma clara e objetiva todos os INCOTERMS e suas responsabilidades e obrigações tanto do exportador como do importador, facilitando a compreensão e esclarecendo quais são mais vantajosos para o exportador e o importador dependendo da negociação a ser feita.

2. Comércio Internacional ao longo da história e o surgimento dos INCOTERMS

O comércio internacional é uma evolução histórica em que sempre vem sendo praticado, em relações comerciais através de certas tribos que desejavam dispor de certos bens e de outras que queriam obter outros bens, sendo muitas vezes, porém, motivo de brigas pelo consenso da valoração do bem gerando dúvidas se a troca seria mesmo justa. Conforme as populações de pequenas tribos cresciam foram surgindo as cidades e a necessidade de maior organização surgindo assim a moeda e com ela a estipulação de valores de cada bem.

Na Idade Média ocorreu um marco que foi o chamado papel-moeda criado na China, o qual os mercadores depositavam certa quantia em dinheiro e em troca recebiam o papel-moeda com um valor estipulado e mais tarde trocariam este por alguma mercadoria que no início seria somente de sua região e temporária, mas que mais tarde passou a integrar o país todo como também se tornar permanente, fazendo com que assim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

se tornasse o percussor das relações bancárias e de câmbio de hoje em dia.

Ao fim da Idade Média desenvolveu-se a indústria náutica sendo marcada pelo surgimento do investimento privado onde foram criadas grandes companhias de navegação gerando assim a intensificação de acordos comerciais nos quais objetivavam a ordenação entre países.

Em 1919, percebendo-se pelos países a necessidade de regras para o comércio internacional foi criada a Câmara Internacional do Comércio – CCI, com sede em Paris, tendo sua primeira edição em 1936. Como instituto do direito privado, esta impetrou diversas normas comerciais que estavam sendo aplicadas até o momento regulando-as, e aperfeiçoando assim, o comércio internacional e o desenvolvimento global, de onde surgiu, então, os INCOTERMS (International Commercial Terms).

3. INCOTERMS

Os INCOTERMS são utilizados nas transações comerciais internacionais definindo em 13 termos (siglas) cada qual com seu próprio regramento, os direitos do exportador e do importador, como a responsabilidade com a carga e o pagamento do frete e do seguro internacional e até que momento que estes são responsáveis pela carga, são eles: EXW – Ex Work, FCA – Free Carrier, FAS – Free Alongside Ship, FOB – Free On Board, CFR – Cost and Freight, CIF – Cost, Insurance and Freight, CPT – Carriage Paid to, CIP – Carriage and Insurance Paid to, DAF – Delivered at Frontier, DES – Delivered Ex Ship, DEQ – Delivered Ex Quay, DDU – Delivered Duty Unpaid, DDP- Delivered Duty Paid.

As siglas são divididas em grupos com a mesma inicial significando cada grupo uma modalidade. Existem apenas duas categorias e tratam da modalidade do transporte como ensina Vasquez, (2007. p.30):

> “A primeira regra se refere às mercadorias que são transportadas independentemente de via de transporte ou em mais de uma modalidade de transporte.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Nesta categoria podemos catalogar: EXW, FCA, CIP, CPT, DAT, DAP e DDP.
>
> A segunda regra se refere àqueles termos cujo transporte é aquaviário – marítimo, rios, vias aquáticas internas etc. Nessa categoria listamos os demais termos: FOB, FAS, CIF e CFR".
>
> "Os termos E, F e C são considerados cumpridos no ponto de embarque, no país de origem, e por isso são também conhecidos como contratos de partida. Já os termos do grupo D se cumprem no ponto de chegada e são chamados contratos de chegada.
>
> Em outras palavras, caso na fatura conste algum dos termos dos grupos E, F ou C, a mercadoria será considerada entregue no país de origem. A responsabilidade quando aos riscos passa do vendedor ao comprador em algum ponto no país de origem. Já se o termo utilizado na fatura for do grupo D, o vendedor tem a obrigação de levar a mercadoria até o país do comprador e, em algum ponto deste país, se considerará entregue a mercadoria". (Luz, 2006, p. 415)

É importante definir qual será o INCOTERM utilizado em cada negociação, pois ele é que dirá quando e quem irá se responsabilizar e arcar com os custos da mercadoria, se é o exportador ou o importador. Além disso, é necessário que o exportador coloque na fatura comercial qual o INCOTERM será utilizado, escolhido entre eles já que essa será enviada ao importador.

A fatura comercial é o documento que espelha a relação de compra e venda entre o importador e o exportador, juntamente com essa deverá ser apresentada a Declaração de Importação (DI) na qual constará o tipo de despacho aduaneiro a ser aplicado na mercadoria importada, portanto essa declaração será feita pelo importador, ao contrário da fatura comercial

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

como dito anteriormente que será feita pelo exportador, como ensina Vasquez, (2007. p. 38):

> "Inferimos que o Vendedor deverá fornecer as mercadorias e a fatura comercial, em conformidade com o contrato de venda e qualquer outra evidência de conformidade que seja exigida pelo contrato; deverá prestar ao comprador, a pedido, risco e às expensas deste, toda a assistência para a obtenção de qualquer licença de exportação ou outra autorização governamental oficial necessária para a exportação das mercadorias".
>
> "Em síntese, podemos dizer que os INCOTERMS dos Grupos "E", "F" e "C" são mais interessantes para o vendedor, pois a transferência de responsabilidade ocorre no seu próprio país, enquanto os INCOTERMS do Grupo "D" são mais favoráveis ao comprador, que recebe as mercadorias já no local de destino convencionado (muito embora pagará mais caro por isso)". (CAPARROZ, 2017)

Tendo em mente todos os INCOTERMS é possível que o negociador projete todos os gastos que terá com a negociação internacional tornando essa mais transparente e condizente com suas necessidades.

3.1 EXW – Ex Works (Á disposição)

Representa o mínimo de responsabilidade para o exportador, pois o exportador só terá que disponibilizar a carga para que o importador recolha a carga, ou seja, faça o carregamento da mercadoria e faça todo o processo de importação. O importador é responsável desde a coleta da mercadoria no local do exportador que essa estiver, será responsável também pelo desembaraço aduaneiro para exportação, pelo pagamento do frete, do seguro internacional e quaisquer coisas que aconteçam com a carga durante o trajeto do país do exportador até o país do importador. O

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

exportador não tem responsabilidade sobre a carga simplesmente tem que disponibilizá-la no local que mantenha a mercadoria para que o importador recolha essa mercadoria, o importador também é responsável por carregar o veículo coletor.

Esse INCOTERM é bom para o exportador já que esse só terá o trabalho de disponibilizar a mercadoria ao importador, mas caro e trabalhoso para o importador já que, este é o responsável por todo o processo de importação envolvendo os custos e as responsabilidades. Além disso, como o importador será responsável pelo desembaraço aduaneiro terá que conhecer todos os trâmites de desembaraço do país do exportador. Por isso não é muito comum, é praticado geralmente por empresas que o importador tem muito conhecimento nesses desembaraços aduaneiros do país exportador, ao contrário dos importadores pequenos já que é muito caro e difícil fazer esse desembaraço em um país que não tem muito esse tipo de conhecimento.

> "O INCOTERM EXW é normalmente utilizado para as cotações iniciais de compra, pois representa exclusivamente o custo do produto mais a margem de lucro, além de ser útil nas operações no mercado doméstico, no qual o impacto do custo logístico tende a se menor. Se o comprador não tiver condições de atender as formalidades aduaneiras do país de origem, não deverá optar pelo *Ex Works*, sendo recomendável o uso do FCA (Free Carrier)". (CAPARROZ, 2017)

3.2 FCA – Free Carrier (Livre do transportador)

O exportador deve desembaraçar a mercadoria para exportação e disponibilizá-la para o transportador internacional em um local indicado pelo importador, ou seja, o exportador é responsável por retirar a mercadoria de seu armazém, fábrica ou empresa, levar até o local indicado pelo importador e fazer o desembaraço dessa mercadoria para exportação, ele tem custos com a carga até o momento de entregá-la ao transportador

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

internacional, depois disso as responsabilidades sobre a carga passa a ser do importador.

O responsável pelo carregamento do veículo coletor vai depender do local onde foi combinado para a entrega da mercadoria ser feita. Se a entrega for feita nas dependências do exportador como, por exemplo, no armazém do exportador, é o exportador que deverá fazer o carregamento do veículo coletor. Se a entrega for feita em qualquer outro lugar que não no território do exportador o carregamento do veículo coletor será de responsabilidade e custo do importador. Esse INCOTERM pode ser utilizado em qualquer modalidade e é mais utilizado no transporte aéreo.

3.3 FAS – Free Alongside Ship (Livre ao lado do navio)

O exportador terá a responsabilidade de colocar a carga ao lado do navio do transportador, ou seja, retirar a mercadoria de seu armazém ou fábrica, levar até ao lado do navio transportador e fazer o desembaraço aduaneiro dessa mercadoria para exportação, sua responsabilidade então, vai até o momento em que esse disponibiliza tal mercadoria ao lado do navio desembaraçada para exportação. Tendo isso, o importador terá que fazer o carregamento da mercadoria no navio.

Se ocorrer algum problema no carregamento da mercadoria, por exemplo, onde a mesma está sendo colocada no navio os custos e responsabilidades serão do importador. Esse INCOTERM só pode ser utilizado no transporte marítimo, fluvial ou lacustre e é normalmente utilizado na venda de commodities como petróleo, minérios e grãos.

3.4 FOB – Free On Board (Livre a bordo)

Todos os custos e responsabilidades com a carga são do exportador até a mercadoria estiver a bordo do navio, ou seja, o exportador terá que retirar a mercadoria de suas dependências, levar até o porto, fazer o desembaraço aduaneiro para exportação e colocar a mercadoria a bordo do navio, se houver qualquer problema antes de a mercadoria estiver a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

bordo os custos e responsabilidades serão tudo por conta do exportador. A partir do momento que a mercadoria estiver a bordo do navio será de responsabilidade e custos do importador como o frete, seguro internacional e quaisquer outras despesas. Esse INCOTERM somente pode ser utilizado no transporte marítimo, fluvial ou lacustre.

> "Trata-se, na verdade, de um dos INCOTERMS mais empregados no comércio internacional, principalmente para a venda de commodities e carga em geral. Pode ser utilizado, ainda, no transporte de mercadorias acomodadas em contêineres, desde que a responsabilidade se encerre quando da colocação a bordo. Na hipótese de entrega do contêiner em terminais do porto de embarque, a cláusula FOB não é apropriada". (CAPARROZ, 2017)

3.5 CFR – Cost and Freight (Custo e frete)

O exportador tem um pouco mais de custo, pois ele tem que retirar a mercadoria de suas dependências, desembaraçar a mesma para exportação e fazer o pagamento do frete internacional até o porto de destino, porém não é responsável pelo seguro internacional.

A responsabilidade do exportador sobre a carga termina no porto de origem no carregamento da mercadoria, apesar dos custos serem até o porto de destino. As responsabilidades com a carga passa a ser do importador do carregamento dessa em diante. Esse INCOTERM só pode ser utilizado no transporte marítimo, fluvial ou lacustre e normalmente é utilizada nas vendas de mercadorias de grande porte em relação a peso e volume.

3.6 CIF – Cost, Insurance and Freight (Custo, seguro e frete)

O importador não terá que pagar o seguro internacional, mas sim o exportador até o porto de destino, além de o exportador ter que pagar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

também o transporte internacional. O seguro internacional pago pelo exportador é o com cobertura mínima, caso o importador queira com uma cobertura maior é ele mesmo que terá que contratar esse seguro internacional com essa cobertura maior e fazer tal pagamento. Esse INCOTERM só pode ser utilizado no transporte marítimo, fluvial ou lacustre.

3.7 CPT – Carriage Paid to (Transporte pago até)

O exportador terá que retirar a mercadoria de suas dependências, desembaraçar a mercadoria para exportação e disponibilizar essa mercadoria para o transportador internacional que levará a mercadoria até o país de destino, destino esse designado pelo importador. A responsabilidade do exportador só vai até a entrega da mercadoria ao transportador internacional, embora os custos inclusive do transporte internacional sejam até o país de destino. Porém, o exportador não tem que pagar o seguro internacional, quem paga é o importador caso tenha interesse.

Pode ser utilizado para qualquer modalidade de transporte, porém é muito utilizado no transporte rodoviário em países próximos.

3.8 CIP – Carriage and Insurance Paid to (Transporte e seguro pagos até)

Além de pagar o transporte internacional da mercadoria o exportador também pagará o seguro. Após a entrega da mercadoria ao transportador internacional cessa a responsabilidade do exportador, porém o custo com transporte e seguro vai até o país de destino (como é com o “CPT – Carriage Paid to”).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3.9 DAT – Delivered At Terminal (Entregue no Terminal)

Esse INCOTERM substituiu o antigo DEQ no qual estabelece que o exportador terá que retirar a mercadoria de suas dependências, fazer o desembaraço para exportação e fazer o pagamento do seguro e do frete internacional até o porto de destino, sua responsabilidade e os custos cessará no momento em que a mercadoria estiver no terminal designado. O exportador somente faz o desembaraço de exportação no seu país de origem já o importador fará o desembaraço de importação no país de destino.

3.10 DAP – Delivered At Place (Entregue no Local)

Esse INCOTERM substituiu os antigos DAF, DES e DDU e estabelece que o exportador terá que levar a mercadoria até um local combinado com o importador para ser desembarcada no veículo transportador, além disso, o exportador tem que fazer o desembaraço para exportação dessa mercadoria e assume todos os riscos até a entrega da mercadoria. Esse INCOTERM pode ser utilizado para qualquer modalidade de transporte.

> [...]"Daí a importância de se definir, com clareza, o local exato da transferência de responsabilidade entre vendedor e comprador, pois a nova cláusula é abrangente e alcança, em tese, qualquer ponto do território do país do importador, desde que antes do desembaraço aduaneiro". (CAPARROZ, 2017)

3.11 DDP – Delivered Duty Paid (Entregue direitos pagos)

O exportador terá que retirar a mercadoria de suas dependências, fazer o pagamento do seguro e do frete internacional até o país de destino e fazer o desembaraço para exportação e também de importação, ou seja, terá que liberar a mercadoria na alfândega do país do importador,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

significando assim o máximo de responsabilidades para o exportador. As responsabilidades e custos do exportador cessarão quando este disponibilizar a mercadoria no local combinado com o importador.

Esse INCOTERM não é permitido na importação brasileira, pois entende-se que o exportador não tem condições legais de fazer o desembaraço aduaneiro na alfândega brasileira, a não ser que esse "se enquadre na condição de contribuinte ou responsável tributário, com registro no SISCOMEX" (CAPARROZ, 2017).

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que, tendo em vista a evolução das relações comerciais internacionais ao longo dos anos, surgiu assim, uma necessidade de implementação de normas para uma negociação clara e padronizada. Após a concepção de que o comércio internacional crescia e as dúvidas quanto ao consenso do valor de um bem e se a troca seria justa eram um obstáculo, necessitava-se de uma maior organização de alcance amplo, sendo criada para isso a Câmara Internacional do Comércio – CCI na qual aperfeiçoou o comércio internacional com o advindo dos INCOTERMS.

Os INCOTERMS desempenharam um papel importante de suprir essas necessidades geradas com a expansão do comércio internacional, e é de extrema importância para afastar erros caros e custos não planejados, devido a alguma interpretação errada, que antes era comum em uma negociação comercial, e hoje torna claro todas as ações de ambos os presentes na negociação internacional e seu papel desempenhado em cada situação.

Tendo em vista que o regramento dos INCOTERMS já foi modificado diversas vezes em razão do comércio internacional em geral se tornar cada vez mais elaborado, com o passar do tempo, é necessária sua alteração regular para que esse possa condizer com as necessidades comerciais internacionais.

Pode-se dizer que, os INCOTERMS são reconhecidos mundialmente no que concerne a contratos nacionais e internacionais para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a compra e venda de mercadorias, contribuindo assim para o esclarecimento de toda a relação comercial entre exportador e importador evitando-se assim mal-entendidos e altos custos equivocados tornando todo o processo transparente e de responsabilidades definidas de fácil entendimento tanto para o exportador como para o importador.

Referências

A participação de sócios estrangeiros nas Sociedades Limitadas. Disponível em: www.beatrizfogliano.jusbrasil.com.br> Acesso em: 15 out. 2017.

CAPARROZ, Roberto, Comércio Internacional e Legislação Aduaneira Esquematizado. 4 ed. Saraiva, 2017. Disponível em: Acesso em: 20 out. 2017.

INCOTERMS- QUAIS SÃO E O QUE SIGNIFICAM. Carla Carolina de Almeida. **Youtube**. 17 out. 2016. 3min.54s. Disponível em: Acesso em: 10 out. 2017.

LUZ, Rodrigo, Comércio Internacional e Legislação Aduaneira. Elsevier, 2006. p. 415.

PITELLA, FLAVIA AZEVEDO. Negociações Internacionais. Dissertação (Pós-graduação em Gestão de Projetos) – Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2017.

Um Breve Histórico do Comércio Internacional. Disponível em: Acesso em: 20 out. 2017.

VAZQUEZ, José Lopes. Comércio Exterior Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 30, 38.

Www.receita.fazenda.gov.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IBGE: CRESCE A MISÉRIA E A FOME NO BRASIL

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO:O presente artigo tem como objetivo a discussão do Relatório do IBGE que contém a Síntese de indicadores sociais (SIS) divulgado em 15 de dezembro de 2017, a SIS analisa o mercado de trabalho, a distribuição de renda e a mobilidade ocupacional e educacional no país. No Brasil, a linha de US$ 5,5 por dia correspondia a uma renda domiciliar *per capita* de R$ 387 por mês, o que colocava 25,4% da população brasileira na situação de pobreza em 2016. A maior incidência segundo a linha de 5,5 dólares por dia foi no Nordeste (43,5%) e no Norte (43,1%) e a menor no Sul (12,3%). Do total de pobres, 72,9% eram pretos ou pardos. Síntese dos indicadores sociais comprova o crescimento da miséria, fome e desigualdades no Brasil.

Palavras-chave: IBGE; Brasil; Miséria; Fome; Desemprego; Desigualdade.

ABSTRACT:The purpose of this article is to discuss the IBGE Report containing the Synthesis of Social Indicators (SIS) released on December 15, 2017, SIS analyzes the labor market, income distribution and occupational and educational mobility in the country . In Brazil, the line of US $ 5.5 per day corresponded to a per capita household income of R $ 387 per month, which put 25.4% of the Brazilian population in the situation of poverty in 2016. The highest incidence according to the line of 5.5 dollars a day was in the Northeast (43.5%) and in the North (43.1%) and the lowest in the South (12.3%). Of the total poor, 72.9% were black or brown. Synthesis of social indicators confirms the growth of poverty, hunger and inequalities in Brazil.

Keywords: IBGE, Brazil, Misery, Hunger, Unemployment, Inequality.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión del Informe del IBGE que contiene la Síntesis de indicadores sociales (SIS) divulgado el 15 de diciembre de 2017, SIS analiza el mercado de trabajo, la distribución del ingreso y la movilidad ocupacional y educativa en el país .

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

En Brasil, la línea de US $ 5,5 por día correspondía a una renta domiciliar per cápita de R $ 387 por mes, lo que colocaba el 25,4% de la población brasileña en la situación de pobreza en 2016. La mayor incidencia según la línea de 5,5 dólares al día fue en el Nordeste (43,5%) y en el Norte (43,1%) y la menor en el Sur (12,3%). Del total de pobres, el 72,9% eran negros o pardos. Síntesis de los indicadores sociales demuestra el crecimiento de la miseria, hambre y desigualdades en Brasil.

Palabras clave: IBGE, Brasil, Miseria, Hambre, Desempleo, Desigualdad.

1 INTRODUÇÃO

Dados do Relatório do IBGE que contém a Síntese de indicadores sociais (SIS) divulgado em 15 de dezembro de 2017, a SIS analisa o mercado de trabalho, a distribuição de renda e a mobilidade ocupacional e educacional no país.

A SIS é uma importante fonte de informações para a análise das condições de vida da população brasileira e reflete, em sua estrutura temática e abordagem conceitual, a trajetória dos mais de quarenta anos do IBGE na produção e análise dos Indicadores Sociais.

Na última década, o mercado de trabalho brasileiro presenciou transformações significativas, alternando um período de dinamismo, com efeitos positivos sobre as condições de vida da população, com uma fase de estagnação e crise, marcada pelo aumento da desocupação e deterioração das condições do mercado de trabalho. Nos anos seguintes à crise econômica internacional de 2008 e até 2014, as políticas públicas voltadas para a expansão da demanda contribuíram para o aquecimento do mercado de trabalho brasileiro, com crescimento do emprego e da renda do trabalho. Entretanto, em 2015 e 2016, observou-se forte reversão do ciclo econômico com queda do PIB, do consumo das famílias e do emprego, sobretudo o formalizado. O período de ascensão, estagnação e queda da economia brasileira pode ser bem retratado com os resultados anuais das taxas de crescimento em volume do PIB per capita e do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

consumo das famílias – componente mais importante pela ótica da demanda – nos últimos dez anos.

No biênio 2015-2016, no entanto, fatores econômicos – como o aumento do endividamento e a redução dos investimentos, associados à crise política, que gera incertezas e inibe as decisões de gastos dos agentes econômicos, trouxeram significativos impactos negativos tanto para o produto quanto para o consumo. No acumulado em dois anos, o PIB per capita e o consumo das famílias decresceram 8,4% e 7,4%, respectivamente, sendo estas as maiores quedas de ambos indicadores na série histórica do SCN do Brasil. As principais quedas no consumo das famílias ocorreram em produtos como Automóveis, Comércio e reparação de veículos, e eletrodomésticos, o que denota também o esgotamento das políticas de estímulo à demanda colocadas em prática nos anos anteriores.

2 DESENVOLVIMENTO

A manutenção do crescimento do consumo contribui para explicar a permanência do aquecimento do mercado de trabalho até 2014, mesmo com o PIB em desaceleração, a forte queda de ambos indicadores nos dois últimos anos explica a deterioração de seus indicadores no mesmo período. Os resultados evidenciam que, até 2014, o mercado de trabalho brasileiro apresentou incremento da ocupação, sobretudo do emprego formal; redução da desocupação, que atingiu sua menor taxa; e aumento da renda do trabalho. Nos dois anos finais, tais indicadores sofreram reversão.

Em relação à população ocupada que contribui para previdência social o movimento foi também crescente até 2014, com a inclusão de quase 4 milhões trabalhadores nesta condição. Em 2015 ocorreu estabilização, em relação ao ano anterior, em torno de 56,5 milhões de contribuintes e, no ano seguinte, decréscimo para 55,5 milhões. O principal grupo de trabalhadores formais, formado pelos empregados com carteira de trabalho assinada mais os servidores públicos e militares, sofreu a maior redução no ano final e determinou o comportamento geral da formalização. Já os trabalhadores por conta própria e os empregadores que contribuem para a previdência social registraram ascensão, minorando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

a redução das ocupações formais no período. Em termos percentuais, os trabalhadores formais representaram 61,2% em 2016, enquanto os informais atingiram 38,8%.

Cabe ressaltar que esta nova configuração de trabalhadores que contribuem para a previdência social, com menos empregados com carteira de trabalho assinada e mais trabalhadores por conta própria e empregadores implica que a população ocupada está menos protegida. Além dos direitos previdenciários (aposentadoria e licenças médicas, à maternidade ou por acidentes de trabalho), os empregados com carteira possuem outros direitos, como férias e décimo terceiro salário, que não são facultados aos demais trabalhadores que contribuem para a previdência social. Da mesma forma, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS também é recolhido apenas para os empregados com carteira de trabalho assinada.

A população ocupada cresceu 2,3% nos cinco anos analisados, sendo um incremento inicial de 3,3%, até 2014, e recuo de 1,0% nos dois anos finais. Entre os subgrupos de atividades cabe destacar que Agropecuária, Indústria, Construção e Administração pública foram as quatro atividades que apresentaram quedas na população ocupada entre 2012 e 2016. Entretanto, enquanto na Agropecuária a queda se deu continuamente até alcançar a redução de 1,1 milhão de pessoas em 2016, na Indústria e na Construção houve elevação no período até 2014 (3,5% em ambas), seguida de queda nos dois anos finais (4,1% na Construção e 13,2% na Indústria). Exceto na atividade de Administração pública, em que a redução da população ocupada foi bastante expressiva (11,7%), nas outras atividades do grande grupo Serviços houve elevação da população ocupada ao final do período. Merece destaque a evolução do pessoal ocupado no subgrupo Serviços domésticos, que ao contrário dos demais, apresentou redução no período inicial da série (2,6% até 2014) e elevação (4,2% de 2014 a 2016) no período mais agudo da crise econômica.

Considerando os três grandes grupos de atividade econômica em três anos selecionados nota-se que, proporcionalmente, a absorção de pessoal ocupado reduziu-se continuamente na Agropecuária que finalizou o período com 9,9% de participação. No grande grupo da Indústria, que inclui

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

a atividade de Construção, a redução ocorreu no biênio final (20,8% da população ocupada total) e no grupo de Serviços, que compreende as demais atividades, o crescimento foi contínuo, chegando próximo a 70,0% de participação na população ocupada total, em 2016.

Tanto a redução de pessoal na Indústria, como o incremento da mão de obra nos Serviços, pode ser explicada como reflexo da crise econômica que se aprofundou nos últimos dois anos. O aumento de empregos nos Serviços, em termos relativos e absolutos, está associado à natureza de parte de seus postos de trabalho, em que prevalecem menor formalização, jornadas mais flexíveis e menor sindicalização. De fato, segmentos intensivos em mão de obra dos Serviços, tais como Comércio, Serviços pessoais, Serviços domésticos, Alojamento e alimentação e Educação, saúde e serviços sociais registraram elevação no pessoal ocupado em 2016.

A análise da taxa de sindicalização reforça o comportamento acima descrito. Definida como a proporção de trabalhadores filiados a sindicatos dentre os empregados formais, este indicador informa sobre a condição da relação entre capital e trabalho na sociedade, uma vez que permite inferir sobre a capacidade de articulação e de organização do trabalhador formal diante das transformações no mundo do trabalho. A fonte utilizada para obter tais informações é a RAIS do Ministério do Trabalho e Emprego.

Na análise do período disponível pela base de dados, entre 2012 e 2015, observa-se que as atividades da Indústria apresentaram taxa de sindicalização mais elevada, com filiação de 13,2% de seus empregados formais, em 2015. Entretanto, como proporção na participação do total de trabalhadores sindicalizados, este grupo de atividades apresenta uma queda de 12,0% entre os anos de 2012 e 2015, acompanhando a queda no total de vínculos deste grupo que foi de 11,0% no mesmo período. Ao longo do período, não se observou alteração relevante no percentual de sindicalização dos trabalhadores formais, mesmo em um contexto recessivo.

Um dos indicadores de oportunidades de emprego corresponde à taxa de desocupação dos jovens. Uma vez que a inserção na força de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

trabalho, tanto na ocupação quanto na desocupação, se apresentou diferenciada por grupos de idade, observou-se que, em 2016, do total de pessoas desocupadas, mais da metade (54,9%) eram jovens de 16 a 29 anos de idade. Este comportamento refletiu uma taxa de desocupação de jovens mais elevada que a dos demais grupos etários, que passou de 13,0% para 21,1% entre 2012 e 2016. Dentre as Unidades da Federação, o Amapá apresentou a maior taxa de desocupação para jovens de 16 a 29 anos de idade, que foi de 29,2% em 2016. Com exceção dos estados do Piauí (18,2%), Sergipe (19,3%), Maranhão (20,9%) e Minas Gerais (19,3%) as demais UFs das Regiões Nordeste e Sudeste apresentaram taxas de desocupação de jovens acima do valor nacional. Nos estados das Regiões Sul e Centro Oeste – com exceção do Distrito Federal – as taxas de desocupação entre os jovens ficaram abaixo da média nacional.

Outro indicador sobre oportunidades de empregos é o nível de ocupação, que diminuiu de 59,1%, em 2012, para 52,6%, em 2016, entre os jovens. Pode-se notar que, no biênio 2015-16, o contexto econômico desfavorável impactou mais o nível de ocupação no grupo dos jovens, uma vez que nos demais grupos etários este indicador se manteve estável ou apresentou ligeira queda. Além disso, em 2016, o nível de ocupação dos jovens foi somente superior ao do grupo de 60 anos ou mais de idade. Outro destaque é que, apesar do diferencial neste indicador por sexo ser verificado em todos grupos etários, esta desigualdade foi menor no grupo dos jovens: enquanto o nível de ocupação para mulheres jovens foi 44,8%, para homens jovens foi 60,5%, em 2016, correspondendo a uma diferença de 15,7 pontos percentuais. Para o conjunto das pessoas em idade ativa a diferença no nível de ocupação entre homens e mulheres foi de 21,0 pontos percentuais, no mesmo ano (46,7% para mulheres e 67,8% para homens).

A transição da escola para o mercado de trabalho é uma importante marca do ciclo de vida definido como juventude. O insucesso nessa transição pode dificultar que os jovens atinjam outros marcos tradicionais da fase adulta, influenciando seu grau de satisfação com a vida, confiança em outras pessoas e até interesse na política. No longo prazo, uma juventude sentindo-se desmotivada e desprotegida pode impactar os níveis

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

de saúde, fecundidade e criminalidade em uma sociedade e, enfim, a coesão social. A maior vulnerabilidade dos jovens no mercado de trabalho, em especial em períodos de crise econômica, já foi identificada em relatórios da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e da OIT. De fato, entre 2014 e 2016, aumentou a diferença entre a taxa de desocupação dos jovens e a dos outros grupos etários e da população em geral.

Entre 2012 e 2014, o percentual de jovens que não estudavam nem estavam ocupados no Brasil manteve-se estável. No entanto, entre 2014 e 2016, esse percentual aumentou de 22,7% para 25,8%. Com relação a esse mesmo período, verifica-se que aumentou o percentual de jovens que só estudavam, mas diminuiu o de jovens que estudavam e estavam ocupados e também o de jovens que só estavam ocupados. É possível, então, concluir que a ampliação do grupo dos jovens que não estudavam nem estavam ocupados entre 2014 e 2016 resultou principalmente da saída de jovens de ocupações no mercado de trabalho.

Todas as Grandes Regiões do País experimentaram acréscimo no percentual dos jovens que não estudavam nem estavam ocupados entre 2014 e 2016, mas apenas no Nordeste o aumento foi maior do que o observado nacionalmente. Como se destaca da Tabela 1.18, no Norte o percentual de jovens nessa situação passou de 25,3% para 28,0%, no Nordeste, de 27,7% para 32,2%, no Sudeste, de 20,8% para 24,0%, no Sul, de 17,0% para 18,7% e no Centro-Oeste, de 19,8% para 22,2%. No Nordeste, os maiores aumentos foram observados nos estados da Bahia, Piauí, Pernambuco e Sergipe. Em todo o País, o Amapá foi a única Unidade da Federação em que se observou um decréscimo no percentual de jovens que não estudavam nem estavam ocupados entre 2014 e 2016.

O Brasil é um país de alta desigualdade de renda, inclusive quando comparado a outros países da América Latina, região do planeta onde a desigualdade é mais pronunciada. Esses altos níveis são preocupantes por si só, numa perspectiva de equidade, mas também podem trazer ineficiência econômica. Em comparações internacionais, altos níveis de desigualdade estão relacionados a comportamentos não cooperativos, à criminalidade e baixo crescimento econômico no médio e longo prazo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É possível produzir vários indicadores para abordar a desigualdade de renda. Entre eles, constam as razões de rendimento que, com as pesquisas domiciliares, mostram a desigualdade sobretudo quanto ao acesso a rendimentos do trabalho, aposentadorias e pensões, captando ainda rendimentos de programas sociais na base da distribuição.

No Brasil, há diversas linhas (chamadas administrativas) utilizadas pelas políticas, tais como linhas do Programa Brasil sem Miséria - PBSM – R$ 85,00 (pobreza extrema) e R$ 170,00 (pobreza) em seus valores de 2016 – e a linha do Benefício de Prestação Continuada - BPC – definida como o rendimento domiciliar per capita abaixo de ¼ de salário mínimo. Essas linhas podem ser definidas por lei (como o BPC na Lei n. 8.742, de 07.12.1993, atendendo ao princípio constitucional de as pessoas viverem e envelhecerem com dignidade) ou por decisões administrativas.

Os dados de mobilidade educacional evidenciam o impacto do processo de expansão educacional na medida em que o nível de instrução dos filhos é consideravelmente superior ao dos pais, totalizando uma mobilidade ascendente de 68,9%. Conforme esperado, constatou-se a existência de desigualdades educacionais em função do nível de instrução dos pais, especialmente no acesso a níveis educacionais mais elevados. Há uma barreira intergeracional mais intensa para se alcançar o ensino superior entre as pessoas da cor ou raça preta ou parda em relação às brancas e entre os homens em comparação às mulheres.

Embora o Brasil não tenha uma “linha de pobreza” oficial, a SIS fez um estudo a partir de diversas abordagens desse tema. Considerando-se a linha proposta pelo Banco Mundial, por exemplo, um quarto da população brasileira vive com renda de até 5,5 dólares por dia (R$387 por mês), incluindo 42,4% das crianças e adolescentes de até 14 anos do país.

Na análise do saneamento, a pesquisa constatou que, no Piauí e no Acre, mais de 10% da população vivem em domicílios sem banheiros e que 37,9% dos domicílios do país não tinham acesso aos três serviços de saneamento básico (coleta de lixo, água tratada e acesso à rede de esgoto).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Em relação à mobilidade educacional, a SIS constatou que apenas 4,6% dos filhos de pais sem instrução conseguiram concluir o ensino superior. Na análise da mobilidade ocupacional, o percentual de brancos com mobilidade ascendente é maior do que o de pretos ou pardos, enquanto o das mulheres é maior do que o dos homens.

Entre os trabalhadores, o percentual de mulheres com ensino superior completo ou mais (23,8%) era maior que o dos homens (14,4%). Já a proporção de homens ocupados sem instrução e ensino fundamental incompleto (33,2%) era maior que a das mulheres (21,8%).

No entanto, este diferencial de escolaridade apresentado pelas mulheres não se traduz em uma maior participação das mulheres na população ocupada. Em 2016, 56,9% dos ocupados eram homens, percentual muito similar ao de 2012, cujo percentual ficou em 57,6%.

De 2012 para 2016, a taxa de desocupação cresceu para todos os níveis de instrução, chegando a (15,7%) entre os que tinham ensino fundamental completo ou ensino médio incompleto. Em 2016, o nível de ocupação foi maior entre os que tinham nível superior completo (78,2%) e menor entre os que tinham até o fundamental incompleto (43,9%).

A proporção de trabalhadores sem instrução ou com ensino fundamental incompleto caiu em todas as atividades. Havia mais trabalhadores com baixa instrução na Agropecuária (69,6%), Construção (50,5%) e Serviços domésticos (53,6%). Já os trabalhadores com nível superior completo superaram os demais em Educação, saúde e serviços sociais (52,7%).

Os jovens (16 a 29 anos) tiveram a maior queda na ocupação de 2012 para 2016 (-6,5 p.p.). O nível de ocupação desse grupo etário diminuiu de 59,1% (2012) para 52,6% (2016). O nível de ocupação para mulheres jovens foi de 44,8%, e o dos homens foi de 60,5%.

A taxa de desocupação dos jovens ficou em 18,9% para homens e em 24,0% para mulheres. Dos desocupados, 54,9% tinham de 16 a 29 anos, refletindo em uma taxa de desocupação (21,1%) mais alta para este grupo que para os demais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Amapá (29,2%) teve a maior taxa de desocupação nesta faixa etária em 2016. Com exceção do Piauí (18,2%), Sergipe (19,3%), Maranhão (20,9%) e Minas Gerais (19,3%), os estados do Nordeste e do Sudeste tiveram taxas acima da média nacional (21,1%).

A taxa composta da subutilização da força de trabalho também foi mais alta para os jovens, passando de 25,5% (2012) para 32,8% (2016). A desocupação foi o principal componente da taxa, correspondendo a 47,0% dela em 2012 e a 58,8% em 2016.

Em 2016, entre os trabalhadores jovens, a formalidade passou de 58,7% (2012) para 58,4% (2016). Em Santa Catarina, 77,1% dos jovens ocupados tinham trabalhos formais, enquanto no Maranhão a formalidade chegava a apenas 30,1% dos jovens trabalhadores.

O percentual de jovens sem carteira assinada foi mais alto (22,1%) do que nos outros grupos etários. Entre jovens ocupados, 62,0% contribuíam para a previdência social. A maior parte dos jovens contribuintes eram empregados com carteira assinada (49,5%). Os jovens estavam inseridos principalmente em comércio e reparação (33,9%) e na indústria (28,7%).

Houve redução nas jornadas de trabalho excessivas (mais de 49h semanais) entre os jovens ocupados, de 12,4% (2012) para 8,2% (2016). Em 2016, 50,7% desse grupo trabalhava de 40 a 44 horas semanais e 29,8% trabalhavam até 39 horas.

Houve queda de 1,5% no rendimento médio real para jovens, que passou a ser de R$ 1.321. O grupo foi o único a ter rendimento menor que a média nacional (R$ 2.021).

Os jovens têm metade da adesão aos sindicatos que os mais velhos. A taxa de sindicalização dos trabalhadores formais foi de 5,9% em 2015 para jovens, enquanto entre os de 50 a 59 anos foi de 13,4%.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil não tem uma linha oficial de pobreza; há diversas linhas que atendem a vários objetivos. Chega-se a 4,2% da população segundo o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

recorte de pobreza extrema do Bolsa Família (R$ 85 mensais), 6,5% no recorte de pobreza extrema global do Banco Mundial (U$1,9 por dia, equivalente a R$134 mensais) e 12,1% com um quarto de salário mínimo per capita. Recortes de pobreza mais altos incluem a população com até meio salário mínimo per capita (29,9%) e a linha do Banco Mundial que leva em conta o nível de desenvolvimento brasileiro (e da América Latina) de US$5,5 dólares por dia.

No Brasil, a linha de US$ 5,5 por dia (interessante para avaliar as condições de vida da população brasileira no espaço e entre grupos) correspondia a uma renda domiciliar per capita de R$ 387 por mês, o que colocava 25,4% da população brasileira na situação de pobreza em 2016. A maior incidência segundo a linha de 5,5 dólares por dia foi no Nordeste (43,5%) e no Norte (43,1%) e a menor no Sul (12,3%). Do total de pobres, 72,9% eram pretos ou pardos.

Por faixa etária, 17,8 milhões de crianças e adolescentes de 0 a 14 anos, o que corresponde a 42,4% desse grupo etário tinham renda de até 5,5 dólares por dia. Também há alta incidência para homens e mulheres pretos ou pardos (respectivamente 33,3% e 34,3%) em relação a homens e mulheres brancos (respectivamente 15,3% e 15,2%). Entre os moradores de arranjos formados por mulheres pretas ou pardas sem cônjuge com filho(s) até 14 anos, 64,0% estavam em situação de pobreza segundo esse recorte.

Do total da população, 37,9% não tinham acesso simultâneo aos três serviços de saneamento básico em 2016 – abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial e coleta direta ou indireta de lixo.

A falta de acesso a saneamento concernia mais homens e mulheres de cor ou raça preta ou parda (respectivamente 46,9% e 45,0%) do que para homens e mulheres de cor ou raça branca (respectivamente 29,2% e 27,2%).

Entre a população abaixo da linha de 5,5 dólares por dia, o percentual dos que viviam sem pelo menos um dos três serviços de saneamento básico era ainda maior (59,6%) do que para o total da população (37,9%).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

DIREITOS DE PERSONALIDADE: ANÁLISE DO DIREITO À VIDA E À EXISTÊNCIA À LUZ DE DUAS QUESTÕES POLÊMICAS COMO O ABORTO E A EUTANÁSIA.

JOÃO HÉLIO REALE DA CRUZ: Mestre em Direito - UNESA-FG (Minter). Especialista em Direito Processual Civil pela UESC. Professor da UNEB e FG, Analista Judiciário - TRE.

RESUMO:O direito de personalidade abarca discussões que dizem respeito ao direito à vida e à existência, abordando temas relacionados à evolução da ciência no contexto de pesquisas envolvendo a reprodução humana e o fim da vida. Os debates ganham uma maior dimensão quando se fala de aborto e eutanásia, pois além dos reflexos no campo jurídico, encontram interesse da religião e da moral. O objetivo do trabalho é demonstrar que os direitos à vida e à existência passam pela discussão sobre a autonomia individual da pessoa e também da proteção da vida enquanto um direito fundamental. A pesquisa bibliográfica foi realizada, utilizando-se das abordagens temáticas na doutrina nacional e estrangeira, bem como em disposições legislativas, visando a uma compreensão do tema a partir de diversas concepções.

Palavras-chaves: Autonomia. Pessoa. Estado.

RIGHTS OF PERSONALITY: analysis of the right to life and existence in the light of two controversial issues such as abortion and euthanasia.

ABSTRACT: The right personality embraces discussions concerning the right to life and existence, addressing issues related to the evolution of science in the context of research involving human reproduction and the end of life. Discussions gain a larger when talking about abortion and euthanasia, because besides the reflections in the legal field, finds interest of religion and morality. The objective is to demonstrate that the rights to life and existence are the discussion of the individual autonomy of the person and also the protection of life as a fundamental right. A literature search was performed, using the thematic approaches in national and foreign doctrine as well as laws, aimed at an understanding of the topic from different concepts.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Keywords: Autonomy. Person. State.

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Direitos da personalidade - 2.1 O reconhecimento da personalidade - 2.2 Os direitos que decorrem da personalidade - 3 Direito à vida e à existência - 3.1 O direito à vida e o aborto - 3.2 A eutanásia e o direito à morte digna - 4 Considerações finais - Referências bibliográficas.

---

1 Introdução

A dignidade humana acompanha o indivíduo nos diversos estágios da vida, pois lhe é inerente, sendo que sobre o ideal de dignidade se constrói um estatuto jurídico da pessoa e nesse ambiente instalam-se discussões que revelam a complexidade da existência humana.

O direito de personalidade tem ocupado espaço na atualidade no centro de questões polêmicas envolvendo o tema do próprio direito à vida e à existência, no contexto de discussões éticas que se põem diante da evolução da ciência no que diz respeito a pesquisas envolvendo a reprodução humana e o fim da vida.

Em relação ao início da personalidade humana trazem-se à colação os argumentos que consideram a concepção o marco inicial da personalidade jurídica e outros que reconhecem que os direitos do nascituro estariam sob condição suspensiva, e ainda os que entendem o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade jurídica.

As discussões não se estancam no direito civil, mas o tema tem reflexos em outras áreas do direito, como no direito penal, quando o Estado criminaliza condutas que considera atentatórias ao direito à vida.

Os debates também ocorrem no campo da religião e da moral, quando as questões atinentes à vida e à morte encontram arrimo em estatutos que não integram o ordenamento jurídico.

O aborto e a eutanásia surgem como principais elementos da discussão, considerando que abordam diretamente o tema do direito à

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

vida, com repercussão na seara jurídica, possibilitando análises a partir da legislação, doutrina e jurisprudência.

O objetivo do trabalho é demonstrar que os direitos à vida e à existência passam pela discussão sobre a autonomia individual da pessoa e também da proteção da vida, bem como sobre a garantia de qualidade de vida.

Dada a natureza do trabalho, a pesquisa bibliográfica apresenta-se como tipologia metodológica adequada, utilizando-se das abordagens temáticas na doutrina nacional e estrangeira, bem como disposições legislativas.

2 Direitos da personalidade

2.1 O reconhecimento da personalidade

A personalidade é concebida como um atributo da pessoa humana, a construção de um conceito de personalidade no campo do direito, levou em consideração a atribuição de direitos ao sujeito e a determinação da capacidade. O direito interessa-se em determinar quando inicia e extingue a personalidade, tendo em vista os reflexos que tem na esfera jurídica.

Os direitos de personalidade seriam inicialmente decorrentes da personalidade jurídica e ao direito caberia dizer a partir de quando, até quando e quem tem esta personalidade.

Hogemann (2008) demonstra que atualmente os direitos de personalidade não estão necessariamente vinculados à noção de personalidade jurídica. Pois estes estão ligados à dignidade humana.

Os direitos da personalidade permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se observar que o art. 5.º, *caput*, da Constituição do Brasil, trata de direitos individuais dentre os quais sobressaem o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (SZANIAWSKI, 2005, p. 144).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Para Hogemann (2008, p. 93), os direitos atribuídos à pessoa humana decorrem da dignidade, conforme se pode inferir do trecho abaixo:

> O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e o desenvolvimento da personalidade, bem como os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana.

A dignidade humana seria o fator atrativo dos direitos de personalidade, o fato de ser humano já seria suficiente para a titularidade destes direitos.

Sendo essa questão assim definida, as discussões sobre a assunção de direitos e o reconhecimento da personalidade jurídica receberiam um tratamento diferente no campo legislativo.

As legislações de diversos países têm reconhecido o início da personalidade jurídica em momentos diferentes, isso com base em desenvolvimento teórico a respeito.

Tartuce (2011) sistematiza bem acerca das discussões sobre o início da personalidade jurídica, com enfoque no direito civil, abrangendo as teorias que tratam da situação jurídica do nascituro.

Em primeiro passo apontam-se três teorias que abordam o início da personalidade civil, a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionalista.

A teoria natalista defende o início da personalidade jurídica com o nascimento com vida, a partir daí nasceria para o indivíduo os direitos de personalidade, ou seja, passaria a ser sujeito de direitos.

Entende Pereira (2001, p. 79) que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.

Sendo um dos defensores da teoria natalista Pereira (2001) não reconhece o nascituro como pessoa, nega-lhe a persoalidade jurídica. O que leva à compreensão de que há para o nascituro apenas expectativa de direitos.

Tartuce (2007, p. 160) dirige uma pertinente crítica à teoria natalista quando afirma que:

> Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

O próprio ordenamento jurídico atribui direitos ao nascituro, pelo que não se pode ignorar ser este sujeito de direitos.

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, admite que são atribuídos direitos ao nascituro, mas afirma que estes estão condicionados, ou seja, comportam uma condição suspensiva, seriam então direitos eventuais, confundindo-se na prática com a afirmação natalista de que o nascituro teria mera expectativa de direitos (TARTUCE, 2011).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Admitir-se direitos de personalidade ao nascituro é reconhecer que desde a vida intrauterina o não nascido é uma pessoa humana e também possui dignidade. Sob esse aspecto se desenvolve a teoria concepcionista, que aponta o nascituro como titular de direitos.

Nesse campo, em análise ao art. 4.º do Código Civil brasileiro de 1916, Diniz (1998) já afirmava que a legislação atribuía direitos ao nascituro, dotando-lhe de personalidade jurídica. A referida autora defendia que quanto aos direitos personalíssimos o nascituro possuía personalidade jurídica formal, adquirindo a personalidade jurídica material, caso nascesse com vida, alcançando assim os direitos patrimoniais que se encontravam em estado potencial.

O Código Civil brasileiro de 2002 manteve em seu art. 2.º uma redação semelhante ao que estava disposto no art. 4.º do antigo código, não afastando as discussões quanto à condição do nascituro.

No direito brasileiro são várias as referências à proteção do nascituro e a atribuição de direitos, o que têm reforçado a defesa da teoria concepcionista, como exemplos podem-se mencionar a Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos alimentos gravídicos e a Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 que tutela a integridade física do embrião.

Sousa (1995) em análise do direito civil português demonstra que há vida humana no nascituro, asseverando que “[...] desde a concepção, emerge um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe.” (SOUSA, 1995, p. 157/158)

Admite o autor português a tutela da vida do nascituro concebido e reconhece que os ataques ao seu direito à vida são ilícitos, portanto indenizáveis, quando extrapolam às exceções legais.

A tutela pré-natal da personalidade também é defendida por Vasconcelos (2006), quando afirma que os nascituros concebidos são seres humanos que estão em uma fase particular da vida.

Proteção do nascituro é admitida desde a concepção e não no momento da nidação. Nessa direção, Vasconcelos (2006, p. 106) ainda afirma que “O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe.”

Não é o direito quem faz nascer a pessoa humana, a qualidade de humano ao indivíduo impõe seu reconhecimento pelo direito (VASCONCELOS, 2006).

Isso permite concluir que ao direito resta reconhecer a personalidade do não nascido decorrente da sua própria condição de ser humano.

2.2 Os direitos que decorrem da personalidade

Uma vez reconhecida a personalidade jurídica ao ser humano e compreendendo-se humano desde à concepção até a morte, cabe verificar quais os direitos que decorrem dessa condição.

Para Borges (2007) os direitos de personalidade se relacionam à autonomia jurídica individual, comportando diversas espécies, compreendendo o direito à imagem, à privacidade, direito ao próprio corpo, direito ao nome, direito à morte digna.

Nesta classificação há diversos desdobramentos em direitos que estão relacionados aos temas abordados pela autora.

França (1975) estrutura uma classificação na qual os direitos de personalidade abrangem integridade física, integridade intelectual e integridade moral. No campo da integridade física, os direitos relacionados à vida, alimentos e corpo; em relação à integridade intelectual abrange-se a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística e literária; no campo da integridade moral lista-se um rol de direitos relacionados à liberdade civil, política e religiosa, honra, honorificência, recato, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem e a identidade pessoal, familiar e social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Considerando as classificações apresentadas, o direito à vida e o direito à existência estão relacionados ao direito ao próprio corpo, direito à morte digna (BORGES, 2007) e à integridade física (FRANÇA, 1975).

No amplo espectro dos direitos de personalidade volta-se a atenção aos direitos à vida e à existência, considerando a proteção da personalidade e o ciclo vital do ser humano.

O direito à vida está posto como um direito humano no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948. Um direito que decorre do fato de ser pessoa humana. Todo ser humano tem direito à vida, sendo este inegavelmente um dos principais direitos de personalidade de onde os demais direitos ganham sentido.

A maioria das constituições democráticas contém no seu rol de direitos fundamentais o direito à vida. Há um compromisso das sociedades humanas em garantir esse direito.

A Constituição do Brasil de 1988, o reconhece como direito fundamental no *caput* do art. 5.º, "[...] garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]". Ainda mais no art. 225, *caput*, ao tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o tem como essencial à sadia "qualidade de vida", o que revela uma importante preocupação do Constituinte em não só ter por inviolável o direito à vida, mas ter como alvo uma vida de qualidade.

O direito à vida não se esgota em manter-se a centelha vital, mas o ideal de vida digna está em seu conteúdo.

A proteção jurídica do direito à vida decorre da dignidade própria de cada ser humano, como bem alerta Hogemann (2006, p. 332): "A dignidade da pessoa humana é um princípio que engloba todas as demais normas jurídicas". A partir da ideia de dignidade é que se tem a proteção da vida, integridade física, psíquica, intelectual e moral do ser humano.

3 Direito à vida e à existência

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Dizer do direito à vida e à existência refere-se ao direito de viver e abrange também aspectos relacionados à própria extinção da vida, a morte.

França (1975) inclui o direito à vida na categoria de direitos de personalidade que dizem respeito à integridade física e aqui também inclui as questões relativas à concepção, aborto e eutanásia.

Na classificação feita por Borges (2007) trata-se do direito ao próprio corpo e aí se inclui a integridade física, sendo que a autora coloca em classificação diversa a discussão sobre a eutanásia, no contexto do direito à morte digna.

Na discussão dos extremos tem-se a vida uterina, seu início, sua proteção e considerações sobre a personalidade daquele que está por nascer, bem como a vida humana concebida fora do útero, nos tubos de ensaio, num laboratório.

No outro extremo a morte, a extinção da vida humana, quando se discute a possibilidade de que a morte possa ocorrer por decisão do próprio indivíduo ou de terceiro em circunstância de extremo sofrimento, a eutanásia, a boa morte.

3.1 O direito à vida e o aborto

O direito à vida é apreciado nas sociedades humanas, embora não se tenha por absoluto, mas figura-se como dos mais relevantes.

Religiões de matrizes judaicas e cristãs apregoam o direito à vida como uma dádiva de Deus e a sua expressa proteção estaria no mandamento insculpido no livro do Êxodo, capítulo 20, versículo 13: “Não matarás”. Embora em circunstâncias de práticas abomináveis a morte fosse também expressamente ordenada, há uma relativização da proteção da vida, quando se trata daqueles que desobedecem ao mandamento, a exemplo da vedação aos sacrifícios de crianças. A pena de morte era imposta a quem sacrificasse crianças, como consta do Livro de Levítico, capítulo 20, versículo 2, bem as práticas sexuais ilícitas eram punidas com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

a morte (Levítico, capítulo 18), da mesma forma a prática de feitiçaria (Levítico, capítulo 20, versículo 6).

A vida não era um direito absoluto na antiga sociedade hebraica, que tinha como legislação maior os textos que hoje estão nos cinco primeiros livros da Bíblia.

Os ensinamentos de Cristo é que põem o direito à vida como um direito pleno, uma vez que ao pregar o perdão e resignificar diversos ensinamentos da antiga aliança, o faz apontando para a prática do perdão, da tolerância e condizente com o tema do amor ao próximo e a Deus, conforme constam dos capítulos 5 ao 7 do Livro de Mateus.

O direito à vida no plano secular encontra proteção em diversos documentos, ressaltando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo III; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 4.º; o Pacto Internacional deDireitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1968; a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.

No Brasil, a Constituição de 1988, o traz no *caput* do art. 5.º. Além disso, no direito brasileiro a proteção da vida também ecoa no Código Penal no Título I, dos crimes contra a pessoa, mais precisamente no capítulo I, dos crimes contra a vida.

O código penal tipifica o homicídio (art.121), a instigação ao suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123), o aborto (arts. 124 a 126). Observa-se aí a tutela da vida humana.

No caso específico do aborto, o direito à vida daquele que está por nascer também alcança uma proteção do direito penal, entretanto permite-se o aborto sentimental e o aborto necessário, na primeira hipótese abrangendo os casos de estupro e no caso do aborto necessário, tem-se por objeto a proteção da vida da mãe, dois casos em que a lei deixa de proteger o direito à vida do nascituro, no caso do aborto necessário, o estado de necessidade o justifica, mas no caso do aborto sentimental a excludente não encontra tão forte justificativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Em análise da ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal, afastou a incidência penal em relação ao aborto de feto anencefálico, dada a impossibilidade de vida após o nascimento (SILVA NETO, 2013).

Com a decisão do Supremo Tribunal a interrupção da gestação de feto anencéfalo não encontra tipificação criminal, sendo inconstitucional a interpretação de que o caso se trate de aborto.

O aborto seria a interrupção da gestação cerceando o direito à vida daquele que estava por nascer.

Nesse contexto há discussões que envolvem a relação entre o direito à vida do nascituro e direitos fundamentais da gestante.

Mendes & Branco (2013, p. 262) afirmam que:

> [...] a ponderação do direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio entre eles, mediante compensações proporcionais. Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio entre interesses é impossível de ser obtido.

O direito da gestante de decidir sobre seu próprio corpo, em respeito à sua autonomia individual, sobre manter ou não manter uma gravidez, por razões estéticas, sentimentais ou de outra ordem, não pode aniquilar completamente o direito à vida de outra pessoa que está sendo gestada, afinal o feto não é uma mera extensão do corpo da mulher.

Nas questões que tocam ao aborto há uma frequente reação de entidades religiosas quando se discute sobre a descriminalização do aborto, bem como manifestações de defensores da descriminalização.

Quanto a quem professa uma religião de matriz judaica ou cristã, o aborto incidiria não em um crime, mas em um pecado, sendo que o religioso rege-se por um estatuto próprio, ou seja, nas religiões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

mencionadas observa-se a Torá ou a Bíblia. Independente do Estado criminalizar ou não a prática do aborto, cada membro da entidade religiosa deverá cuidar em não praticar, uma vez que seu estatuto religioso o proíbe.

No plano secular, manter o aborto como um crime ou descriminalizá-lo depende de questões relacionadas a compromissos assumidos pelo Estado. Se há um compromisso do Estado em proteger a vida, diversos serão os meios para tanto, garantir condições dignas de sobrevivência à população, incluindo saúde, educação, trabalho, moradia, dentre outros direitos que estão no plano da garantia de uma qualidade de vida.

Além disso, quando o bem jurídico se mostra muito valioso o direito penal surge para corroborar na sua proteção, assim ocorre com a criminalização de atos contra a vida, como o homicídio, infanticídio, auxílio ou instigação ao suicídio e o aborto, porque em qualquer desses casos o objeto de proteção é a vida humana.

Relativizar o direito à vida intrauterina simplesmente pelo fato de o embrião ou feto ainda não ter vislumbrado o mundo externo, considerando-o como parte do corpo da mãe, não difere muito de sob o argumento de garantir-se a autonomia individual, também permitir outros tipos de atentados à vida como o infanticídio, o abandono de incapaz ou o homicídio.

O aborto na concepção Szaniawski (2005, p. 149) “[...] consiste na interrupção voluntária da gestação seguida ou não de expulsão do concepturo antes de atingir a maturidade.” Revelando-se como “negação do direito à vida”.

Não se trata de proibição do aborto por mera influência religiosa, mas a vedação de atentados contra a vida fundamenta-se no compromisso do Estado de proteção do direito à vida. Mendes & Branco (2013, p. 260) demonstram que “[...] direito à vida obriga o legislador a adotar medidas eficientes para protegera vida em face de outros sujeitos privados. Essas medidas devem estar apoiadas por uma estrutura eficaz de implementação real das normas”.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ressaltam os autores que somente a proteção penal do direito à vida intrauterina não é suficiente para impedir a interrupção voluntária da gravidez, necessitando de outras medidas de apoio à gestante, envolvendo apoio financeiro, psicológico e social.

3.2 A eutanásia e o direito à morte digna

A sacralidade da vida entre os ocidentais decorre da influência Cristã e Hebraica, considerando que o corpo é habitação do Espírito Santo. Assim, a conservação da vida física ganha uma relevância maior, sobretudo quando o Cristianismo considera que o ser humano só tem oportunidade de redimir-se enquanto estiver no corpo, podendo aí arrepender-se e receber o perdão. Após a morte não restaria outra oportunidade de salvação (Hebreus, capítulo 9, versículo 27).

A partir dessa compreensão há uma resistência entre diversos segmentos cristãos em admitir que a vida seja extinta antecipadamente, o que repulsa a eutanásia.

Szaniawski (2005) noticia que entre os japoneses o suicídio é uma forma de purgar a honra, e os vikings tinha a morte em batalha como a senda direita ao Valhalla, revelando que outras sociedades têm uma visão diferente do fenômeno morte.

Ao tratar do poder de autonomia e a possibilidade da pessoa atuar no plano da realização de sua personalidade conforme a própria consciência, Borges (2007) trata do direito à morte digna.

Há uma discussão sobre as evoluções tecnológicas capazes de prolongar artificialmente a vida da pessoa. O que abre o debate sobre o direito do indivíduo não se submeter a tratamentos que prolonguem a sua vida, ou interromper certo tratamento.

Borges (2007, p. 233) aponta que: “A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade, e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida.”

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Nesse sentido, trata-se da eutanásia e da ortotanásia, a primeira carrega a ideia de boa morte, uma morte sem sofrimento que não teria sido provocada.

Para Bezerra (2007, p. 289):

> Na atualidade, associa-se ao termo eutanásia unicamente as ações que têm como finalidade a terminação intencional da vida de um paciente, seja ou não terminal, pelas mãos de um profissional de saúde, a pedido daquele.

A eutanásia recebe um sentido diverso atualmente, admite que a morte seja provocada por um profissional de saúde em pessoa que passa por fortes sofrimentos causados por uma doença incurável num estado terminal, respeitando sua escolha.

A morte ocorre por intervenção de amigos, parentes e médicos do paciente, motivada por compaixão quanto ao doente, conforme entende Borges (2007).

Szaniawski aponta que a eutanásia estaria relacionada ao direito à qualidade de vida, uma vez que para a pessoa “não mais apresentando qualidades mínimas de continuar vivendo dignamente, possuiria o direito de morrer.” (SZANIAWSKI, 2005, p. 159)

No Brasil a eutanásia está tipificada como um crime no art. 121 do Código Penal, uma vez que se enquadra como homicídio privilegiado, ou seja, o homicídio ocorre motivado por piedade, podendo-se considerar o motivo de relevante valor social ou moral, capaz de reduzir a pena de um sexto a um terço.

Ao contrário da eutanásia tem-se a distanásia, ou seja, a morte lenta, que consiste num prolongamento artificial da vida do paciente (SILVA NETO, 2013) e acaba por prolongar o sofrimento, não se permitindo uma morte natural, há uma submissão do paciente a tratamento inútil, o que se chama de obstinação terapêutica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

A ortotanásia, cujo significado é “morte correta”, ou seja, não se prolonga artificialmente o processo de morte, a morte ocorre de forma natural. Para Santoro (2011, p. 133) a ortotanásia:

> [...] é o comportamento do médico que, frente a uma morte iminente e inevitável, suspende a realização de atos para prolongar a vida do paciente, que o levariam a um tratamento inútil e a um sofrimento desnecessário, e passa a emprestar-lhe os cuidados paliativos adequados para que venha a falecer com dignidade.

A ortotanásia, por sua vez, não configura um tipo penal no Brasil, pois a morte não é provocada, vez que já se encontra instalado o processo de morte.

Borges (2007, p. 236) afirma que na “[...] ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural.”

Diante do intenso sofrimento o médico poderia agir para amenizar as dores em um paciente terminal. Em qualquer situação o consentimento de quem está sendo submetido a tratamento se torna necessário.

O consentimento informado e esclarecido surge como um requisito para que se realize esse tipo de procedimento, podendo o paciente manifestar antecipadamente sua vontade, sobre tratamentos e cuidados que quer ou não receber, nos termos da Resolução n.º 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.

As disposições para o final da vida podem estar dispostas num testamento vital, no qual a pessoa, de forma escrita, determina os tratamentos que admite e aqueles que não admite em caso de não poder manifestar sua vontade quando em estado terminal (BORGES, 2007).

A ortotanásia encontra maior aceitação social do que a eutanásia, uma vez que não há interferência direta no processo de morte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

4 Considerações finais

A vida, direito humano fundamental, revela-se enquanto direito de personalidade, indisponível, inalienável, imprescritível. As questões que tocam à vida e à existência levam à reflexões que traduzem o sentido do respeito e proteção de direitos, no contexto do reconhecimento da personalidade humana.

Considerando que desde a concepção a vida humana surge em um estágio peculiar de desenvolvimento, a sua proteção jurídica deve existir, pois o ser que se desenvolve traz consigo a dignidade humana, dessa forma ao nascituro é devido o reconhecimento de direitos, titular que é de direitos de personalidade, dentre os quais o direito à vida.

Assim sendo, ao assumir o compromisso em garantir os direitos fundamentais, o Estado deve reunir esforços para que esses direitos sejam efetivados, acresce-se que não basta mencionar a garantia de um direito fundamental à vida, mas à qualidade de vida, pois as condições de sobrevivência devem também ser asseguradas.

A tutela penal à vida com a tipificação do aborto, infanticídio, instigação ou auxílio ao suicídio, homicídio, ultrapassam discussões de ordem meramente religiosas e configura-se como uma das faces da proteção desse direito fundamental pelo Estado.

No campo das discussões sobre o término da vida em situações de pacientes que estejam em estado terminal, passando por grande sofrimento, abre-se espaço para discutir sobre questões relevantes como a eutanásia e a ortotanásia, sendo que a primeira encontra resistência no ordenamento jurídico brasileiro ao passo que se enquadra como homicídio privilegiado. Quanto à ortotanásia não há que se falar em repressão penal, uma vez que não se encontra tipificada, sendo que para esse caso o processo de morte já instalado, segue seu curso, sem prolongamento artificial da vida.

O início da vida e seu término tem despertado a atenção dos mais diversos segmentos da sociedade, mobilizando religiosos, moralistas,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

médicos, juristas e outros cientistas, possibilitando o aprofundamento de discussões, sobretudo ao contrapor-se a autonomia individual e a necessidade de intervenção estatal na proteção de direitos.

Referências bibliográficas

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2007.

BRASIL. Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008. **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Vade mecum**. São Paulo: Rideel, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. Danos morais e direitos da personalidade uma questão de dignidade. *In* **Direito público e evolução social**. 2.ª série. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2008, p. 77-100.

_____. Bioética e biodireito – noções não excludentes. *In* **JurisPoiesis**. Rio de Janeiro, ano 9, n.º 9, jan./2006, p. 321-334.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Direito Civil - alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna**. Curitiba: Juruá. 2011

SILVA NETO, Manoel Jorge da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAVWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2011.

_____. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *In* **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 33, 2007, p. 155-177.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL PARA A PRESERVAÇÃO DO BIOMA CERRADO

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada (OAB/GO).

RESUMO: As unidades de conservação constituem-se em importante instrumento para a preservação do meio ambiente. Busca-se difundir o benefício trazido pela instituição de novas unidades de conservação, como a possibilidade de os Municípios receberem ICMS Ecológico e o desenvolvimento de atividades econômicas e sustentáveis pela população. Pretende-se evidenciar à comunidade jurídica a relevância do Bioma Cerrado e a necessidade de sua preservação, mediante a criação e manutenção de unidades de conservação

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução da legislação ambiental brasileira frente à proteção de recursos naturais e à criação de espaços ambientais protegidos; 3. Unidades de conservação; 4. Características do bioma cerrado brasileiro e a importância de sua conservação; 5. Análise da importância das unidades de conservação para a preservação da biodiversidade do cerrado e a necessidade de sua instituição; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Com a finalidade de assegurar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do §1º, do art. 225, incumbiu ao Poder Público a criação de espaços especialmente protegidos. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, instituído pela Lei Federal nº 9.985/00, regulamenta o disposto na Constituição da República e se consubstancia pelo conjunto de Unidades de Conservação federais, estaduais, municipais e particulares.

Diante desse quadro, almeja-se, modestamente, chamar a atenção, em especial da comunidade acadêmica, para a necessidade de criação de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

novas Unidades de Conservação e de sua manutenção efetiva para preservar o Bioma Cerrado, tão rico, mas tão devastado.

2. Evolução da legislação ambiental brasileira frente à proteção de recursos naturais e à criação de espaços ambientais protegidos

A legislação ambiental brasileira evoluiu ao longo dos anos, culminando com o estabelecimento de leis que visam a preservação da biodiversidade de forma integral ou sustentável e outras que tipificam condutas violadoras do meio ambiente, tais como as resoluções elaboradas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/00) e o Novo Código Florestal (Lei 12.651/12).

Em 1965, foi editado o Código Florestal, revogado pela Lei 12.651/12, o qual previa a criação de Unidades de Conservação de uso indireto e de uso direto, portanto, de proteção integral e de uso sustentável, como são denominadas atualmente.

Em 1981, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, foi um avanço em termos de proteção ao meio ambiente, no sentido de objetivar a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico e à proteção da dignidade da vida humana. Definiu conceitos, previu instrumentos de gestão ambiental, criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA (com competências ambientais no âmbito federal, estadual e municipal) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA. Ainda, dispôs acerca da criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, bem como reservas extrativistas. Desse modo, o direito ao meio ambiente equilibrado foi, finalmente, positivado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi destinado especificamente um capítulo ao meio ambiente, elevando tal direito à categoria de direito constitucional, considerado, outrossim, direito fundamental, devendo protegê-lo e preservá-lo o Estado e a coletividade.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com efeito, objetivando assegurar a todos a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do §1º, do art. 225, encarregou ao Poder Público a criação de espaços especialmente protegidos, ao dispor que seria sua incumbência: “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".

Por conseguinte, ao regulamentá-lo, a Lei nº 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza-SNUC, cujos objetivos, elencados em seu art. 4º, demonstram a preocupação do legislador em preservar os espaços naturais. Nesse sentido, a Lei do SNUC dispôs sobre a criação de espaços ambientais protegidos, definindo categorias de Unidades de Conservação, como as de uso sustentável e as de proteção integral, revelando uma perspectiva socioambiental, como consequência do embate entre conservacionistas e preservacionistas.

Por sua vez, o §4º, do art. 225, da Constituição de 1988, define como patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira. Assim, não obstante a riqueza e a importância do Bioma Cerrado, foi ele esquecido pelo Poder Constituinte de 1988.

3. Unidades de conservação

De acordo com o art. 3º, da Lei nº 9.985/2000, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza é composto pelo conjunto das Unidades de Conservação federais, estaduais e municipais. Segundo o art. 2º, inciso I, da Lei do SNUC, Unidade de Conservação é o "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A referida lei, em seu art. 4º, elenca os objetivos do SNUC, dentre os quais vale destacar: a manutenção da diversidade biológica no território nacional; a proteção das espécies ameaçadas de extinção; a preservação e a restauração da diversidade dos ecossistemas; a promoção do desenvolvimento sustentável; o incentivo às atividades de pesquisa científica; a valorização econômica e social da diversidade biológica; a promoção da educação ambiental; e a proteção dos recursos naturais necessários às populações tradicionais.

Em virtude da diversidade biológica e sociocultural e objetivando criar uma ampla estratégia de preservação, o SNUC divide as Unidades de Conservação em dois grandes grupos, conforme seu artigo 7º.

O primeiro grupo são as Unidades de Conservação de proteção integral, que visam a preservação da biodiversidade em áreas com nenhuma ou pouca intervenção humana, fazendo uso indireto dos recursos naturais, de forma que não envolva consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos na própria lei. Tal grupo é composto pelo Parque Nacional, pela Estação Ecológica, pela Reserva Biológica, pelo Monumento Natural e pelo Refúgio da Vida Silvestre.

O segundo grupo é constituído pelas Unidades de Conservação de uso sustentável, que conciliam a preservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais, mantendo a biodiversidade e demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. Integram tal grupo as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável.

4. Características do bioma cerrado brasileiro e a importância de sua conservação

Consoante Diniz *et al.* (2010, p. 28), o Cerrado possui uma história antiga de evolução, que passou a despertar o interesse da ciência a partir

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

das expedições realizadas pelos naturalistas europeus no século XIX, sobretudo a partir do século XX, quando houve a consolidação da comunidade científica brasileira.

É o segundo maior Bioma da América do Sul, com uma extensão de 2 milhões de km², ou seja, cerca de 25% do território nacional (WWF, 2012). Percorre os Estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Bahia, Maranhão, Piauí, Rondônia, Paraná, São Paulo e Distrito Federal (IBGE, 2004). Possui grande disponibilidade de recursos hídricos, tendo em vista que as nascentes das três maiores bacias hidrográficas da América do Sul (Amazônica/Tocantins, São Francisco e Prata) fazem parte de seu espaço territorial (WWF, 2012).

Segundo o WWF (2012), "nove em cada dez brasileiros consomem eletricidade gerada com águas do Cerrado, que geram metade da energia produzida no país".

Considerado um dos 34 *hotspots* de biodiversidade do planeta (*Conservation Internationa*l, 2012), por ser um dos Biomas mais ricos e ameaçados do planeta, o Cerrado apresenta alta riqueza de espécies, estimada em 30% da diversidade biológica do Brasil (DINIZ *et al.*, 2010, p. 189).

Segundo estudo do WWF (2012), o Cerrado abriga 150 espécies de anfíbios, 120 de répteis, 161 espécies de mamíferos, 90 mil espécies de insetos, 1.200 tipos de peixes, 837 espécies de aves, bem como mais de 11,6 mil tipos de plantas catalogadas, o que "significa que o Cerrado protege 5% de todas as espécies mundiais e três em cada dez espécies brasileiras".

O relevo do Cerrado tem poucas elevações, com vegetação esparsa de árvores baixas, retorcidas e de casca grossa, características que o inferiorizaram por muito tempo (WWF, 2012). No entanto, é "fonte de culturas e paisagens de surpreendente exotismo e rara beleza, com alto potencial turístico e econômico" (WWF, 2012).

Possui inúmeros campos naturais, veredas e florestas, com muitos rios, córregos e cachoeiras (WWF, 2012).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De acordo com análise do WWF (2012), metade da vegetação original do Cerrado foi desmatada pela plantação de soja, algodão e cana-de-açúcar, pela pecuária extensiva, pela geração de energia e pela urbanização, estimando-se que apenas uma área de 20% do Bioma esteja intacta, vez que suas áreas remanescentes encontram-se muito fragmentadas.

Com efeito, conforme projeto elaborado pela SEMARH (2011), o estágio atual de desmatamento do Cerrado é grave:

Estudos têm mostrado que o Cerrado está seriamente ameaçado. Um número considerável de espécies animais e vegetais está ameaçado de extinção. O desmatamento foi extremamente elevado nas últimas décadas, atingindo 2,6 milhões de hectares (ha) por ano, o que equivale a 7.000 hectares por dia. Estimativas indicam que apenas 20% da cobertura vegetal original permanecem em um estado próximo do natural, mas menos de 9% mantém-se em fragmentos maiores que 1.000 ha, considerada a dimensão mínima viável para a manutenção de populações geneticamente viáveis. Seguindo essa tendência, o Bioma desaparecerá até 2030.

Assim, o Cerrado teve uma área de 43,6% desmatada, até 2002, e de 47,8%, até o ano de 2008. Nos anos de 2009 e 2010, a taxa anual de desmatamento foi de 0,3%, sendo a maior taxa de supressão em relação aos outros Biomas brasileiros, segundo relatório do MMA; IBAMA (2011).

Ainda, acerca da degradação do Cerrado, extrai-se de projeto realizado pela SEMARH (2011) que:

Depois da Mata Atlântica, o Cerrado é o Bioma brasileiro que mais sofreu alterações com a ocupação humana. Com a crescente pressão para a abertura de novas áreas, visando incrementar a produção de carne e grãos para exportação, tem havido um progressivo esgotamento dos recursos naturais da região. Nas três últimas décadas, o Cerrado vem sendo degradado pela expansão da fronteira agrícola brasileira. Além disso, o Bioma Cerrado é palco de uma exploração extremamente predatória de seu material lenhoso para produção de carvão.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conquanto de inegável importância para o país, a Constituição Federal não reconheceu o Cerrado como patrimônio nacional, dispensando, contudo, a outros Biomas de biodiversidade menos expressiva tal proteção (MOURA, 2012, p. 34). Destaque-se que o reconhecimento do Cerrado como patrimônio nacional é objeto de Projeto de Emenda à Constituição, aprovado no Senado Federal e atualmente encaminhado à Câmara dos Deputados. A inclusão do Cerrado como patrimônio nacional ensejaria maior proteção pelo Estado, viabilizando a realização de cooperações internacionais (MACARENHAS, *apud* MOURA 2012, p. 34).

Não obstante ser proclamado internacionalmente como um *hotspost,* além de sua riqueza e extensão, sendo o segundo maior Bioma da América Latina, a Constituição Brasileira não reconheceu a importância do Cerrado para a biodiversidade do país e do planeta ao negligenciar sua inclusão como patrimônio nacional do país.

Destarte, destaque-se a importância da instituição de espaços especialmente protegidos, regulamentados pela Lei nº 9.985/2000, como forma de proteção à biodiversidade do Bioma Cerrado, o qual urge por medidas prioritárias de conservação.

5. Análise da importância das unidades de conservação para a preservação da biodiversidade do cerrado e a necessidade de sua instituição

Atualmente as Unidades de Conservação protegem 8,2% da área do Cerrado (CNUC, 2012). Em 2006, o Brasil estabeleceu a meta de conservação de 10% da área do Cerrado, como resposta ao Plano Estratégico da Convenção sobre Diversidade Biológica das Nações Unidas - CDB (MMA, 2011). A referida Convenção estabeleceu que cabe aos países signatários criar e manter adequadamente diversas Unidades de Conservação, capazes de atender à conservação da biodiversidade, à utilização sustentável de seus componentes e à divisão justa e igualitária de seus proveitos (MEDEIROS *et al*., 2011, p. 8). No ano de 2010, na COP10 realizada pela CDB, novas Metas Globais de Biodiversidade foram definidas para serem cumpridas nos anos de 2011 a 2020 (MMA, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

No entanto, a área de 8,2% do Cerrado efetivamente protegida é pequena e há necessidade de criação de novas Unidades de Conservação no âmbito federal, estadual, municipal e particular, tendo em vista que o Cerrado possui mais de 400 áreas prioritárias de conservação, consoante estudo realizado pelo WWF (2012), com base em mapeamento do Governo Federal.

De acordo com o MMA (2011), o baixo investimento nas Unidades de Conservação resulta da falta de conhecimento acerca do retorno financeiros que tais espaços podem propiciar quando efetivamente instituídos.

Contudo, as Unidades de Conservação possibilitam que setores econômicos e a população brasileira usufruam de seus benefícios, como por exemplo, suas águas que compõem os reservatórios das usinas hidrelétricas, o desenvolvimento de fármacos e cosméticos produzidos por espécies protegidas, o turismo que auxilia a economia dos municípios e a mitigação de gases de efeito estufa decorrentes da degradação dos ecossistemas naturais (MEDEIROS *et al.,* 2011, p. 6).

Cumpre salientar que, de acordo com Medeiros *et al.* (2011, p. 38), as Unidades de Conservação são extremamente necessárias para a promoção da preservação ambiental e da provisão de serviços ambientais, os quais são importantes para uma série de cadeias econômicas.

De acordo com estudo realizado pelo MMA (2011), são permitidos usos econômicos de efeitos positivos imediatos à economia regional em 88,3% da área protegida pelas Unidades de Conservação, por meio de atividades de produção florestal, extrativismo, turismo, agropecuária, agricultura e atividades de baixo impacto ambiental; a área de 11,7% restante é capaz de favorecer o desenvolvimento local.

Consoante estudo realizado por Diniz *et al.* (2010, p. 26), nos municípios onde a cobertura vegetal nativa foi mantida, por meio das Unidades de Conservação, as populações locais possuem opções de desenvolverem suas atividades econômicas de forma sustentável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Ademais, o ICMS Ecológico garante a transferência anual de mais de R$ 400 milhões dos Estados para os Municípios, como compensação pela criação e manutenção das Unidades de Conservação em seus territórios (MEDEIROS *et al.,* 2011, p. 38*)*.

Apesar de insuficientes para garantir sua perpetuação, as Unidades de Conservação do Cerrado protegem belezas incomparáveis e têm um importante papel nas economias locais e regionais, sendo que "cerca de 300 plantas nativas do Cerrado são usadas como alimento, remédio ou matéria-prima para artesanato, principalmente por populações tradicionais" (WWF, 2012).

Em relação aos proveitos trazidos à sociedade, as Unidades de Conservação geram benefícios diretos para a população, visto que protegem mananciais de água, auxiliando a regular o clima, contendo erosões, oferecendo lazer e turismo, preservando riquezas culturais e fornecendo alternativas econômicas sustentáveis de desenvolvimento (MMA, 2012). Investir em tais espaços, portanto, “significa retorno imediato na forma de benefícios sociais e econômicos para todos os brasileiros" (MMA, 2012).

6. Conclusão

Para que sejam logrados os propósitos da Constituição Federal e da Lei 9.985/00, o Poder Público deve investir nas Unidades de Conservação, vez que constituem uma das mais eficientes formas de proteção da diversidade biológica, mormente para a preservação do Bioma Cerrado. Assim, necessária a criação de corredores ecológicos e mosaicos para que tal proteção seja realmente efetiva.

7. Referências

BRASIL. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação; BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Unidades de Conservação por Bioma**. Brasília, 12 de junho de 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

BRASIL. Instituto Chico Mendes da Conservação da Biodiversidade. **Estudos preveem 4 corredores ecológicos no Cerrado**. Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos Renováveis**. Monitoramento do desmantamento no Biomas brasileiros por satélite**. Brasília, 2011. Disponível em: . Acesso em 19 de novembro de 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza**. Brasília, 2011. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Brasil. Ministério do Meio Ambiente. **Sustentabilidade financeira.** Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CONSERVATION INTERNATIONAL, ***Hostsposts.*** 2012. Disponível em: . Acesso em 19, de novembro de 2017.

CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4, 2004. Curitiba. **Anais...,** Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2004, 224p.

DINIZ, Ivone Rezende; MARINHO FILHO, Jader; MACHADO, Ricardo Bomfim; CAVALCANTI, Roberto Brandão. **Cerrado: conhecimento científico quantitativo como subsídio para ações de conservação**. Thesaurus, Brasília, 2010.

GOIÁS. Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos. **Manual operacional do projeto Cerrado Sustentável Goiás**. Goiânia, 2011. Disponível em: . Acesso em: 14 de dezembro de 2017.

MEDEIROS, RODRIGO; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; PAVESSE, Helena Boniatti;ARAÚJO, Fábio França Silva. **Contribuição das Unidades de Conservação brasileiras para a economia nacional: Sumário Executivo**. UNEP-WCMC, Brasília, 2011

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

MOURA, Angela Acosta Giovanini de. **Efetividade das áreas de reserva florestal legal por meio de pagamento pelos serviços ambientais: perspectiva para a recuperação do Cerrado goiano**. Kelps, Goiânia, 2012.

WWF BRASIL. **Cerrado: berço das águas**. Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

www.conteudojuridico.com.br

UNIDADES DE CONSERVAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO AMBIENTAL PARA A PRESERVAÇÃO DO BIOMA CERRADO

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada (OAB/GO).

RESUMO: As unidades de conservação constituem-se em importante instrumento para a preservação do meio ambiente. Busca-se difundir o benefício trazido pela instituição de novas unidades de conservação, como a possibilidade de os Municípios receberem ICMS Ecológico e o desenvolvimento de atividades econômicas e sustentáveis pela população. Pretende-se evidenciar à comunidade jurídica a relevância do Bioma Cerrado e a necessidade de sua preservação, mediante a criação e manutenção de unidades de conservação

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Evolução da legislação ambiental brasileira frente à proteção de recursos naturais e à criação de espaços ambientais protegidos; 3. Unidades de conservação; 4. Características do bioma cerrado brasileiro e a importância de sua conservação; 5. Análise da importância das unidades de conservação para a preservação da biodiversidade do cerrado e a necessidade de sua instituição; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Com a finalidade de assegurar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do §1º, do art. 225, incumbiu ao Poder Público a criação de espaços especialmente protegidos. O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, instituído pela Lei Federal nº 9.985/00, regulamenta o disposto na Constituição da República e se consubstancia pelo conjunto de Unidades de Conservação federais, estaduais, municipais e particulares.

Diante desse quadro, almeja-se, modestamente, chamar a atenção, em especial da comunidade acadêmica, para a necessidade de criação de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

novas Unidades de Conservação e de sua manutenção efetiva para preservar o Bioma Cerrado, tão rico, mas tão devastado.

2. Evolução da legislação ambiental brasileira frente à proteção de recursos naturais e à criação de espaços ambientais protegidos

A legislação ambiental brasileira evoluiu ao longo dos anos, culminando com o estabelecimento de leis que visam a preservação da biodiversidade de forma integral ou sustentável e outras que tipificam condutas violadoras do meio ambiente, tais como as resoluções elaboradas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9.985/00) e o Novo Código Florestal (Lei 12.651/12).

Em 1965, foi editado o Código Florestal, revogado pela Lei 12.651/12, o qual previa a criação de Unidades de Conservação de uso indireto e de uso direto, portanto, de proteção integral e de uso sustentável, como são denominadas atualmente.

Em 1981, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, foi um avanço em termos de proteção ao meio ambiente, no sentido de objetivar a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico e à proteção da dignidade da vida humana. Definiu conceitos, previu instrumentos de gestão ambiental, criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA (com competências ambientais no âmbito federal, estadual e municipal) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA. Ainda, dispôs acerca da criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental, áreas de relevante interesse ecológico, bem como reservas extrativistas. Desse modo, o direito ao meio ambiente equilibrado foi, finalmente, positivado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi destinado especificamente um capítulo ao meio ambiente, elevando tal direito à categoria de direito constitucional, considerado, outrossim, direito fundamental, devendo protegê-lo e preservá-lo o Estado e a coletividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Com efeito, objetivando assegurar a todos a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, a Constituição Federal de 1988, no inciso III do §1º, do art. 225, encarregou ao Poder Público a criação de espaços especialmente protegidos, ao dispor que seria sua incumbência: “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".

Por conseguinte, ao regulamentá-lo, a Lei nº 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional das Unidades de Conservação da Natureza-SNUC, cujos objetivos, elencados em seu art. 4º, demonstram a preocupação do legislador em preservar os espaços naturais. Nesse sentido, a Lei do SNUC dispôs sobre a criação de espaços ambientais protegidos, definindo categorias de Unidades de Conservação, como as de uso sustentável e as de proteção integral, revelando uma perspectiva socioambiental, como consequência do embate entre conservacionistas e preservacionistas.

Por sua vez, o §4º, do art. 225, da Constituição de 1988, define como patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira. Assim, não obstante a riqueza e a importância do Bioma Cerrado, foi ele esquecido pelo Poder Constituinte de 1988.

3. Unidades de conservação

De acordo com o art. 3º, da Lei nº 9.985/2000, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza é composto pelo conjunto das Unidades de Conservação federais, estaduais e municipais. Segundo o art. 2º, inciso I, da Lei do SNUC, Unidade de Conservação é o "espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A referida lei, em seu art. 4º, elenca os objetivos do SNUC, dentre os quais vale destacar: a manutenção da diversidade biológica no território nacional; a proteção das espécies ameaçadas de extinção; a preservação e a restauração da diversidade dos ecossistemas; a promoção do desenvolvimento sustentável; o incentivo às atividades de pesquisa científica; a valorização econômica e social da diversidade biológica; a promoção da educação ambiental; e a proteção dos recursos naturais necessários às populações tradicionais.

Em virtude da diversidade biológica e sociocultural e objetivando criar uma ampla estratégia de preservação, o SNUC divide as Unidades de Conservação em dois grandes grupos, conforme seu artigo 7º.

O primeiro grupo são as Unidades de Conservação de proteção integral, que visam a preservação da biodiversidade em áreas com nenhuma ou pouca intervenção humana, fazendo uso indireto dos recursos naturais, de forma que não envolva consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais, com exceção dos casos previstos na própria lei. Tal grupo é composto pelo Parque Nacional, pela Estação Ecológica, pela Reserva Biológica, pelo Monumento Natural e pelo Refúgio da Vida Silvestre.

O segundo grupo é constituído pelas Unidades de Conservação de uso sustentável, que conciliam a preservação da natureza com o uso sustentável de parcela de seus recursos naturais, mantendo a biodiversidade e demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável. Integram tal grupo as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Reservas Particulares do Patrimônio Natural, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna e as Reservas de Desenvolvimento Sustentável.

4. Características do bioma cerrado brasileiro e a importância de sua conservação

Consoante Diniz *et al.* (2010, p. 28), o Cerrado possui uma história antiga de evolução, que passou a despertar o interesse da ciência a partir das expedições realizadas pelos naturalistas europeus no século XIX,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sobretudo a partir do século XX, quando houve a consolidação da comunidade científica brasileira.

É o segundo maior Bioma da América do Sul, com uma extensão de 2 milhões de km², ou seja, cerca de 25% do território nacional (WWF, 2012). Percorre os Estados de Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Bahia, Maranhão, Piauí, Rondônia, Paraná, São Paulo e Distrito Federal (IBGE, 2004). Possui grande disponibilidade de recursos hídricos, tendo em vista que as nascentes das três maiores bacias hidrográficas da América do Sul (Amazônica/Tocantins, São Francisco e Prata) fazem parte de seu espaço territorial (WWF, 2012).

Segundo o WWF (2012), "nove em cada dez brasileiros consomem eletricidade gerada com águas do Cerrado, que geram metade da energia produzida no país".

Considerado um dos 34 *hotspots* de biodiversidade do planeta (*Conservation Internationa*l, 2012), por ser um dos Biomas mais ricos e ameaçados do planeta, o Cerrado apresenta alta riqueza de espécies, estimada em 30% da diversidade biológica do Brasil (DINIZ *et al.*, 2010, p. 189).

Segundo estudo do WWF (2012), o Cerrado abriga 150 espécies de anfíbios, 120 de répteis, 161 espécies de mamíferos, 90 mil espécies de insetos, 1.200 tipos de peixes, 837 espécies de aves, bem como mais de 11,6 mil tipos de plantas catalogadas, o que "significa que o Cerrado protege 5% de todas as espécies mundiais e três em cada dez espécies brasileiras".

O relevo do Cerrado tem poucas elevações, com vegetação esparsa de árvores baixas, retorcidas e de casca grossa, características que o inferiorizaram por muito tempo (WWF, 2012). No entanto, é "fonte de culturas e paisagens de surpreendente exotismo e rara beleza, com alto potencial turístico e econômico" (WWF, 2012).

Possui inúmeros campos naturais, veredas e florestas, com muitos rios, córregos e cachoeiras (WWF, 2012).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

De acordo com análise do WWF (2012), metade da vegetação original do Cerrado foi desmatada pela plantação de soja, algodão e cana-de-açúcar, pela pecuária extensiva, pela geração de energia e pela urbanização, estimando-se que apenas uma área de 20% do Bioma esteja intacta, vez que suas áreas remanescentes encontram-se muito fragmentadas.

Com efeito, conforme projeto elaborado pela SEMARH (2011), o estágio atual de desmatamento do Cerrado é grave:

Estudos têm mostrado que o Cerrado está seriamente ameaçado. Um número considerável de espécies animais e vegetais está ameaçado de extinção. O desmatamento foi extremamente elevado nas últimas décadas, atingindo 2,6 milhões de hectares (ha) por ano, o que equivale a 7.000 hectares por dia. Estimativas indicam que apenas 20% da cobertura vegetal original permanecem em um estado próximo do natural, mas menos de 9% mantém-se em fragmentos maiores que 1.000 ha, considerada a dimensão mínima viável para a manutenção de populações geneticamente viáveis. Seguindo essa tendência, o Bioma desaparecerá até 2030.

Assim, o Cerrado teve uma área de 43,6% desmatada, até 2002, e de 47,8%, até o ano de 2008. Nos anos de 2009 e 2010, a taxa anual de desmatamento foi de 0,3%, sendo a maior taxa de supressão em relação aos outros Biomas brasileiros, segundo relatório do MMA; IBAMA (2011).

Ainda, acerca da degradação do Cerrado, extrai-se de projeto realizado pela SEMARH (2011) que:

Depois da Mata Atlântica, o Cerrado é o Bioma brasileiro que mais sofreu alterações com a ocupação humana. Com a crescente pressão para a abertura de novas áreas, visando incrementar a produção de carne e grãos para exportação, tem havido um progressivo esgotamento dos recursos naturais da região. Nas três últimas décadas, o Cerrado vem sendo degradado pela expansão da fronteira agrícola brasileira. Além disso, o Bioma Cerrado é palco de uma exploração extremamente predatória de seu material lenhoso para produção de carvão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conquanto de inegável importância para o país, a Constituição Federal não reconheceu o Cerrado como patrimônio nacional, dispensando, contudo, a outros Biomas de biodiversidade menos expressiva tal proteção (MOURA, 2012, p. 34). Destaque-se que o reconhecimento do Cerrado como patrimônio nacional é objeto de Projeto de Emenda à Constituição, aprovado no Senado Federal e atualmente encaminhado à Câmara dos Deputados. A inclusão do Cerrado como patrimônio nacional ensejaria maior proteção pelo Estado, viabilizando a realização de cooperações internacionais (MACARENHAS, *apud* MOURA 2012, p. 34).

Não obstante ser proclamado internacionalmente como um *hotspost,* além de sua riqueza e extensão, sendo o segundo maior Bioma da América Latina, a Constituição Brasileira não reconheceu a importância do Cerrado para a biodiversidade do país e do planeta ao negligenciar sua inclusão como patrimônio nacional do país.

Destarte, destaque-se a importância da instituição de espaços especialmente protegidos, regulamentados pela Lei nº 9.985/2000, como forma de proteção à biodiversidade do Bioma Cerrado, o qual urge por medidas prioritárias de conservação.

5. Análise da importância das unidades de conservação para a preservação da biodiversidade do cerrado e a necessidade de sua instituição

Atualmente as Unidades de Conservação protegem 8,2% da área do Cerrado (CNUC, 2012). Em 2006, o Brasil estabeleceu a meta de conservação de 10% da área do Cerrado, como resposta ao Plano Estratégico da Convenção sobre Diversidade Biológica das Nações Unidas - CDB (MMA, 2011). A referida Convenção estabeleceu que cabe aos países signatários criar e manter adequadamente diversas Unidades de Conservação, capazes de atender à conservação da biodiversidade, à utilização sustentável de seus componentes e à divisão justa e igualitária de seus proveitos (MEDEIROS *et al*., 2011, p. 8). No ano de 2010, na COP10 realizada pela CDB, novas Metas Globais de Biodiversidade foram definidas para serem cumpridas nos anos de 2011 a 2020 (MMA, 2011).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

No entanto, a área de 8,2% do Cerrado efetivamente protegida é pequena e há necessidade de criação de novas Unidades de Conservação no âmbito federal, estadual, municipal e particular, tendo em vista que o Cerrado possui mais de 400 áreas prioritárias de conservação, consoante estudo realizado pelo WWF (2012), com base em mapeamento do Governo Federal.

De acordo com o MMA (2011), o baixo investimento nas Unidades de Conservação resulta da falta de conhecimento acerca do retorno financeiros que tais espaços podem propiciar quando efetivamente instituídos.

Contudo, as Unidades de Conservação possibilitam que setores econômicos e a população brasileira usufruam de seus benefícios, como por exemplo, suas águas que compõem os reservatórios das usinas hidrelétricas, o desenvolvimento de fármacos e cosméticos produzidos por espécies protegidas, o turismo que auxilia a economia dos municípios e a mitigação de gases de efeito estufa decorrentes da degradação dos ecossistemas naturais (MEDEIROS *et al.,* 2011, p. 6).

Cumpre salientar que, de acordo com Medeiros *et al.* (2011, p. 38), as Unidades de Conservação são extremamente necessárias para a promoção da preservação ambiental e da provisão de serviços ambientais, os quais são importantes para uma série de cadeias econômicas.

De acordo com estudo realizado pelo MMA (2011), são permitidos usos econômicos de efeitos positivos imediatos à economia regional em 88,3% da área protegida pelas Unidades de Conservação, por meio de atividades de produção florestal, extrativismo, turismo, agropecuária, agricultura e atividades de baixo impacto ambiental; a área de 11,7% restante é capaz de favorecer o desenvolvimento local.

Consoante estudo realizado por Diniz *et al.* (2010, p. 26), nos municípios onde a cobertura vegetal nativa foi mantida, por meio das Unidades de Conservação, as populações locais possuem opções de desenvolverem suas atividades econômicas de forma sustentável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Ademais, o ICMS Ecológico garante a transferência anual de mais de R$ 400 milhões dos Estados para os Municípios, como compensação pela criação e manutenção das Unidades de Conservação em seus territórios (MEDEIROS *et al.,* 2011, p. 38).

Apesar de insuficientes para garantir sua perpetuação, as Unidades de Conservação do Cerrado protegem belezas incomparáveis e têm um importante papel nas economias locais e regionais, sendo que "cerca de 300 plantas nativas do Cerrado são usadas como alimento, remédio ou matéria-prima para artesanato, principalmente por populações tradicionais" (WWF, 2012).

Em relação aos proveitos trazidos à sociedade, as Unidades de Conservação geram benefícios diretos para a população, visto que protegem mananciais de água, auxiliando a regular o clima, contendo erosões, oferecendo lazer e turismo, preservando riquezas culturais e fornecendo alternativas econômicas sustentáveis de desenvolvimento (MMA, 2012). Investir em tais espaços, portanto, “significa retorno imediato na forma de benefícios sociais e econômicos para todos os brasileiros" (MMA, 2012).

6. Conclusão

Para que sejam logrados os propósitos da Constituição Federal e da Lei 9.985/00, o Poder Público deve investir nas Unidades de Conservação, vez que constituem uma das mais eficientes formas de proteção da diversidade biológica, mormente para a preservação do Bioma Cerrado. Assim, necessária a criação de corredores ecológicos e mosaicos para que tal proteção seja realmente efetiva.

7. Referências

BRASIL. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação; BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Unidades de Conservação por Bioma**. Brasília, 12 de junho de 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

BRASIL. Instituto Chico Mendes da Conservação da Biodiversidade. **Estudos preveem 4 corredores ecológicos no Cerrado**. Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente; BRASIL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos Renováveis**. Monitoramento do desmantamento no Biomas brasileiros por satélite**. Brasília, 2011. Disponível em: . Acesso em 19 de novembro de 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza**. Brasília, 2011. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Brasil. Ministério do Meio Ambiente. **Sustentabilidade financeira.** Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

CONSERVATION INTERNATIONAL, ***Hostsposts.*** 2012. Disponível em: . Acesso em 19, de novembro de 2017.

CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 4, 2004. Curitiba. **Anais...,** Curitiba: Fundação O Boticário de Proteção à Natureza, 2004, 224p.

DINIZ, Ivone Rezende; MARINHO FILHO, Jader; MACHADO, Ricardo Bomfim; CAVALCANTI, Roberto Brandão. **Cerrado: conhecimento científico quantitativo como subsídio para ações de conservação**. Thesaurus, Brasília, 2010.

GOIÁS. Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos. **Manual operacional do projeto Cerrado Sustentável Goiás**. Goiânia, 2011. Disponível em: . Acesso em: 14 de dezembro de 2017.

MEDEIROS, RODRIGO; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; PAVESSE, Helena Boniatti;ARAÚJO, Fábio França Silva. **Contribuição das Unidades de Conservação brasileiras para a economia nacional: Sumário Executivo**. UNEP-WCMC, Brasília, 2011

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

MOURA, Angela Acosta Giovanini de. **Efetividade das áreas de reserva florestal legal por meio de pagamento pelos serviços ambientais: perspectiva para a recuperação do Cerrado goiano**. Kelps, Goiânia, 2012.

WWF BRASIL. **Cerrado: berço das águas**. Brasília, 2012. Disponível em: . Acesso em: 19 de novembro de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MAIORIDADE PENAL

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO:O presente artigo tem como objetivo a discussão da maioridade penal, é cada vez mais comum falar da participação de menores de idade na pratica de condutas contrárias a lei. Essa crescente participação vem gerando várias discussões nos meios jurídicos e nas diversas camadas da sociedade. Tal controvérsia gira em torno da tentativa de redução da maioridade do Código Penal Brasileiro de 18 (dezoito) anos para 16 (dezesseis) anos de idade.

Palavras-chave: Maioridade penal; argumentos contra; argumentos favoráveis; retrocesso.

ABSTRACT: The present article has the objective of discussing the criminal majority, it is increasingly common to speak of the participation of minors in the practice of conduct contrary to the law. This growing participation has generated several discussions in the juridical means and in the several layers of the society. This controversy revolves around the attempt to reduce the majority of the Brazilian Penal Code from 18 (eighteen) to 16 (sixteen) years of age.

Keywords: Criminal majority, arguments against, arguments. kickback.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la mayoría de edad penal, es cada vez más común hablar de la participación de menores de edad en la práctica de conductas contrarias a la ley. Esta creciente participación viene generando varias discusiones en los medios jurídicos y en las diversas capas de la sociedad. Esta controversia gira en torno al intento de reducción de la mayoría de edad del Código Penal Brasileño de 18 (dieciocho) años para 16 (dieciséis) años de edad.

Palabras clave: Responsabilidad penal, argumentos en contra, argumentos favorables, retrocesso.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

A maioridade penal ou maioridade criminal define a partir de qual idade o indivíduo responde pela violação da lei penal na condição de adulto, sem qualquer garantia diferenciada reservada para indivíduos menores de idade.

O indivíduo é, pois, reconhecido como adulto consciente das consequências individuais e coletivas dos seus atos e da responsabilidade legal embutidas nas suas ações. A Constituição federal de 1988 define em seu artigo 228, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos. No Brasil, esta idade coincide com a maioridade penal e menores de dezoito anos respondem por infrações de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. A maioridade penal, por sua vez, não coincide, necessariamente, com a maioridade civil, nem com as idades mínimas necessárias para votar, para trabalhar, para casar e emancipação. A menoridade civil cessa em qualquer um destes casos.

Em muitos países, o indivíduo abaixo da maioridade penal está sujeito, a partir de certa idade, a punições mais leves, como advertência, atividades socioeducativas, trabalhos sociais, acompanhamento social ou psicológico, detenções ou internações em instituições correcionais ou reformatórios, etc., existindo em alguns casos tribunais ou varas de justiça específicas para o encaminhamento de acusações contra menores de dezoito anos.

A maioridade penal não coincide, necessariamente, com a idade de imputabilidade penal. Em muitos países, indivíduos com idade abaixo da maioridade penal são considerados penalmente imputáveis e respondem por seus atos de acordo com leis penais diferenciadas para acusados juvenis.

2 DESENVOLVIMENTO

No âmbito internacional, os dois principais marcos internacionais sobre os direitos da criança, a Carta de Pequim (1985) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ambos da ONU, não estabelecem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

qual deve ser a idade mínima de imputabilidade penal, deixando aos Estados Nacionais essa definição, com base em sua cultura e "que esta não deve ser fixada a um nível demasiado baixo, tendo em conta os problemas de maturidade afetiva, psicológica e intelectual" (Capítulo 4.1 da Carta de Pequim). É prática recorrente os países terem uma idade mínima para imputabilidade penal do adolescente abaixo da idade convencionada para a maioridade penal. Antes de alcançar esta idade mínima, a criança não é considerada responsável pelos seus atos e não pode ser acusada de acordo processo penal. Segundo o Comitê sobre o Direito da Crianças da ONU, órgão responsável pela interpretação da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a criança abaixo da idade mínima deve ser penalmente inimputável, que significa dizer que não pode ser considerada capaz de infringir as leis penais, mas pode receber medidas especiais de caráter protetivo. Porém os adolescentes menores de dezoito anos que estejam acima da idade mínima podem ser considerados penalmente imputáveis e responder pela prática de crimes de acordo com o processo penal de cada país, desde que o processo e o seu resultado final estejam de acordo com os princípios da Convenção.

Há, portanto, uma diferença entre as normas internacionais e o regime jurídico de responsabilidade juvenil vigente no Brasil: enquanto as normas internacionais reconhecem a imputabilidade penal do menor de dezoito anos e reservam as medidas de caráter protetivo para as crianças abaixo da idade mínima de inimputabilidade penal; o regime jurídico brasileiro não reconhece a imputabilidade penal dos menores de dezoito anos e atribui medidas socioeducativas de caráter protetivo a todos os infratores menores de dezoito anos, não apenas àqueles abaixo da idade mínima de doze anos. Os menores de doze anos estão fora do alcance das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O fato de países adotarem um regime expressamente penal para responsabilizar criminalmente adultos e adolescentes, mesmo tendo estes últimos direitos específicos e foro diferenciado, leva algumas pessoas à conclusão errada de que há uma drástica redução da maioridade penal na maioria dos países, quando na verdade a "idade mínima" aponta a "idade mínima de inimputabilidade penal", não a "maioridade penal". A diferença entre esses países e o Brasil está apenas na natureza penal da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

responsabilização dos adolescentes infratores: no Brasil, a natureza penal não está expressa na lei nem na Constituição, mas é reconhecida por alguns doutrinadores jurídicos e já se verifica na prática na realidade das casas de detenção.

Conforme o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". A afirmação é reforçada pelo artigo 27 do Código Penal, e pelos artigos 102 e 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90).

Os crimes praticados por menores de dezoito anos são legalmente chamados de “atos infracionais” e seus praticantes de “adolescentes em conflito com a lei” ou de "menores infratores". Aos praticantes são aplicadas “medidas socioeducativas” e se restringem apenas a adolescentes (pessoas com idade compreendida entre doze anos de idade completos e dezoito anos de idade incompletos. Todavia, a medida socioeducativa de internação poderá ser excepcionalmente aplicada ao jovem de até 21 anos, caso tenha cometido o ato aos quatorze anos). O ECA estabelece, em seu artigo 121, § 3º, quanto ao adolescente em conflito com a lei, que “em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”, por cada ato infracional grave. Após esse período, ele passará ao sistema de liberdade assistida ou semiliberdade, podendo retornar ao regime fechado no caso de mau-comportamento.

Há uma discussão sobre o uso das expressões "menores infratores" e "adolescentes em conflito com a lei", alguns preferindo a primeira e outros a segunda. Para esses últimos, o uso da terminologia tem efeito emancipador e o uso da expressão "menores" acaba por discriminar o adolescente. Já os primeiros pensam diversamente e consideram que o uso da expressão "adolescente em conflito com a lei" (que não consta no ECA) serve na verdade como instrumento a serviço de um Estado inoperante, que se serviria da mudança de nomenclatura sem necessidade de promover mudança da realidade, acrescentando, ainda, que a expressão "menores" faz parte do texto legal (artigo 22 do ECA).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Um dos temas mais discutidos atualmente na política brasileira, as regras da maioridade penal estão em debate permanente. Uma PEC que diminui a idade mínima com que uma pessoa pode ir para a prisão em caso de crimes hediondos – ou seja, uma redução da maioridade penal – chegou a ser aprovada pela Câmara em 2015 e hoje aguarda apreciação pelo Senado Federal.

Os argumentos contra a redução da maioridade penal, porque a desigualdade social é uma das causas principais da violência. A redução da maioridade em nada resolverá o problema da desigualdade social que assola nosso país. De certo modo, será mais uma forma de colocar jovens negros e pardos das comunidades carentes e das periferias atrás das grades. Na prática, voltaríamos aos tempos da escravidão. Só que dessa vez, ao invés de correntes nos pés, nosso povo receberia grades para colocar as mãos; no Brasil, a violência está profundamente ligada a questões como: desigualdade social, exclusão social, impunidade, falhas na educação familiar, desestruturação da família, deterioração dos valores ou do comportamento ético, e, finalmente, individualismo, consumismo e cultura do prazer. A redução da maioridade em nada reduzirá as mazelas produzidas por todos os fatores apontados acima. A única coisa que a redução provocará é a punição de jovens afetados por uma realidade social da qual eles não tiveram a menor culpa de serem inseridos, aqueles que querem a redução dizem que são contrários à impunidade, mas o Brasil é dos países mais ingratos com sua juventude. No ano de 2010, mais de 8.600 crianças foram assassinadas em 2012, mais de 120 mil crianças e adolescentes foram vítimas de maus tratos e agressões. Deste total de casos, mais de 80 mil sofreram negligência, 60 mil sofreram violência psicológica, 56 mil sofreram violência física, 35 mil sofreram violência sexual e 10.000 sofreram exploração do trabalho infantil. Será que todos esses crimes já não mostram que nossos menores já não sofrem o suficiente com a impunidade? A redução da maioridade penal tem um obstáculo jurídico-constitucional. É que a inimputabilidade dos menores de 18 (dezoito) anos possui previsão constitucional no artigo 228, ou seja, a impossibilidade de receber sanções iguais a de adultos é uma garantia individual da criança e do adolescente, portanto, parte do núcleo constitucional intangível; temos no Brasil mais de 527 mil presos e um faltam vagas nas prisões para pelo menos 181 mil presos. Ninguém

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

precisar ser um gênio para perceber que a superlotação e as condições desumanas das cadeias brasileiras, deixam esse sistema é incapaz de cumprir sua finalidade de recuperar alguém. A inclusão de adolescentes infratores nesse sistema não só tornaria mais caótico o sistema carcerário como tenderia a aumentar o número de reincidentes. Ora, se as cadeias têm por objetivo recuperar pessoas, não é colocando menores de idade lá que esse objetivo será cumprido; pois a cadeia comum não é um lugar apropriado para um jovem infrator. Um menor de idade não pode dividir cela com presos condenados por crimes hediondos. Os menores de idade, ao entrar em contatos com os outros presos mais velhos, teriam contato com uma realidade ainda mais nefasta, retirando qualquer chance de reabilitação. Além disso, estariam expostos a situações constrangedoras para um adolescente, podendo eles serem vítimas de ataques a sua sexualidade e ao seu psicológico; estatisticamente, a quantidade de atos infracionais, diferentemente do que nos mostra a mídia, é muito pequena nos menores de idade, se compararmos com os crimes cometidos por adultos. A título de comparação, em 2006, o sistema prisional contava com 401,236 pessoas adultas e apenas havia 15,426 jovens internados no meio fechado. Isto representa que, dos crimes praticados e apurados 96,3% são cometidos por adultos e 3,7% são cometidos por adolescentes; não se tem notícia ou dado estatístico que a redução da maioridade penal de fato diminuiria a violência no Brasil. Muito pelo contrário, a redução seria apenas mais um ato de violência para com a nossa juventude. O que ela faria seria a legitimação do desrespeito aos direitos da criança e do adolescente. Desta forma, os jovens seriam atraídos para as cadeias, onde teriam seus futuros ceifados com penas elevadíssimas, perdendo toda a chance de reinserção na legalidade; porque ainda são poucas as iniciativas do Poder Público, das Instituições e da Sociedade na proposição e execução das Políticas Públicas para a juventude. Antes de pensarmos em colocarmos nossos jovens na cadeia, deveríamos antes pensar em como poderíamos tirá-los do crime e inseri-los no mercado de trabalho. Todo esse esforço que a sociedade está usando para colocar menores de idade na cadeia deveria ser reservado a medidas que impedissem que ele primeiro entrasse nela; porque a diminuição pode acarretar em desastres estruturais para as futuras gerações. Em pouco tempo, o clamor popular iria pressionar para que a maioridade penal foi ainda mais reduzida, a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ponto que no futuro, poderíamos correr o risco de ter que construir creches de segurança máxima.

Os argumentos favoráveis a redução da maioridade penal, se uma pessoa, menor de 18 (dezoito) anos, pode trabalhar, contratar, casar, matar, roubar, estuprar, transar e votar, por que não pode então responder por seus crimes na cadeia? Hoje, uma pessoa com 16 ou 17 anos já é capaz de ter sua personalidade formada, tendo ciência acurada do certo e do errado. Logo, colocar esses marginais na prisão com penas equivalentes aos crimes por eles cometidos não pode ser configurado como um ato de maldade para com um inocente; todos sabemos que essas instituições que acolhem menores infratores não conseguem ressocializar seus detentos, que muitas vezes saem de lá e são promovidos para as cadeias comuns depois de adultos; o adolescente, em conflito com a lei, ao saber que não receberá as mesmas penas de um adulto, não se inibe ao cometer mais atos infracionais. Isso alimenta a sensação de impunidade e gera crimes que jamais poderiam acontecer. Um menor de idade sabe que, em função de sua idade, poderá cometer quantos delitos puder, sabendo que terá uma pena branda; graças a essa impunidade, muitos criminosos recrutam menores de idade (buchas) para executar suas atividades criminosas. O menor é arrancado de sua infância com a promessa de uma vida de ostentação, cometendo crimes que muitas vezes adultos teriam receio de cometer por causa das altas penas. Devido a esse sistema cruel, a demanda por mão-de-obra menor de idade nunca é mitigada no mundo do crime; a maioria das pessoas já estão cansadas de saber que são os delinquentes juvenis são os maiores causadores de roubos e pequenos furtos no nosso país, sendo eles presos e logo soltos para voltar para o crime. Como resultado desse sistema, pessoas passam a ter medo de andar na rua. Muitas são as pessoas que sofrem doenças psicológicas em função do pânico que já passaram na mão desses facínoras, sendo obrigadas a gastar fortunas em tratamentos médicos e psiquiátricos. Muitas são as lojas assaltadas por esses menores que se veem obrigadas a terem que contratarem seguranças e repassar esse investimento para seus consumidores. Logo, toda a nossa sociedade paga caro com a tolerância a esses delinquentes; não é justo que uma pessoa que estupre, mate e roube, como foi o caso do criminoso Champinha, tenha uma pena tão pequena em troca de todo o mal e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sofrimento que causou a família de suas vítimas, Liana Friedenbach e Felipe Caffé. Todos os dias, dezenas de menores infratores como Champinha cometem crimes bárbaros que acabam no esquecimento. Não é justo que bandidos perigosos voltem pouco tempo depois de seus crimes as ruas para cometer maldade contra outras pessoas. Liana e Champinha tinham ambos 16 anos. Para nossa lei, Champinha era muito novo para ser responsabilizado por seus atos; mas, Liana, mesmo sendo também menor de idade, não foi privada de ser responsabilizada pelos atos de Champinha; os ativistas de direitos humanos sempre fazem de tudo para que os direitos dos bandidos sejam preservados, mas se esquecem que os próprios alvos de seus esforços são os primeiros a desrespeitar os direitos humanos das pessoas inocentes. Esses bandidos não respeitam o direito de propriedade, tampouco o direito à vida – se bem que os ativistas de direitos humanos também não. Quando um criminoso comete um crime bárbaro, os ativistas de direitos humanos lutam pelos direitos dos criminosos, ao invés de lutar pelo direito de suas vítimas, essas sim, mereciam ter seus direitos humanos defendidos. Eles dizem que faltam lugar nas cadeias para os criminosos, mas a verdade é que o que falta mesmo é criminosos nas cadeias. O que a população pede é que se encha ainda mais essas cadeias, pois nosso país tem tanta impunidade que a maioria dos criminosos estão fora delas. Então que a lei se cumpra e que se construa as prisões; pois quase 90% da população brasileira agoniza em favor da redução da maioridade penal. O brasileiro está cansado de pagar impostos para que a sua segurança seja cada dia mais mitigada. Vivemos numa democracia e a verdadeira vontade do povo é colocar esses criminosos atrás das grades. Todos estamos cansados de pagar impostos para o governo criar essas instituições que só aparecem na hora que ocorre uma grande rebelião. Se 90% dos brasileiros clama por isso é porque essa situação a muito já saiu do controle; já que os outros 10% não conseguem ganhar no voto, apelam para o bom-mocismo e para o coitadismo, dizendo que o menor é uma vítima do sistema. Se esquecem que nem todos os menores de idade que moram em regiões dominada.

Em 19 de agosto de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou em segundo turno a PEC (Proposta de Emenda à Constituição) nº 171/93, que reduz a maioridade penal de 18 para 16 anos nos casos de crimes

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

hediondo (estupro ou latrocínio), homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte.

A proposta, entretanto, sofreu alterações em seu texto original. A emenda que foi apresentada originalmente ao Plenário e é de autoria dos deputados Rogério Rosso e André Moura, e incluía outros crimes como o tráfico de drogas, terrorismo, tortura, roubo qualificado, entre outros, mas foi rejeitada.

De acordo com as disposições da PEC aprovada, os jovens de 16 e 17 anos que praticarem os crimes mencionados deverão cumprir suas penas em local separado dos outros adolescentes que cumprem penas da ordem socioeducativas e dos maiores de 18 anos.

A redução da maioridade penal não é nem de longe a melhor alternativa para lidar com o problema da criminalidade na adolescência. Em lugar de encarcerar, o melhor é trabalhar o potencial de cada jovem por meio de arte, cultura e educação. Encaminhar adolescentes de 16 e 17 anos para o sistema penitenciário não ataca os reais problemas da violência brasileira, além de aumentar a criminalização dos/as jovens, em especial negros/as, pobres e moradores/as de periferias.

A cadeia como um local de reintegração social é um conceito historicamente recente, adotado pelos países entre o final do século 19 e o início do século 20. O Estado assume a custódia do criminoso e não está lá para aplicar uma vingança pessoal: independentemente da gravidade ou dos horrores dos crimes cometidos por alguém, a punição ao encarcerado deve respeitar as leis e a dignidade humana.

Apesar de a Constituição brasileira estabelecer o respeito à integridade física e moral dos detentos, não é essa a realidade observada nas mais de 1,4 mil unidades prisionais do país. Apesar da negação de direitos básicos aos detentos não causar comoção popular, os problemas do sistema prisional geram consequências também para as pessoas que estão fora das celas. A superlotação carcerária e a organização de facções dentro dos presídios apenas potencializam o aumento dos crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

A partir dos 12 anos, qualquer adolescente é responsabilizado pelo ato cometido contra a lei. Essa responsabilização, executada por meio de medidas socioeducativas previstas no ECA, têm o objetivo de ajudá-lo a recomeçar e a prepará-lo para uma vida adulta de acordo com o socialmente estabelecido. É parte do seu processo de aprendizagem que ele não volte a repetir o ato infracional.

Por isso, não devemos confundir impunidade com imputabilidade. A imputabilidade, segundo o Código Penal, é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e agir de acordo com esse entendimento, fundamentando em sua maturidade psíquica.

O ECA prevê seis medidas educativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. Recomenda que a medida seja aplicada de acordo com a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias do fato e a gravidade da infração.

Muitos adolescentes, que são privados de sua liberdade, não ficam em instituições preparadas para sua reeducação, reproduzindo o ambiente de uma prisão comum. E mais: o adolescente pode ficar até 9 anos em medidas socioeducativas, sendo três anos interno, três em semiliberdade e três em liberdade assistida, com o Estado acompanhando e ajudando a se reinserir na sociedade.

Não há dados que comprovem que o rebaixamento da idade penal reduz os índices de criminalidade juvenil. Ao contrário, o ingresso antecipado no falido sistema penal brasileiro expõe as(os) adolescentes a mecanismos/comportamentos reprodutores da violência, como o aumento das chances de reincidência, uma vez que as taxas nas penitenciárias são de 70% enquanto no sistema socioeducativo estão abaixo de 20%.

A violência não será solucionada com a culpabilização e punição, mas pela ação da sociedade e governos nas instâncias psíquicas, sociais, políticas e econômicas que as reproduzem. Agir punindo e sem se preocupar em discutir quais os reais motivos que reproduzem e mantém a violência, só gera mais violência.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Brasil tem a 4° maior população carcerária do mundo e um sistema prisional superlotado com 500 mil presos. Só fica atrás em número de presos para os Estados Unidos (2,2 milhões), China (1,6 milhões) e Rússia (740 mil).

O sistema penitenciário brasileiro não tem cumprido sua função social de controle, reinserção e reeducação dos agentes da violência. Ao contrário, tem demonstrado ser uma “escola do crime”.

Muitos estudos no campo da criminologia e das ciências sociais têm demonstrado que não há relação direta de causalidade entre a adoção de soluções punitivas e repressivas e a diminuição dos índices de violência.

No sentido contrário, no entanto, se observa que são as políticas e ações de natureza social que desempenham um papel importante na redução das taxas de criminalidade.

Dados do Unicef revelam a experiência malsucedida dos EUA. O país, que assinou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aplicou em seus adolescentes, penas previstas para os adultos. Os jovens que cumpriram pena em penitenciárias voltaram a delinquir e de forma mais violenta. O resultado concreto para a sociedade foi o agravamento da violência.

Diferentemente do que alguns jornais, revistas ou veículos de comunicação em geral têm divulgado, a idade de responsabilidade penal no Brasil não se encontra em desequilíbrio se comparada à maioria dos países do mundo.

De uma lista de 54 países analisados, a maioria deles adota a idade de responsabilidade penal absoluta aos 18 anos de idade, como é o caso brasileiro.

Essa fixação majoritária decorre das recomendações internacionais que sugerem a existência de um sistema de justiça especializado para julgar, processar e responsabilizar autores de delitos abaixo dos 18 anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A Doutrina da Proteção Integral é o que caracteriza o tratamento jurídico dispensado pelo Direito Brasileiro às crianças e adolescentes, cujos fundamentos encontram-se no próprio texto constitucional, em documentos e tratados internacionais e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal doutrina exige que os direitos humanos de crianças e adolescentes sejam respeitados e garantidos de forma integral e integrada, mediando e operacionalização de políticas de natureza universal, protetiva e socioeducativa.

A definição do adolescente como a pessoa entre 12 e 18 anos incompletos implica a incidência de um sistema de justiça especializado para responder a infrações penais quando o autor se trata de um adolescente.

A imposição de medidas socioeducativas e não das penas criminais relaciona-se justamente com a finalidade pedagógica que o sistema deve alcançar, e decorre do reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento na qual se encontra o adolescente.

Até junho de 2011, o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNACL), do Conselho Nacional de Justiça, registrou ocorrências de mais de 90 mil adolescentes. Desses, cerca de 30 mil cumprem medidas socioeducativas. O número, embora seja considerável, corresponde a 0,5% da população jovem do Brasil, que conta com 21 milhões de meninos e meninas entre 12 e 18 anos.

Sabemos que os jovens infratores são a minoria, no entanto, é pensando neles que surgem as propostas de redução da idade penal. Cabe lembrar que a exceção nunca pode pautar a definição da política criminal e muito menos a adoção de leis, que devem ser universais e valer para todos.

As causas da violência e da desigualdade social não se resolverão com a adoção de leis penais severas. O processo exige que sejam tomadas medidas capazes de romper com a banalização da violência e

seu ciclo. Ações no campo da educação, por exemplo, demonstram-se positivas na diminuição da vulnerabilidade de centenas de adolescentes ao crime e à violência.

A constituição brasileira assegura nos artigos 5º e 6º direitos fundamentais como educação, saúde, moradia, etc. Com muitos desses direitos negados, a probabilidade do envolvimento com o crime aumenta, sobretudo entre os jovens.

O adolescente marginalizado não surge ao acaso. Ele é fruto de um estado de injustiça social que gera e agrava a pobreza em que sobrevive grande parte da população.

A marginalidade torna-se uma prática moldada pelas condições sociais e históricas em que os homens vivem. O adolescente em conflito com a lei é considerado um 'sintoma' social, utilizado como uma forma de eximir da responsabilidade que a sociedade tem nessa construção.

A educação é fundamental para qualquer indivíduo se tornar um cidadão, mas é realidade que no Brasil muitos jovens pobres são excluídos deste processo. Puni-los com o encarceramento é tirar a chance de se tornarem cidadãos conscientes de direitos e deveres, é assumir a própria incompetência do Estado em lhes assegurar esse direito básico que é a educação.

As causas da violência e da desigualdade social não se resolverão com adoção de leis penais mais severas. O processo exige que sejam tomadas medidas capazes de romper com a banalização da violência e seu ciclo. Ações no campo da educação, por exemplo, demonstram-se positivas na diminuição da vulnerabilidade de centenas de adolescentes ao crime e à violência.

O Brasil não aplicou as políticas necessárias para garantir às crianças, aos adolescentes e jovens o pleno exercício de seus direitos e isso ajudou em muito a aumentar os índices de criminalidade da juventude.

O que estamos vendo é uma mudança de um tipo de Estado que deveria garantir direitos para um tipo de Estado Penal que administra a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

panela de pressão de uma sociedade tão desigual. Deve-se mencionar ainda a ineficiência do Estado para emplacar programas de prevenção da criminalidade e de assistência social eficazes, junto às comunidades mais pobres, além da deficiência generalizada em nosso sistema educacional.

A Organização Mundial de Saúde diz que o Brasil ocupa a 4° posição entre 92 países do mundo analisados em pesquisa. Aqui são 13 homicídios para cada 100 mil crianças e adolescentes; de 50 a 150 vezes maior que países como Inglaterra, Portugal, Espanha, Irlanda, Itália, Egito cujas taxas mal chegam a 0,2 homicídios para a mesma quantidade de crianças e adolescentes.

A Proposta de Emenda Constitucional quer alterar os artigos 129 e 228 da Constituição Federal, acrescentando um parágrafo que prevê a possibilidade de desconsiderar da inimputabilidade penal de maiores de 16 anos e menores de 18 anos.

No Brasil, o gargalo da impunidade está na ineficiência da polícia investigativa e na lentidão dos julgamentos. Ao contrário do senso comum, muito divulgado pela mídia, aumentar as penas e para um número cada vez mais abrangente de pessoas não ajuda em nada a diminuir a criminalidade, pois, muitas vezes, elas não chegam a ser aplicadas.

O problema da marginalidade é causado por uma série de fatores. Vivemos em um país onde há má gestão de programas sociais/educacionais, escassez das ações de planejamento familiar, pouca oferta de lazer nas periferias, lentidão de urbanização de favelas, pouco policiamento comunitário, e assim por diante.

A redução da maioridade penal não visa a resolver o problema da violência. Apenas fingir que há “justiça”. Um autoengano coletivo quando, na verdade, é apenas uma forma de massacrar quem já é massacrado.

Medidas como essa têm caráter de vingança, não de solução dos graves problemas do Brasil que são de fundo econômico, social, político. O debate sobre o aumento das punições a criminosos juvenis envolve um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

grave problema: a lei do menor esforço. Esta seduz políticos prontos para oferecer soluções fáceis e rápidas diante do clamor popular.

Em nosso país qualquer adolescente, a partir dos 12 anos, pode ser responsabilizado pelo cometimento de um ato contra a lei.

O tratamento é diferenciado não porque o adolescente não sabe o que está fazendo. Mas pela sua condição especial de pessoa em desenvolvimento e, neste sentido, o objetivo da medida socioeducativa não é fazê-lo sofrer pelos erros que cometeu, e sim prepará-lo para uma vida adulta e ajuda-lo a recomeçar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O UNICEF expressa sua posição contrária à redução da idade penal, assim como a qualquer alteração desta natureza. Acredita que ela representa um enorme retrocesso no atual estágio de defesa, promoção e garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. A Organização dos Estados Americanos (OEA) comprovou que há mais jovens vítimas da criminalidade do que agentes dela.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) defende o debate ampliado para que o Brasil não conduza mudanças em sua legislação sob o impacto dos acontecimentos e das emoções. O CRP (Conselho Regional de Psicologia) lança a campanha Dez Razões da Psicologia contra a Redução da idade penal CNBB, OAB, Fundação Abrinq lamentam publicamente a redução da maioridade penal no país.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **A Questão da Diminuição da Maioridade Penal**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano XI, n. 245, março de 2007.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

COUTINHO, Luiz Augusto. **Retrocesso da redução da imputabilidade penal para 16 anos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 94, 5 out. 2003.

LOCHE, Adriana Alves; LEITE, António J. Maffezoli. **Sociologia Jurídica. Redução da Imputabilidade Penal**: ineficácia social e impossibilidade constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jan./mar. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. **Nova fase do Direito moderno**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva 2001.

SILVA, José Luiz Mônaco da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.

SPOSATO, Karina Batista. **Porque dizer não a redução da idade penal**. UNICEF, 2007. Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/pt/index.html. Acesso em: 17/10/2013.

TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil**: compêndio transdisciplinar. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VOLPI, Mario. **O Adolescente e o Ato Infracional**. São Paulo : Cortez, 2005.

GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Menor infrator**: a caminho de um novo tempo. Curitiba: Juruá, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **A Maioria e a maioridade penal**. Revista Consulex, Brasília-DF, ano XI, n. 245, 31março. 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: NECESSIDADE DE CONSOLIDAÇÃO E EXPANSÃO

FERNANDA ROCHA RAMOS: graduada pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduada em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste em examinar como o incremento no uso dos métodos adequados de tratamento de conflitos pode auxiliar no alcance de soluções mais justas, efetivas e céleres. Inicialmente, serão expostas a origem e a evolução normativa dos métodos consensuais no direito brasileiro. Em seguida, serão apresentadas as características das principais espécies dos métodos adequados de tratamento de conflitos, a saber, a conciliação, a mediação e a arbitragem, bem como as suas vantagens. Ao final, propor-se-á a consolidação e a expansão desses métodos, com destaque para a necessidade de seu alcance às demandas pré-processuais.

Sumário: 1. Origem e histórico normativo dos meios alternativos à jurisdição tradicional no direito brasileiro. 2. Principais espécies de métodos adequados de solução de conflitos e suas vantagens. 2.1. Da arbitragem. 2.2. Da conciliação. 2.3. Da mediação. 3. Necessidade de consolidação e expansão dos métodos adequados de tratamento de conflitos. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Origem e histórico normativo dos meios alternativos à jurisdição tradicional no direito brasileiro

No direito pátrio, a cultura do litígio e a adoção do método tradicional de jurisdição – em que um juiz resolve os conflitos entre as partes por meio de uma sentença – encontram-se bastante arraigadas. Com efeito, desde os primórdios da ciência jurídica brasileira, que sofreu grande influência do direito romano, os atos processuais eram marcados pela formalidade e pela solenidade, além de prevalecer a crença de que somente sentenças judiciais poderiam colocar um fim aos litígios.

Contudo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que conferiu ênfase aos direitos fundamentais e objetivou a ampliação do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acesso à justiça, a problemática do assoberbamento do Poder Judiciário passou a aprofundar-se. Com a sua capacidade de resolução dos conflitos quase esgotada, formava-se o embrião para o surgimento dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Nesse contexto, a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, também facilitou o acesso à justiça, trazendo um procedimento mais simplificado para resolver demandas menos complexas. Ao mesmo tempo, previu a figura dos conciliadores e juízes leigos como auxiliadores da justiça e a competência dos Juizados Especiais Cíveis para realizar conciliações nas causas regidas pela referida lei.

Cesar Cury, ao tratar das consequências da edição da Constituição Federal e da Lei 9.099/95, pontua a sobrecarga que recai sobre o Poder Judiciário:

> "O resultado dessa equação, ao longo de pouco mais de duas décadas, é o estado de saturação do sistema de justiça convencional, em especial dos tribunais de justiça. Até 1988, tramitavam em todos os juízos do país cerca de 350 mil ações ao ano. Em 2014, esse montante alcançou aproximadamente cem milhões de processos, conforme dados do CNJ.
>
> (...)
>
> É nesse contexto que novas alternativas começaram a surgir a partir da própria incapacidade do Judiciário em atender às expectativas colocadas sob sua responsabilidade, e cogitações acadêmicas e discussões entre os operadores do Direito produzem seus primeiros resultados, alguns extraídos de experiências alienígenas e adaptados à legislação nacional"[1].

No ano seguinte, adveio a Lei 9.307/96, que versa sobre a arbitragem, trazendo a possibilidade de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis serem solucionados por terceiros capazes e imparciais, intitulados árbitros.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Mas foi no ano de 2010, como consequência do “Movimento pela Conciliação”, encabeçado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que os métodos de resolução de conflitos ganharam maior evidência. Deveras, no indigitado ano, o CNJ editou a Resolução 125, que recomendou a implantação de métodos autocompositivos – a saber, conciliação e mediação – por todos os Tribunais do país, como forma de se alcançar uma prestação jurisdicional mais efetiva e célere.

Luis Fernando Guerrero, ao tratar das diversas previsões para efetivação dos métodos de solução de controvérsias, destaca a relevância da referida Resolução. Confira-se:

> “Ademais, merece destaque a Resolução nº 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010, que ampliou institucionalmente, no âmbito do Judiciário, o ‘direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, [o que] implica acesso à ordem jurídica justa’, criando um flanco importante para a utilização dos métodos de solução de controvérsias, estabelecendo ‘política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses’”[2].

No ano de 2015, dois relevantes diplomas foram editados em prosseguimento à política adequada de tratamento de conflitos de interesses, a saber, o Código de Processo Civil (CPC/15) e a Lei de Mediação (Lei 13.140/15). Aliás, o CPC/15 prevê, logo em seu início, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos, sem prejuízo de que todos os atores processuais estimulem os métodos autocompositivos (art. 3º, §§ 2° e 3°), como consequência do dever de cooperação.

Como se não bastasse, o novo Diploma Processual Civil estabelece a audiência de conciliação como primeiro ato do processo, excepcionando tal procedimento somente nos casos em que não se admitir a autocomposição e em que houver manifestação de desinteresse de ambas as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Michele Paumgartten bem enfatiza a intenção do novo Código de promover a conciliação:

> "O art. 334 do CPC/2015 reflete o intuito conciliatório que se espera do magistrado na condução do processo judicial sob a novel legislação. Se a petição inicial preencher os requisitos legais e não for caso de improcedência liminar do pedido (art. 332 CPC/2015), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, antes do oferecimento da contestação pelo réu.
>
> Será prioritário que, antes de qualquer decisão judicial o magistrado busque a reconciliação das partes, conforme preceitua o § 3° do art. 3º do CPC/2015, salvo quando a matéria não admitir a autocomposição (que é mais amplo do que direitos disponíveis), ou quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual"[3].

Dessa forma, percebe-se que, apesar de relativamente recentes, os métodos adequados de solução de conflitos ganharam expressão normativa no ordenamento brasileiro, sobretudo tendo em vista a necessidade de desafogar o Poder Judiciário e de garantir a resolução mais efetiva e célere dos litígios.

2. Principais espécies de métodos adequados de solução de conflitos e suas vantagens

Os métodos adequados de solução de conflitos abrangem os meios autocompositivos e os heterocompositivos. Nos primeiros, a construção da solução é alcançada pelas próprias partes, ainda que com o auxílio de terceiros. A título de exemplo, destacam-se a mediação e a conciliação. Já nos métodos heterocompositivos, a resolução é formulada e aplicada por um terceiro imparcial, como ocorre com a arbitragem.

Em relação às vantagens gerais aplicáveis a esses métodos, os ensinamentos de Marco Aurélio Buzzi são elucidativos. Veja-se:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> "Os meios alternativos de resolução de conflitos rendem ensejo que as partes envolvidas adquiram maior intimidade e conhecimento das circunstâncias do caso a ser dirimido, e assim, formem o seu próprio convencimento e tenham discernimento suficiente para adotar uma deliberação, sopesando todos os aspectos, de modo que são muito maiores, no âmbito dessas práticas voltadas à solução dos litígios, as chances de resolução do conflito sociológico concomitante a todas as pendências que se pretende solucionar"[4].

A seguir, será abordado cada um dos principais métodos adequados de solução de controvérsia – arbitragem, mediação e conciliação –, ressaltando-se suas vantagens específicas.

2.1. Da arbitragem

A arbitragem foi um dos primeiros métodos alternativos surgidos em nosso ordenamento. A rigor, a sua origem remonta ao Código Comercial de 1850, que previa a resolução de conflitos comerciais por meio dessa figura.

Na arbitragem, ao invés de as partes submeterem os seus conflitos a um juiz togado, elas elegem um terceiro, capaz e neutro, para fazê-lo. Ou seja, a solução do litígio será externa, sendo imposta pelo árbitro, após as partes nele confiarem a sua demanda.

Carlos Alberto Carmona define o método heterocompositivo em tela, diferenciando-o da conciliação e da mediação:

> "Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsia) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução, de sorte que não existirá decisão a ser

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)"[5].

Atualmente, a arbitragem encontra-se devidamente regulamentada pela Lei 9.307/96, que sofreu recente alteração em virtude da previsão do seu uso nas relações com a Administração Pública. Há também a previsão de que o árbitro decidirá o conflito, valendo-se tanto de regras de direito como de equidade (art. 2º).

Dentre as vantagens desse método, o Manual de Mediação Judicial, do CNJ, coordenado por André Gomma de Azevedo, destaca as seguintes:

> "Antes de iniciada a arbitragem, as partes têm controle sobre o procedimento na medida em que podem escolher o(s) árbitro(s) e as regras procedimentais da preparação à decisão arbitral. Havendo consenso entre as partes quanto ao procedimento, a liberdade de escolha estende-se inclusive ao direito e à possibilidade de julgamento por equidade pelo árbitro.
>
> A arbitragem é conhecida por ser mais sigilosa e célere que o processo judicial na maior parte dos casos. A menos que estejam limitadas por regras acordadas anteriormente, as partes e seus advogados podem controlar o processo e agilizá-lo drasticamente, reduzindo custos e tempo"[6].

Além desses benefícios, o uso da arbitragem é recomendável e pode ser extremamente eficaz quando o litígio a ser resolvido demandar conhecimento técnico do terceiro imparcial. Isso porque muitos árbitros destacam-se por possuir capacitação específica em dada área, sendo muitas vezes escolhidos pelas partes justamente em virtude de tal *expertise*.

A despeito da importância da arbitragem, sobretudo na evolução dos métodos alternativos, hodiernamente há uma tendência em se incentivar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

os métodos autocompositivos, que possuem a vantagem de atribuir às próprias partes a resolução dos conflitos, empoderando-as.

2.2. Da conciliação

A conciliação consiste no método de resolução de controvérsias em que o conciliador facilita a comunicação e o diálogo entre as partes, orientando-as a encontrar a melhor solução para os seus conflitos. É exemplo clássico de meio autocompositivo, pois não há a imposição de qualquer decisão pelo conciliador, sendo as partes as verdadeiras responsáveis pela solução alcançada.

Marco Aurélio Buzzi, valendo-se das lições de Dinamarco, esclarece:

> "Conciliação é acordo de vontades que resulta de concessões mútuas, em que um terceiro imparcial ajuda, orienta e facilita a composição. O conciliador, além de orientar pode sugerir soluções, desenvolve atividade de modo imparcial, avalia a situação litigiosa propondo uma solução ao conflito, enunciando as vantagens e desvantagens que a transação acarreta aos litigantes (DINAMARCO, 2005, p. 142)"[7].

Segundo o novo CPC, o conciliador atuará preferencialmente em casos nos quais não haja vínculo anterior entre as partes, além de poder sugerir soluções durante as sessões. A conciliação geralmente relaciona-se com litígios menos complexos, já que as partes não se conhecem previamente e, portanto, o nível de animosidade é mais neutro.

Nessa esteira, extrai-se a principal diferença entre a conciliação e a mediação. De fato, ambos os métodos coincidem quanto à proposta autocompositiva, diferindo-se, porém, quanto à atuação do terceiro imparcial, já que o mediador deve agir de forma mais profunda no litígio, de modo a preocupar-se com a relação pretérita entre as partes – e não se cingir apenas ao cerne da controvérsia.

Atualmente, encontra-se superada a característica específica da conciliação, acentuada por alguns doutrinadores, quiçá influenciados pelo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

contexto da edição da Lei 9.099/95, no sentido de que ela visaria tão somente o acordo. Com efeito, após a Resolução 125/2010 do CNJ, prevalece que esse método consensual objetiva, na verdade, a harmonização social das partes e, se possível, a restauração das relações sociais entre elas.

Daí se extraem as vantagens da conciliação, como a humanização do processo, a maior atenção despendida pelo conciliador para que haja a efetiva compreensão da solução pelas partes, a busca por um desfecho satisfatório no menor prazo possível, a confidencialidade e a informalidade. Além disso, o conciliador vale-se de técnicas multidisciplinares, a fim de incentivar o alcance, pelas partes, de uma resolução construtiva e com o enfoque prospectivo.

2.3. Da mediação

A mediação pode ser definida como o método de solução de conflitos em que um terceiro imparcial auxilia na comunicação entre as partes, sem, contudo, oferecer-lhes opções de acordo. Assim, o mediador, eleito ou aceito pelas partes, não possui poder decisório, mas estimula o desenvolvimento de soluções para os conflitos de interesses.

A propósito, as características da mediação são adequadamente descritas por Diogo Assumpção Resende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Juliana Loss de Andrade:

> "A mediação possui algumas características próprias, independentemente da escola ou da abordagem adotadas ou do escopo eleito. Sempre será guiada por terceiro imparcial sem poder decisório, capacitado com técnicas capazes de auxiliar os envolvidos no alcance do resultado desejado. A mediação é um método autoral, na medida em que a decisão cabe aos participantes, que mantêm o protagonismo nas suas escolhas. Conquanto sejam levadas à mediação por imposição legal ou judicial, como ocorre nos países em que sua adoção é compulsória em certos casos, os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> participantes podem abandoná-la a qualquer tempo. A obrigatoriedade limita-se à participação inicial, normalmente na fase de pré-mediação. Dessa forma, a voluntariedade é um de seus traços essenciais"[8].

Vale lembrar que apenas recentemente foi editado o marco legal da mediação, a saber, a Lei 13.140/15. Tal norma limitou o objeto da mediação, sobre o qual recaía discussão, e previu diversos princípios a serem observados durante o procedimento, quais sejam, a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia de vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé (art. 2°).

A lei em tela inova ao prever não só a mediação judicial, mas também a extrajudicial. Nesse aspecto, as novas previsões revelam-se de grande valia, já que a mediação judicial não é suficiente para resolver o esgotamento da capacidade do Poder Judiciário, outrora enfatizado. Desse modo, não é necessário que se aguarde o ajuizamento da ação, a fim de que as partes procurem o auxílio do mediador. Aliás, antes que haja a judicialização, o nível de animosidade encontra-se mais neutro, favorecendo o alcance de um acordo entre as partes.

Outra inovação trazida pela lei consiste na mediação pública, que se torna extremamente importante quando consideramos o grande número de ações envolvendo entes da Administração Pública. Além de expressivas, as ações envolvendo entes públicos, muitas vezes, são complexas e de tramitação lenta, o que amplia as chances de o uso de métodos adequados de solução de conflitos produzirem bons resultados.

Nessa linha, confira-se a opinião de Luciane Moessa:

> "Não obstante seja necessário reconhecer a peculiaridade dos conflitos envolvendo o Poder Público, ainda assim o caminho da consensualidade se revela, em muitos casos – e aí eu saliento a situação daqueles conflitos que envolvem políticas públicas –, a solução mais adequada para o problema, para não dizer a única possível,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> notadamente em situações em que os impasses criados geram autênticas paralisações do aparato estatal”[9].

Mister destacar, noutro giro, que, apesar de a institucionalização representar um avanço à mediação, ainda há grandes desafios a serem vencidos. A superação desses desafios perpassa pela necessidade de uma verdadeira mudança cultural, conforme bem pondera a doutrina:

> “Finalmente, espera-se que, com o marco legal, a mediação se consagre como um meio realmente acessível e de qualidade no Brasil. Um grande passo foi dado, mas ele é somente o início de um caminho a ser percorrido pelos profissionais do direito e da mediação, aos quais caberá encontrar saídas práticas e adaptadas à cultura brasileira para seu exercício produtivo”[10].

Logo, não obstante a mediação tenha conquistado notável espaço, ainda é necessário o seu aperfeiçoamento e incremento, assim como em relação aos demais métodos adequados, a fim de se alcançar um cenário de resolução de conflitos verdadeiramente eficiente.

3. Necessidade de consolidação e expansão dos métodos adequados de tratamento de conflitos

Com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) pelos diversos Tribunais, sobretudo após a edição da Resolução 125/2010 do CNJ e, posteriormente, com o novo CPC, houve um início de adoção dos métodos adequados de solução de conflitos em âmbito nacional, ainda que com níveis de intensidade variáveis.

Contudo, a simples aplicação das técnicas consensuais de conflitos dentro dos CEJUSCs, geralmente associadas a demandas já ajuizadas, é insuficiente para desafogar o Poder Judiciário e importar na prestação de um serviço de qualidade. É preciso, pois, a efetiva consolidação e expansão do uso dos métodos adequados de solução de conflitos para atingir, por exemplo, causas pré-processuais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A utilização dos meios consensuais antes mesmo da existência de demandas judiciais tem se mostrado bastante producente, sobretudo ante a constatação de que, na fase anterior à judicialização, a animosidade entre as partes revela-se menos acirrada. A esse respeito, confiram-se os apontamentos de Fabiana Muniz:

> "Tem-se que a conciliação extrajudicial se apresenta como a melhor opção para a efetividade do processo civil contemporâneo, haja vista que sequer há a existência de um processo judicial. Salienta-se que, pelo fato de ser uma conciliação que ocorre em regra em Centrais e Câmaras, fora do ambiente forense, as expectativas de conciliação são maiores, haja vista que a mera propositura de uma ação judicial, bem como o comparecimento das partes em um fórum, pode aumentar o clima de competição e rivalidade, o que reduz ainda mais as chances de autocomposição"[11].

Na mesma esteira, enfatizam Giselle Marques e Delton Meirelles:

> "Ressalta-se que, em nosso entender, a mediação deveria ser um procedimento extrajudicial e também pré-processual, promovido antes da busca pelo Poder Judiciário. Vale destacar que 'as vias extrajudiciais de resolução de conflitos são aquelas que não receberam, da parte do Estado, uma atenção específica pela institucionalização efetivada via Poder Judiciário. As pessoas envolvidas utilizam a mediação como uma prática de comunicação, como superação (não necessariamente eliminação) do conflito antes mesmo da busca pela institucionalização do litígio, seguindo parâmetros legais e socialmente aceitos pela coletividade.
>
> (...)
>
> Um grande benefício gerado pela mediação, ao lado da recomposição do equilíbrio social, é a sua utilização antes mesmo de o conflito se tornar judicial, podendo alcançar assim uma maior eficácia por meio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> de um procedimento (em seu sentido mais amplo) extrajudicial, sem a presença institucionalizadora do Estado-Jurisdição”[12].

Noutro giro, é preciso o uso da criatividade pelos Tribunais e pelos órgãos públicos para ampliar o alcance e a efetividade dos novos métodos, ao mesmo tempo em que devem ser realizadas campanhas visando modificar a cultura social, muito apegada à jurisdição tradicional[13].

A propósito, é louvável a iniciativa de alguns Tribunais no sentido de descentralizar do Poder Judiciário a condução dos métodos adequados para a solução de conflitos, a exemplo da utilização de líderes ou mesmo de pessoas da comunidade, devidamente capacitadas, para buscar pacificar conflitos de interesses existentes em uma determinada sociedade, evitando, assim, o ajuizamento de demandas judiciais.

Também deve ser incentivado o uso de novas tecnologias e de meios eletrônicos[14], de modo a possibilitar a aproximação das partes e, consequentemente, o início de uma negociação, sem necessidade de que elas estejam fisicamente presentes ao fórum ou ao ambiente de determinado Tribunal[15]. A comodidade para os participantes, aliada à redução dos custos e à celeridade, verificadas nesses casos, são evidentes.

Nessa ordem de ideias, a expansão dos métodos adequados de tratamento de conflitos para abarcar, por exemplo, demandas pré-processuais, perpassando pela utilização de projetos inovadores e de novas ferramentas tecnológicas, contribui sobremaneira para o alcance de soluções mais céleres, plenas e efetivas. Ao mesmo tempo, permite a diminuição de demandas submetidas ao Poder Judiciário, que poderá concentrar-se na análise de casos mais pontuais e complexos ou que envolvam direitos indisponíveis.

4. Conclusão

Desde o surgimento do direito pátrio, a cultura da sentença revelou-se muito forte em nossa sociedade. Tradicionalmente, os atos processuais

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

sempre foram extremamente solenes e formais, prevalecendo a crença de que somente um juiz togado, por meio de uma sentença, seria capaz de colocar fim aos litígios.

Esse cenário começou a mudar após, sobretudo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei 9.099/95, porquanto houve um inequívoco movimento pela ampliação do acesso à justiça e pela simplificação de procedimentos. Com a facilitação do ingresso, inúmeras novas demandas foram distribuídas para os Tribunais, abarrotando o Poder Judiciário.

A incapacidade do Poder Judiciário de responder, de forma rápida e efetiva, a todas essas ações era, pois, evidente – e, o cenário, propício ao desenvolvimento de novos métodos adequados de resolução de conflitos. Assim, tanto os meios heterocompositivos, a exemplo da arbitragem, como os autocompositivos, a exemplo da conciliação e da mediação, ganharam relevo no sistema brasileiro, o que também decorreria das inúmeras vantagens que acarretam (redução dos custos, celeridade, informalidade, confidencialidade, efetividade, resolução plena dos conflitos, entre outras).

No ano de 2010, foi editada a Resolução 125 pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Já em 2015, o novo CPC estimulou o princípio da cooperação e o uso dos meios consensuais por todos os atores do processo, além de prever a realização de audiência de conciliação como primeiro ato do processo após a citação.

Contudo, os recentes avanços legislativos não se mostram suficientes para alterar a dura realidade da massificação de conflitos. É necessária a consolidação dos métodos adequados de solução de conflitos, mormente nos Tribunais em que essas iniciativas ainda são muito tímidas, bem como a expansão do seu uso para abarcar demandas pré-processuais.

De fato, os resultados produzidos pelos meios consensuais são ainda mais frutuosos quando a tentativa de negociação ocorre antes do ajuizamento das ações judiciais. O ânimo das partes e a propensão ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

alcance de um acordo são inequivocamente maiores. Nesse contexto, são louváveis as iniciativas de alguns Tribunais no sentido de valerem-se de líderes ou agentes comunitários capacitados com técnicas mediativas para auxiliarem na busca da pacificação em uma dada comunidade, assim como o uso da internet e de novas tecnologias para aproximar as partes, sem a necessidade de suas presenças físicas nos ambientes dos Tribunais.

Sem se pretender esgotar o tema, espera-se ter contribuído com uma visão crítica do atual estágio dos métodos adequados de tratamento de conflitos, bem como com a necessidade de intensificação do seu uso para a obtenção de soluções mais céleres, efetivas e justas.

5. Referências bibliográficas

BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Brasília: CNJ, 2016. Acesso em: 23 de março de 2018.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios*. In: Superior Tribunal de Justiça – Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 488-489.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Métodos mais adequados de resolução de conflitos: núcleo duro da política judiciária nacional*. In: Juiz Constitucional: Estado e poder no Século XXI – Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski/coordenadores Monica Herman Caggiano, Claudio Salvador Lembo, Manoel Carlos de Almeida Neto. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CURY, Cesar. *Poder Judiciário: novos direitos e desafios à proteção: protagonismo judicial e mecanismos de gestão de demandas*. In: Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas: estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 99-113.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e SANTOS, Evandro Marcelo dos (org). *Reflexões do Direito Brasileiro na Contemporaneidade.* Curitiba: CRV, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo, COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

HALE, Durval, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos.* Curitiba: Juruá, 2015.

NOTAS:

[1] CURY, Cesar. *Poder Judiciário: novos direitos e desafios à proteção: protagonismo judicial e mecanismos de gestão de demandas*. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 105-106.

[2] GUERRERO, Luis Fernando. *Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

[3] PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos.* Curitiba: Juruá, 2015, p. 194.

[4] BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios*. In: Superior Tribunal de Justiça – Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 488-489.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[5] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32.

[6] BRASIL, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf. Brasília: CNJ, 2016, p. 24. Acesso em: 23 de março de 2018.

[7] BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios*. In: Superior Tribunal de Justiça – Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 456.

[8] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, ANDRADE, Juliana Loss de e PANTOJA, Fernanda Medina. *Fundamentos*. In: O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 41.

[9] SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de Conflitos e Administração Pública*. In: O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 228.

[10] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de, ANDRADE, Juliana Loss de e PANTOJA, Fernanda Medina. *Fundamentos*. In: O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 90.

[11] MUNIZ, Fabiana Miranda. *A efetividade dos meios alternativos de solução de conflitos no processo civil contemporâneo*. Curitiba: CRV, 2017, p. 103.

[12] MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub e MEIRELLES, Delton Ricardo Soares. *Mediadores*. In: O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n° 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 121-122.

[13] Conforme bem enfatiza o ministro Marco Aurélio Buzzi, existe a necessidade de se alterar a cultura da sentença, bem como a mentalidade da sociedade, dos operadores do direito e da academia (BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Métodos mais adequados de resolução de conflitos: núcleo duro da política judiciária nacional*. In: Juiz Constitucional: Estado e poder no Século XXI – Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski/coordenadores Monica Herman Caggiano, Claudio Salvador Lembo, Manoel Carlos de Almeida Neto. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015).

[14] Aliás, a própria Lei 13.140/15 prevê a realização da mediação por meio da internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (art. 46).

[15] Como modelo da utilização de métodos alternativos e digitais para a resolução de conflitos, cite-se a ferramenta *consumidor.gov*, que permite ao consumidor se comunicar com empresas participantes, as quais se comprometem a dar uma resposta para as reclamações formuladas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

www.conteudojuridico.com.br

A IMPOSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PRIVATIVA DE LIBERDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA

HEITOR ALVES GIMENEZ:
Graduando do Curso de Direito da Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA
(Prof. Me. Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo realizar a análise critica acerca do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 de fevereiro do ano de 2016, cuja tal decisão comprometeu de forma turbulenta toda a jurisprudência que havia sido firmada por longos anos a respeito da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que até o julgamento do alusivo *Habeas Corpus* era vedado, mas, em virtude da alteração jurisprudencial, grande parte dos tribunais superior passaram a adotar o entendimento de ser plenamente possível a execução da pena quando a sentença viesse a ser confirmada em segundo grau, quando se entende encerrar a fase probatória.

Palavras-chave: Presunção de inocência. *Habeas corpus* 126.292. Execução provisória.

ABSTRACT: The purpose of this study is to conduct a critical analysis of the judgment of *Habeas Corpus* 126,292 of February of 2016, whose decision in a turbulent way compromised all the jurisprudence that had been signed for many years regarding the execution of the custodial sentence before the final judgment of the condemnatory criminal sentence, which until the judgment of the allusive *Habeas Corpus* was forbidden, but, due to the jurisprudential alteration, most of the higher courts began to adopt the understanding that the execution of the sentence is fully possible

when the sentence to be confirmed in the second degree, when it is intended to close the probationary phase.

Keywords: Presumption of innocence. *Habeas corpus* 126,292. Provisional execution.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A PENA NO BRASIL. 1.1 AS ESPÉCIES DE PENA NO BRASIL. 2 HIPÓTESES RECEPCIONADAS PELO CÓDIGO PENAL PARA A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. 2.1 DO FLARANTE DELITO. 2.2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA. 2.3 DA PRISÃO PREVENTIVA. 3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. 4 SÍNTESE DO PERCURSO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA MESMA. 5 DO ENTENDIMENTO DA POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ANTES DE TRANSITAR EM JULGADO NA VISÃO DO STF APÓS NEGAR A CONCESSÃO DO HABEAS CORPUS 126.292. 5.1 DA MUDANÇA BRUSCA ENTRE O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O respectivo trabalho tem como objetivo final a exposição sobre a impossibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesma que tal sentença seja apenas confirmada em segunda instância, em consonância com o artigo 283 do atual Código de Processo Penal, e na ótica contraria ao que foi proferido no *Habeas Corpus* de número 126.292, em meados de fevereiro de 2016.

Neste seguimento está a questão estudada por esse labor, com a finalidade de explicitar a impossibilidade da “execução provisória” da pena, que de antemão, em sua totalidade, fere o princípio da presunção de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

inocência, recepcionado pela atual Constituição Federal existente no artigo 5º do aludido diploma legal.

Para a elaboração do presente trabalho foi efetuada pesquisas bibliográficas doutrinarias e uma vasta gama de jurisprudência, para encontrar diversas opiniões em relação ao tema central, nos utilizamos o método de raciocínio hipotético-dedutivo.

1 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A PENA NO BRASIL

Preliminarmente, se faz necessário a abordagem de alguns temas de extrema importância, para que assim seja possível a construção da ideia final que pretendemos explanar, onde buscamos demonstrar que conforme é consagrado na atual Constituição Federal e no atual código de processo penal, ninguém será preso antes do trânsito em julgado da sentença penal que veio a lhe condenar, ideia essa que é alimentada pelo princípio da presunção de inocência.

A pena é utilizada pelo Estado como um mecanismo de punição, no Brasil as penas possuem três aspectos diferentes, sendo a pena privativa de liberdade, a de multa e a restritiva de direito (MIRABETE; FABBRINI, 2013, v. 1).

1.1 AS ESPÉCIES DE PENA NO BRASIL

No Brasil o indivíduo só é punido após o regular tramite de um processo judicial e com o consequente trânsito em julgado da sentença ao final, sendo condenatória.

Como já abordado anteriormente, são três as espécies de pena abordadas no nosso ordenamento jurídico, sendo **a restritiva de direito** a pena aplicada em crimes cuja a gravidade do fato possui menor relevância social, vez que se fosse ao autor do evento ilícito aplicada a pena que restringisse sua liberdade, tal pena não iria atender aos preceito da ressocialização, ao passo que a gravidade do crime não foi tamanha ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ponto de necessitar trancafiar o individuo, deste modo aplica-se a ele a pena restritiva de direito, onde terá suprido alguns de seus direitos com forma de punição (MIRABETE; FABBRINI, 2013, v.1).

O legislador se vale da **pena de multa** para aplicar sanções de natureza econômica, onde o patamar vem previamente fixado na lei, e os valores recolhidos tem como destinatário o Fundo Penitenciário Nacional (NUCCI, 2008).

A espécie mais importante a ser abordada por nós no presente labor é a pena privativa de liberdade, onde se divide em três regimes, sendo regime fechado, semiaberto e o aberto, deste modo, quando aplicado tal pena ao individuo, é pertinente observar a dosimetria da pena (MIRABETE; FABBRINI, 2013, v. 1).

2 HIPÓTESES RECEPCIONADAS PELO CÓDIGO PENAL PARA A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Como já abordado anteriormente, o código penal estabelece as hipóteses permissivas em que o autor ou suspeito de algum ato ilícito seja preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O artigo 283 do código de processo penal é o alicerce e também o ponto de partida para que seja analisada a possibilidade de decretação da prisão ao individuo antes que tenha uma sentença, antes que sejam analisados o caso concreto e a culpabilidade do acusado ou investigado.

2.1 DO FLARANTE DELITO

Em um primeiro momento iremos abordar o **flagrante delito**, onde o Ilustríssimo Doutrinador Fernando Capez (2012) ensina em suas obras que o termo Flagrante é originário do latim com a expressão *flagrare*, o qual tem como significado arder, queimar. Em sendo assim, presume-se que o crime em flagrante é o crime que queima, ou seja, que está sendo executado, cometido, ou logo após de ser praticado o evento ilícito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2.2 DA PRISÃO TEMPORÁRIA

De outro lado, também é permitido a prisão do individuo sem que haja transitado a sentença penal condenatória em julgado através da **prisão temporária**, a qual é regulamentada pela Lei nº. 7.960, de dezembro de 1989, onde expressa a natureza cautelar, tendo como objetivo principal a preservação da atividade a ser exercida pelo Delegado de Polícia durante a conclusão do inquérito policial. Em sendo assim, é plenamente possível concluir que a prisão temporária só é exercida na fase de inquérito e jamais depois que iniciado o tramite da ação penal.

2.3 DA PRISÃO PREVENTIVA

A pena preventiva é popularmente denominada pela doutrina como pena cautelar, pois são penas que necessitam da decretação por meio do magistrado, que por sua vez independe do momento do processo criminal ou da fase investigativa, isso antes que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e caso esteja preenchido os requisitos que a lei exige.

3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O *habeas corpus* nº 126.292 de fevereiro de 2016 foi analisado e julgado e os ministros do STF tiveram uma missão árdua no sentido de alterar a jurisprudência nacional que a muito tempo estava fincada no Brasil. Os ministros alteram a possibilidade que o sentenciado detinha de recorrer em liberdade, independente de qual recurso se tratava ou de qual grau estivesse o processo, não importando também se a sentença já foi confirmada em segunda instancia ou não.

Em meados de 1940, o princípio da presunção de inocência foi incluído na Declaração Universal de Direitos Humanos, e posterior

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

proclamada pela Organização das Nações Unidas - ONU na Assembleia Geral das Nações Unidas, que vinculou sua aplicabilidade em todas as nações (TOURINHO FILHO, 2012, v. 1).

Deste modo, com a elaboração da atual Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência foi injetado no artigo mais conhecido da Constituição, e rotulado pela doutrina como o artigo mais importante da Carta Magna, o artigo 5º, transido a transcrição melhorada no inciso LVII, o que foi apenas um modo de descartar qualquer entendimento de que o Brasil não era adepto ao princípio, pois como o princípio já estava inserido no Pacto de San José da Costa Rica, e o Brasil era signatário, não importava sua formalidade na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal do Brasil é a lei maior do Estado democrático de direito, por essa razão toda e qualquer lei deve observância para esse diploma legal, inclusive qualquer decisão que venha ser tomada, deve estar em total acordo e coerência com a Constituição, por essa razão o entendimento entabulado no julgamento do *habeas corpus* nº. 126.292 no entendimento de vários doutrinadores, está revestido de ilegalidade, pois mesmo não tendo força vinculante, vários desembargadores autorizaram o cumprimento provisório da pena quando a sentença de primeiro grau viesse a ser confirmada em segunda instância, argumentando que o direito de defesa já foi exercido e não haveria reexame de provas ainda que coubesse recurso do acordão de segundo grau (MIGALHAS, 2016).

4 SÍNTESE DO PERCURSO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA MESMA

O Estado quando quer ver satisfeito o seu poder de punir, deve se submeter a porta do Poder Judiciário, oferecendo denúncia bem como devendo também provar a materialidade do crime.

Uma vez realizada a denúncia, a maquina judiciária inicia sua execução em busca da justiça, momento em que o juiz analisa a exordial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

formulada pelo Estado (em caso de crimes cuja a ação é pública) e profere todas diligencias necessária para construir sua decisão sobre o caso.

Quando positivo o pedido formulado pelo Estado, o juiz irá proferir uma decisão condenatória, para que o individuo cumpra uma quantia certa de pena pelo fato por ele praticado (CAPEZ, 2012).

Ocorre que a Constituição Federal assegura a todos o direito de duplo grau de jurisdição, que permite o reexame da matéria em um tribunal superior, visando que a decisão não contenha qualquer tipo de vício ou prejuízo para ambas as partes.

Desta feita, é precioso destacar que todos os atos praticados no poder judiciário, seja praticado pelas partes ou pelo Estado Democrático de Direito, estão sujeitos a erros, por essa razão é assegurado o direito do duplo grau de jurisdição, para que a parte contraria a decisão possa manifestar seu interesse em ver a decisão aplicada ser revertida.

O Código de Processo Penal trás no seu texto, através do artigo 382, a informação de que o juiz que prolata a sentença finda ali o seu poder jurisdicional, não tendo mais condão para alterar qualquer ato já praticado, exceto os de erros materiais que por ventura exista.

Neste mesmo sentido, caso a parte queira ver alterar a decisão, deve se valer dos recursos necessários, isso se existir previsão legal. Em outras palavras, se a parte estiver contraria a decisão, deve manifestar seu repudio em outro Tribunal, mas isso não significa que tal decisão será alterada, nem tão pouco piorada.

Conclui-se então, que a sentença só transita em julgado quando esgotados todos os meios recursais, dai então é plenamente possível se falar em execução da pena aplicada ao caso concreto, quando a sentença for condenatória, isso porque não existe possibilidade de alteração da sentença, nem para melhor ou para pior, devendo executar o que foi aplicado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

5 DO ENTENDIMENTO DA POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ANTES DE TRANSITAR EM JULGADO NA VISÃO DO STF APÓS NEGAR A CONCESSÃO DO *HABEAS CORPUS* 126.292

A todo tempo foi explicitado no presente trabalho que a impossibilidade de se executar pena privativa de liberdade cuja sua sentença não estivesse transitada em julgado, pois de modo direto, fere os direitos individuais do individuo, em destaque, o princípio constitucional da presunção de inocência, assegurado pela Constituição Federal de 1998, no artigo 5º, inciso LVII.

Assim sendo, pode-se concluir com respaldo na atual Constituição Federal, bem como no atual Código de Processo Penal, que a execução da pena privativa de liberdade só deve ocorrer quando a sentença já estiver transitada em julgado, pois, assim como na Carta Magna esse também é o entendimento do artigo 283 do Código de Processo Penal.

De outro lado, sabe-se que existe possibilidades em que a aplicabilidade da prisão é permitida antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém, é necessário que esteja contido os requisitos que o artigo 312 do Código de Processo Penal estabelece, sendo apenas em prisão temporária, em flagrante delito ou em preventiva, não fugindo destes laços.

Forçoso destacar que esse entendimento foi assentado desde o vigor da Ilustre Constituição Federal, expondo de certo modo, os tratados internacionais em que o Brasil passou a ser signatário. Com efeito, é de conhecimento público que em meados de 2009, ficou destacada a possibilidade de que todo e qualquer condenado, independente de sua pena, pudesse recorrer a tribunais superiores em plena liberdade, ou melhor, vedando a execução provisória da pena privativa de liberdade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

esse entendimento foi extraído da decisão proferida no *Habeas Corpus*84.078, aludido entendimento foi recepcionado por diversos anos.

5.1 DA MUDANÇA BRUSCA ENTRE O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como já explanado anteriormente, desde o advento da Constituição Federal de 1998 e com mais efeito através da decisão proferida no *Habeas Corpus* 84.078, o individuo que recebesse sua pena em primeira instancia, poderia recorrer às instâncias superiores sem que fosse recolhido para o instituto prisional para executar sua pena, ou seja, não se fazia necessário que sua sentença fosse confirmada em tribunal superior, pra que a sua pena iniciasse, e sim o transito em julgado da sentença.

Entretanto, em um colapso curto de tempo esse entendimento foi alterado, para ser cirúrgico, esse entendimento foi alterado em 17 de fevereiro de 2016, quando em Sessão, o STF modificou tal entendimento, vez que veio a negar provimento ao *Habeas Corpus* 126.292, concebendo o conceito de que desde que a sentença viesse a ser confirmada em segundo grau, já era possível a execução da pena, pois assim não havia em que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, nem tão pouco em relação ao Código de Processo Penal, o qual traz no artigo 283, Decreto-Lei Nº 3.689, De 03 de outubro de 1941. “Ninguém poderá ser preso senãoem 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.”.

Na visão do Saudoso Ministro Teori Zavascki, quando a sentença fosse ratificada em segundo grau, sucumbia ali a análise dos fatos e todas as provas acostadas nos autos, o que embasava a culpa material ao individuo, e, desse modo, permitia a execução da pena em caráter

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

provisório, do mesmo modo quanto ao trecho de seu voto arremessado ao *Habeas Corpus* 126.292/SP:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos - mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação -, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa - pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas.

Desta feita, quando tal decisão foi proferida, houve uma enorme repercussão a respeito da meteria, isto porque colocou em terra um entendimento que a muito tempo vinha sendo adotado e respeitado, como sendo a forma mais justa de justiça, e fazendo com que o Brasil honrasse os tratados internacionais dos quais é signatário, ou seja, observando em especial o princípio da presunção de inocência.

Analisando o voto em espécie de cada Ministro, é possível observar que a alteração não agradou a todos, isso porque tanto o Ministro Marco Aurélio, quanto a Ministra Rosa Weber, explicitaram o inconformismo com a decisão. O Dr. Marco Aurélio auferiu a seguinte frase “não vejo uma tarde feliz em termos jurisprudencial na vida desse Tribunal, na vida do Supremo” e logo em seguida indagou sobre a existência de duvidas em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

relação ao tratamento de que a Constituição Federal não mais podia ser chamada de “Constituição Cidadã” (MIGALHAS, 2016).

A Ministra Rosa Weber afirmou categoricamente que não sentida apta para enfrentar a questão em pauta, nem tão pouca instruída para alterar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MIGALHAS, 2016).

Desta maneira, observamos que o tema que rege o presente trabalho, é tema de bastante complexidade no mundo jurídico e de grande repercussão, isto porque uma vez alterado o entendimento da Suprema Corte, mesmo que não tenha de início aplicabilidade vinculante em todos os tribunais.

Vale mencionar que a decisão proferida no ano de 2016 do modo como lançada no *Habeas Corpus* 126.292, faz surgir a incerteza de que o princípio da presunção de inocência ainda surte efeito no presente Ordenamento Jurídico Brasileiro.

A Jurisprudência tende a sofrer muito com a alteração do entendimento alicerçado pelo STF, isso porque é imensurável a quantidade de efeito que essa decisão irá acarretar ao Ordenamento Jurídico, pois desse modo, toda e qualquer defesa será de grande dificuldade para o réu, vez que até mesmo o STF, o detentor do dever de assegurar os direitos contidos na Constituição Federal, vem relativizando o texto constitucional.

CONCLUSÃO

Ante todo o explanado e depois de analisado minunciosamente todos os pontos que julgamos ser interessantes para chegarmos a uma conclusão de que existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial em relação a execução provisória da pena privativa de liberdade e sobre o princípio da presunção de inocência no Brasil, que de fato vem tomando traços indesejados.

Por essa razão, o ilustre trabalho pautou na analise da decisão proferida no *Habeas Corpus* 126.192, e na sua relevância para o mundo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

jurídico na questão jurisprudencial, para chegar em uma conclusão final de que a execução antecipada, conhecida como execução provisória, da pena privativa de liberdade antes de por fim em todas as vias recursais, é realizada com inobservância do artigo 283 do Código de Processo Penal, bem como também o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Desta maneira, toda e qualquer decisão que tenha como fundamento que lhe embase, a decisão do mencionado *Habeas Corpus*, a mesma, na nossa visão, estará coberta pelo manto da inconstitucionalidade, pois atropela a norma vigente do artigo 283 do Código de Processo Penal, e do mais, trazendo uma incerteza sobre a execução da pena no Brasil, pois a divergência e a duvida pendura até mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, quem dirá entre os doutos Desembargadores dos tribunais de segundo grau.

Para chegar em tal entendimento, foi utilizada varias pesquisas, em específico pesquisas jurisprudenciais e pesquisas doutrinárias sobre o tema.

Ficou explicito no desenvolver dessa obra, que o assunto objeto de estudo é de grande complexidade e de grande repercussão, não obstante, vem sendo atacado por grandes doutrinadores e observado de perto pelo mundo jurídico, seja para a vida prata ou para a vida doutrinária da matéria, pois o que ficar decidido em ordem jurisprudencial, pode alterar de forma brusca vários processos que se encontra em fase de recurso.

Por derradeiro, concluímos que do modo como lançada a decisão pelos Ministros, decidindo por negar ordem ao *Habeas Corpus* no ano de 2016, *data vênia*, não teve a observância de vários pontos de grande relevância, de exemplo o artigo 5º da Constituição Federal, precisamente no inciso LVII, e não menos importante o artigo 283 do Código de Processo Penal, e a inobservância de tais normas gerou prejuízo também ao princípio da presunção de inocência, sem mencionar que de modo indireto também veio a ferir os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://sys.grupodpg.com.br/public/utilitarios/1415293228codigosjuridicos_codigos_pdf_processopenal.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.689**, de 9 de junho de 2008 - Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 04 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: . Acesso em: 04 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: . Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 126.292**, voto do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Julgamento em 17/02/2016. 2016. Disponível em: . Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 84.078-7**. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência DJe n. 35 Divulgação 25/02/2010 Publicação 26/02/2010 Ementário nº 2391-5.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Daiana Carolina da Silva Gomes. **A presunção de inocência e a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n° 126.292**. Disponível em: .Acesso em: 13 jan. 2018.

MIGALHAS. **Julgamento Histórico**: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. 2016. Disponível em: . Acesso em: 13 jan. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1º a 120 CP. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTUGAL. Assembleia da República. C**onstituição da República Portuguesa.** 2005. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DESAPOSENTAÇÃO: ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL ENTENDIMENTO DO STF

FERNANDA ROCHA RAMOS: graduada pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduada em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Resumo:O objetivo deste trabalho consiste em examinar de que maneira o instituto da desaposentação deve ser visto como expressão de princípios constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana, a garantia do melhor benefício previdenciário e a isonomia. Serão analisados, inicialmente, a origem e o conceito da desaposentação. Em seguida, serão apresentados os argumentos utilizados pelo STF para considerar inadmissível a desaposentação, quais sejam, a irrenunciabilidade da aposentadoria, o princípio da solidariedade e a ausência de previsão legal acerca do instituto. Ao final, será exposta uma análise crítica em relação ao atual entendimento do Pretório Excelso.

Sumário: 1. Da origem e do conceito da desaposentação. 2. Dos empecilhos à desaposentação na visão do STF. 2.1 Da irrenunciabilidade à aposentadoria. 2.2 Do princípio da solidariedade. 2.3. Da ausência de previsão legal do instituto. 3. Críticas ao entendimento do STF. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

---

1. Da origem e do conceito da desaposentação

Até o advento da Lei 8.870/94, os aposentados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) que permanecessem exercendo ou voltassem a exercer atividade remunerada possuíam o direito de receber, em cota única, o valor correspondente às contribuições vertidas, devidamente corrigidas. Tratava-se do *pecúlio*, assim chamado “o montante em espécie devolvido ao aposentado que tivesse contribuído ao RGPS, por força da obrigatoriedade de filiação pelo exercício de atividade remunerada, quando este se desligasse do trabalho”[1].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com a extinção do pecúlio pela referida lei e, posteriormente, com a edição da Lei 9.032/95 – que, dentre outras alterações, incluiu os inativos que continuassem ou passassem a exercer atividade remunerada como segurados obrigatórios –, houve uma diminuição dos direitos dos aposentados, na medida em que, além de não receberem mais o pecúlio, eram obrigados a prosseguir vertendo as contribuições previdenciárias, sem receber, para tanto, qualquer contrapartida financeira em sua aposentadoria.

Esse cenário normativo era, pois, profícuo ao desenvolvimento da tese da desaposentação. Com efeito, a despeito de não possuir previsão legal expressa, passou-se, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a discutir a possibilidade de o inativo que permaneceu em atividade ou a ela retornou poder utilizar as contribuições realizadas após a aposentadoria para receber um acréscimo no valor do seu benefício.

Nesse contexto, a desaposentação pode ser compreendida como a desconstituição, por vontade do segurado, do ato de aposentação – que, por sua vez, consiste no ato administrativo estatal que modifica o *status* do segurado de ativo para inativo –, visando a uma nova aposentadoria, economicamente mais benéfica, no mesmo regime previdenciário ou em outro.

Frederico Amado bem conceitua a desaposentação, além de apontar os principais casos da sua ocorrência na atualidade:

> "A desaposentação é a renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária.
>
> (...)
>
> Há uma série de hipóteses em que a desaposentação será útil ao segurado. É possível que o pagamento de novas contribuições previdenciárias após a aposentadoria eleve a renda mensal inicial do benefício, a depender do seu valor, com a incidência mais tênue do fator previdenciário, havendo interesse em renunciar a aposentadoria e requerer uma nova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> Outrossim, poderá o segurado pedir a renúncia de uma aposentadoria por tempo de contribuição proporcional para, posteriormente, requerer uma integral, utilizando novos salários de contribuição após a primeira aposentadoria.
>
> É também possível que um aposentado do RGPS queira aproveitar esse tempo de contribuição para ter direito a uma aposentadoria no RPPS, caso tenha sido aprovado em concurso público de provimento de cargo efetivo, pois sem esse período não preencheria os requisitos para se aposentar no regime dos servidores públicos"[2].

O escólio de Gustavo Filipe Barbosa Garcia também contribui para a compreensão do instituto. Vejamos:

> "A desaposentação é o desfazimento do ato que concedeu a aposentadoria por vontade do segurado. Trata-se de desconstituição da aposentadoria, em razão de renúncia do benefício pelo segurado, entendida como ato unilateral pelo qual se dispõe do direito, extinguindo-o independentemente do consentimento do devedor.
>
> O beneficiário, assim, renunciaria à aposentadoria recebida, desconstituindo o ato de concessão, para que pudesse requerer novo benefício, com o acréscimo do tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria. Com a desaposentação, o segurado retornaria à posição original de beneficiário, passando a ter direito de requerer o benefício novamente"[3].

Quanto ao amparo legal do instituto no direito brasileiro, mister asseverar que a desaposentação não possui previsão expressa nas normas que atualmente versam sobre a previdência social, mas pode ser extraída por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Contudo, como se demonstrará, não foi esse o entendimento predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

2. Empecilhos à desaposentação na visão do STF

Segundo entendeu a maioria dos ministros do STF, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário 661.256/SC[4], sob o rito da repercussão geral, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, sendo constitucional a vedação contida no art. 18, § 2°, da Lei 8.213/91, que estabelece:

> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:
>
> (...)
>
> § 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Dentre os fundamentos utilizados pelos ministros, destacam-se o caráter irrenunciável da aposentadoria, o princípio da solidariedade decorrente do regime de repartição simples e a ausência de previsão legal do instituto, conforme se detalhará a seguir.

2.1 Da irrenunciabilidade à aposentadoria

Consoante a tese prevalecente no STF, a aposentadoria não pode ser vista como um direito patrimonial disponível, de modo que não comportaria renúncia.

Os partidários dessa corrente baseiam-se na redação literal do art. 181-B do Decreto 3048/99, que estabelece:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Ainda para esses defensores, os efeitos da aposentadoria e da eventual desaposentação não seriam restritos à esfera patrimonial do segurado, devendo-se levar em consideração o equilíbrio econômico e atuarial da previdência social. Assim, o instituto representaria ameaça ao aludido equilíbrio na medida em que as consequências financeiras da desaposentação não seriam passíveis de previsão pelo Estado por ocasião do ingresso do segurado no sistema geral previdenciário.

Além disso, na desaposentação, não haveria uma renúncia à aposentadoria propriamente dita, mas uma verdadeira troca de um benefício por outro. Daí a necessidade de previsão em lei e da vedação à desistência.

A propósito, confiram-se as palavras do saudoso ministro Teori Zavascki exaradas no julgamento do RE 661.256/SC:

> "Presente o estatuto jurídico acima delineado, não há como supor a existência do direito subjetivo afirmado na presente demanda, consistente em uma 'desaposentação', que seria o direito do segurado do RGPS a 'renunciar' a um benefício de aposentadoria já requerido e concedido, para, simultaneamente, obter outro benefício da mesma natureza, porém mais vantajoso, em face da agregação de tempo de contribuição ocorrido nesse interregno e da menor expectativa de sobrevida. Não é preciso enfatizar que de renúncia não se trata, mas, sim, de substituição de um beneficio menor por um benefício maior, uma espécie de 'progressão' de escala. Essa espécie de 'promoção' não tem previsão alguma no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> jurídica em que se insere, seria indispensável para gerar um correspondente dever de prestação. (...)”[5].

Dessa forma, malgrado se encontrem posições contrárias no âmbito doutrinário e jurisprudencial, a exemplo dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, prevalece, atualmente, a visão do STF quanto ao caráter irrenunciável e irreversível da aposentadoria.

2.2 Do princípio da solidariedade

Segundo o princípio da solidariedade, para alguns previsto implicitamente no art. 3º, I, da Constituição Federal (CF)[6], os segurados ativos contribuem não somente para sustentar a si próprios, mas também para os que já se encontram inativos. Em outras palavras, uma maioria, com capacidade contributiva, colabora para que uma minoria também possa usufruir de benefícios previdenciários.

Em verdade, tão logo foram surgindo os sistemas previdenciários, percebeu-se que o indivíduo, sozinho ou mesmo por meio de sua família, não conseguiria suportar todos os riscos sociais. Dessa forma, a solidariedade era imprescindível à organização da previdência social.

A respeito do princípio da solidariedade, leciona Wladimir Noaves Martinez:

> “(...) A solidariedade, referida no princípio, quer dizer a união de pessoas em grupo, globalmente consideradas, cotizando para a sustentação econômica de indivíduos em sociedade, individualmente apreciados e, por sua vez, em dado momento, também contribuirão ou não, para a manutenção de outras pessoas, e, assim, sucessivamente.
>
> No momento da contribuição, é a sociedade quem aporta. No instante da percepção da prestação, é o indivíduo a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários”[7].

Em virtude desse princípio, explica-se o motivo pelo qual uma pessoa recém-ingressa no sistema previdenciário faz jus a determinados benefícios se acometida por certas contingências, a exemplo da aposentadoria por invalidez. A concessão desses benefícios é possível porque outros trabalhadores contribuem para viabilizar tal cobertura.

A solidariedade foi utilizada por diversos ministros do STF para amparar a tese de que a desaposentação não seria permitida atualmente pelo ordenamento brasileiro. Assim, a circunstância de o indivíduo aposentado que retornou ao trabalho continuar obrigado a verter contribuições, sem receber, em contrapartida, qualquer acréscimo em seu benefício, decorreria do caráter colaborativo do atual sistema geral previdenciário.

Nesse sentido, confira-se a manifestação do ministro Dias Toffoli:

> “Nosso regime previdenciário possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, não se vislumbrando nenhuma inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.
>
> Como salientei em meu voto nos autos do RE nº 381.367/RS, além de não vislumbrar a apontada inconstitucionalidade da norma, tampouco entendo ser o caso de se conferir a ela ‘interpretação conforme ao texto constitucional em vigor’, pois me parece clara a interpretação que vem dando a União e o INSS no sentido de que esse dispositivo, combinado com o art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 - acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99 -, impede a desaposentação”[8].

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Destarte, segundo o Pretório Excelso, não há qualquer incongruência no fato de o indivíduo aposentado, que volta a trabalhar, recolher contribuições e não poder acrescê-las no valor do seu benefício, já que vigora em nosso ordenamento o princípio da solidariedade em matéria previdenciária.

2.3. Da ausência de previsão legal do instituto

Outro argumento apresentado pelos ministros vitoriosos no julgamento do RE 661.256/SC consistiu no fato de a desaposentação não possuir previsão expressa no ordenamento pátrio.

Segundo esse entendimento, em face do princípio da legalidade – segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permitir – e da natureza estatutária do Regime Geral da Previdência Social, o recálculo da aposentadoria somente poderia ser realizado por expressa previsão legislativa.

Não foi outra a manifestação do ministro Teori Zavascki:

> "Portanto, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, que é estatutário, os direitos subjetivos estão integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico: são apenas e tão somente aqueles previstos no referido estatuto, segundo a configuração jurídica que lhes for atribuída no momento em que implementados os requisitos necessários à sua aquisição. Isso significa que a ausência de proibição à obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não pode ser tida como afirmação do direito subjetivo de exercê-la. Na verdade, dada a natureza institucional do regime, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivale à inexistência de um dever de prestação por parte da Previdência Social"[9].

Em suma, entendeu-se que o legislador ordinário até poderá vir a prever a desaposentação; todavia, até que isso aconteça – se é que um dia ocorrerá –, não há amparo normativo para a revisão do benefício.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3. Críticas ao entendimento do STF

A despeito de todos os empecilhos vislumbrados pelo STF para se permitir a desaposentação no ordenamento jurídico hodierno, entendemos que o instituto deve ser analisado de forma harmônica com importantes princípios constitucionais, em especial com o da dignidade da pessoa humana, o da garantia do melhor benefício previdenciário e o da isonomia.

Ora, não se pode olvidar que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1°, inciso III, da Carta da República, deve informar todo o Direito Previdenciário, sobretudo em se considerando que a aposentadoria é espécie de direito social e, portanto, de direito fundamental. Dessa forma, o respeito a esse princípio fundamental deve ser observado também no âmbito da seguridade social e, mais especificamente, da previdência social.

Nessa ordem de ideias, à luz da dignidade da pessoa humana, deve-se apurar eventual anacronismo na legislação, procedendo-se à sua constante atualização, a fim de possibilitar o bem estar e o mínimo existencial do indivíduo. Assim, o ato de rechaçar a possibilidade da desaposentação em virtude da ausência de previsão expressa no ordenamento não se coaduna com a condição humana do indivíduo, nem com a necessidade da sua proteção social.

Destarte, embora seja de todo recomendável a pronta intervenção do Congresso Nacional, com o intuito de adequar a legislação atual aos anseios dos segurados que permanecem em atividade ou a ela retornam após aposentados, compreende-se que, enquanto não editada lei para permitir a desaposentação, a desconstituição da aposentadoria por vontade do segurado deve ser reconhecida, à luz da dignidade da pessoa humana. Aliás, não se pode ignorar a realidade de milhares de aposentados que, em verdade, não optam por retornar à atividade por vontade própria, mas o fazem por necessidade pessoal, a fim de garantir o seu sustento mínimo e o de sua família.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

A possibilidade da desaposentação como expressão da dignidade da pessoa humana é bem descrita por Camila Oliveira Reis Araújo. Confira-se:

> "As normas previdenciárias devem ser interpretadas de acordo com a carga valorativa subjacente a sua existência e de modo a respeitar a dignidade da pessoa humana, objetivando sempre a busca do pleno atendimento aos anseios e expectativas da sociedade.
>
> (...)
>
> Contudo, não se pode olvidar que o instituto da desaposentação acarreta um bem-estar ao segurado, vez que não se busca o desfazimento puro e simples de seu benefício, mas sim a percepção de nova prestação, mais vantajosa, melhorando sua qualidade de vida e de seus dependentes, no sentido do que dispõe a Carta Magna sobre o direito ao trabalho, à vida e à dignidade da pessoa humana e revertendo a seu benefício a contribuição realizada"[10].

Na mesma esteira é o ensinamento de Serau Júnior:

> "A expectativa de que o STF propiciasse uma justa contrapartida social em virtude das contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a primeira aposentadoria equivaleu, para o cidadão e para a advocacia previdenciária, a uma pretensão de justiça social e de dignidade no campo previdenciário.
>
> Que o resultado negativo do julgamento sobre a desaposentação não aponte para a desconstrução da Previdência Social como verdadeiro direito fundamental"[11].

A ministra Rosa Weber, ao julgar o RE 661.256/SC, asseverou que a dignidade humana é imprescindível à construção dos direitos sociais, categoria na qual a previdência social encontra-se incluída. Nas palavras da eminente ministra:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "O intuito de otimizar o padrão de vida é ínsito ao ser humano, não lhe sendo proibido legal, moral ou eticamente ter em mira o referido intento. Ao contrário, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil foram consagrados justamente nesse sentido, tendo sido enunciados explicitamente entre esses a promoção do bem de todos e o desenvolvimento nacional, bem como proclamado, desde o preâmbulo da Constituição Federal, o bem-estar social como valor supremo da sociedade. Igualmente, o escopo último da ordem social consiste na garantia do bem-estar e justiça sociais, assim como objetiva o artigo 7º da Lei Fundamental propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, mediante os direitos que enuncia"[12].

A par da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição à desaposentadoria implica, também, ofensa à garantia do melhor benefício previdenciário. É o que se extrai da lição de Theodoro Vicente Agostinho e Sérgio Henrique Salvador:

> "Portanto, além de se tratar de direito manifestamente disponível, de explícito conteúdo alimentar, direito social e fundamental por excelência, na desaposentação busca o aposentado uma melhor condição em sua alocação no plano previdenciário, buscando melhorias não só econômicas de seu benefício, mas sim aprimorar e tentar
>
> concretizar a dignidade humana, um sonho constitucional"[13].

No que se refere à afronta ao princípio da isonomia, é plenamente possível vislumbrar na vedação à desaposentação a ocorrência de uma situação de desigualdade gerada em relação aos ativos. Deveras, enquanto os inativos que retornarem ao trabalho serão obrigados a prosseguir com o pagamento das contribuições previdenciárias sem receber, em contrapartida, qualquer diferença em sua aposentadoria, os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

ativos não aposentados manterão garantido o direito de receberem o retorno financeiro de suas contribuições vertidas.

Por outro lado, tendo em vista a existência de fonte de custeio, a saber, o recolhimento de contribuições previdenciárias pelos aposentados que retornam à atividade, mostra-se atendida a norma do art. 195, § 5°, da CF[14], revelando-se desproporcional, injusto e desigual o não aproveitamento dessas contribuições para o incremento no benefício previdenciário dos ex-aposentados. Em verdade, a inadmissão da desaposentação importa em enriquecimento injustificado do Poder Público.

Nesse sentido caminham as críticas tecidas por Gustavo Filipe Barbosa Garcia ao atual entendimento do STF:

> "Trata-se de entendimento que desestimula o aposentado de continuar trabalhando e contribuindo ao sistema previdenciário. Com isso, pode haver redução de valores recolhidos e até mesmo o efeito social e econômico negativo de se incentivar o trabalho informal.
>
> Apesar de a Previdência Social ser fundada no princípio da solidariedade, ao não se admitir a desaposentação de quem continua contribuindo ao sistema, ocorre o pagamento de contribuições sociais (que não se confundem com impostos) pelo segurado, mas sem qualquer contrapartida efetiva em seu favor, revelando certo enriquecimento sem causa pelo Poder Público.
>
> Espera-se, assim, que a questão seja prontamente revista pela jurisprudência e adequadamente disciplinada pelo legislador"[15].

Como se não bastasse, se é certo que não há previsão legal acerca da desaposentação atualmente, não é menos certo que o ordenamento pátrio também não a veda. A esse respeito, veja-se o posicionamento de Sérgio Pinto Martins:

> "A Constituição não veda a desaposentação. As Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91 também não o fazem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> O que não é proibido é permitido. Há acórdãos do TCU permitindo a desaposentação. O objetivo é poder requerer outra aposentadoria e até mais vantajosa, com a utilização do tempo de serviço. A norma não pode ser interpretada contra o segurado, com o intuito de obrigá-lo a permanecer aposentado.
>
> A desaposentação é um direito patrimonial de caráter disponível. Não há lei que vede a desaposentação. O INSS não pode obrigar alguém a continuar aposentado, recebendo o benefício"[16].

Vale lembrar que mesmo o art. 18, § 2°, da Lei 8.213/91 não veda a desaposentação, pois apenas versa sobre solicitações de novos benefícios ou serviços previdenciários. Situação diversa ocorre na desaposentadoria, por meio da qual se visa a complementação de benefício já existente. Não por outra razão, o ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto minoritário proferido no RE 661.256/SC, esclareceu, de maneira acertada, a desnecessidade de se apreciar a constitucionalidade do indigitado dispositivo, que não seria aplicável à desaposentação.

Já quanto à tese da irrenunciabilidade da aposentadoria, esclareça-se que a sua previsão atual encontra-se restrita ao Decreto 3.048/99 (art. 181-B), que, enquanto norma de natureza infralegal, não tem o condão de impedir o exercício de um direito individual, sobretudo em vista do seu caráter patrimonial e disponível.

Outrossim, não se pode olvidar que o deferimento da desaposentação não traz prejuízo a terceiros, ao passo que melhora, sobremaneira, a vida do segurado aposentado. Daí não serem a ausência de previsão legal do instituto ou o princípio da solidariedade fundamentos suficientes para impedir a complementação do benefício pelo segurado, mormente em se considerando que a possibilidade de desaposentação pode ser extraída do próprio sistema, e que se encontra relacionada com princípios constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

4. Conclusão

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com o término do benefício previdenciário intitulado *pecúlio* e o advento da Lei 9.032/95, que estabeleceu o enquadramento, como segurados obrigatórios, dos inativos que permanecessem ou retornassem à atividade laboral, ganhou força a tese da desaposentação, que consiste na renúncia, pelo segurado, da aposentadoria que recebe, a fim de requerer uma nova, mais vantajosa.

A possibilidade de desaposentação sempre foi controvertida no ordenamento brasileiro, porquanto, se de um lado, não há previsão legal expressa acerca do instituto, de outro, a possibilidade de desconstituição da aposentadoria, por vontade do segurado, com vistas a obter melhor benefício, parece decorrer do próprio sistema previdenciário, que obriga aquele que retorna à atividade a verter contribuições previdenciárias.

No final de 2016, contudo, o STF julgou o Recurso Extraordinário 661.256/SC, sob o rito da repercussão geral, fixando o entendimento de que as vantagens e os benefícios previdenciários somente podem ser instituídos por lei e que o art. 18, § 2°, da Lei 8.213/91, que, em tese, veda a desaposentação, é constitucional. Dentre os principais argumentos utilizados pela Suprema Corte, destacam-se o caráter irrenunciável da aposentadoria, o princípio da solidariedade e a ausência de previsão legal do instituto.

Com a devida vênia, entendemos que o atual entendimento do STF é passível de críticas, pois não se coaduna com os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da garantia do melhor benefício previdenciário. Talvez por ter se sensibilizado com a crise econômica vivenciada pelo país e por um apego desmedido ao princípio da solidariedade, o entendimento sufragado olvidou-se de valores maiores insculpidos na própria Carta da República.

5. Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Theodoro Vicente e SALVADOR, Sérgio Henrique. *O impacto da Desaposentação no Direito Previdenciário: uma Reflexão da Sua Viabilidade e Importância no Cenário Jurídico*. In: Revista Síntese Direito Previdenciário. Porto Alegre, v. 15, n. 74, p. 65-81, set.-out/2016.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

AMADO, Frederico. *Direito Previdenciário*. 6ª edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. Disponível em: http://www.dizerodireito.com.br/2016/10/analise-juridica-da-decisao-do-stf-que.html. Acesso em: 7 de março de 2018.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e SANTOS, Evandro Marcelo dos (org). *Reflexões do Direito Brasileiro na Contemporaneidade.* Curitiba: CRV, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Desaposentação na atual jurisprudência do STF*. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/EG73X1QJ7EE8SGCNGIXP1CHQQUVQJ4VV4VE8GYFB88VM1294GI-52973?func=service&doc_library=SEN01&doc_number=001086286&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA. Acesso em: 18 de março de 2018.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro e MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: Teoria e Prática.* 2ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário.* 6ª edição. São Paulo: LTR, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Prática Previdenciária.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito da seguridade social.* 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Vinicius Mendes e SALGADO, Antonio Luiz Nunes. *Desaposentação – Hipótese de Modulação pelo STF*. In: Revista Magister de Direito Previdenciário. Edição 36 – Dez/Jan 2017. Acesso em 13 de março de 2018.

SANTIAGO, Rogério Vieira. *"Desaposentadoria" no Serviço Público.* Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação: julgamento como sinônimo de justiça social*. In: Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário, n. 1, jan. 2017.

NOTAS:

[1] LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro e MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: Teoria e Prática*. 2ª edição, revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2014, p. 88.

[2] AMADO, Frederico. *Direito Previdenciário*. Juspodvim. Salvador: 2015, p. 545-546.

[3] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Desaposentação na atual jurisprudência do STF*. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/EG73X1QJ7EE8SGCNGIXP1CHQQUVQJ4VV4VE8GYFB88VM1294GI-52973?func=service&doc_library=SEN01&doc_number=001086286&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA. Acesso em: 13 de março de 2018.

[4] Na ocasião, o STF também julgou os Recursos Extraordinários 827.833/SC e 381.367/RS, referentes à mesma matéria.

[5] Voto do ministro Teori Zavascki proferido no julgamento do RE 661.256/SC, p. 72 do acórdão.

[6] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;".

[7] MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 2015, p. 75.

[8] Voto do ministro Dias Toffoli proferido no julgamento do RE 661.256/SC, p. 55 do acórdão.

[9] Voto do ministro Teori Zavascki proferido no julgamento do RE 661.256/SC, p. 68-69 do acórdão.

[10] ARAÚJO, Camila Oliveira Reis. *Aspectos constitucionais e processuais da ação de desaposentação*. In: Reflexões do direito brasileiro na contemporaneidade. Curitiba: CRV, 2017, p. 65 e 66.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[11] SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação: julgamento como sinônimo de justiça social*. In: Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário, n. 1, jan. 2017, p. 21.

[12] Voto da ministra Rosa Weber proferido no julgamento do RE 661.256/SC, p. 171 e 172 do acórdão.

[13] AGOSTINHO, Theodoro Vicente e SALVADOR, Sérgio Henrique. *O impacto da Desaposentação no Direito Previdenciário: uma Reflexão da Sua Viabilidade e Importância no Cenário Jurídico*. In: Revista Síntese Direito Previdenciário. Porto Alegre, v. 15, n. 74, set.-out/2016, p. 69.

[14] "Art. 195. (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

[15] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Desaposentação na Atual Jurisprudência do STF*. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/EG73X1QJ7EE8SGCNGIXP1CHQQUVQJ4VV4VE8GYFB88VM1294GI-52973?func=service&doc_library=SEN01&doc_number=001086286&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA. Acesso em: 18 de março de 2018.

[16] MARTINS, Sérgio Pinto. *Prática Previdenciária*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

O PROJETO DE LEI N. 769/2015 E O PADRÃO GRÁFICO ÚNICO DAS EMBALAGENS DE PRODUTOS FUMÍGENOS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E DE USO DE MARCAS E SOBRE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO NORMATIVA ESTATAL NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E EMPRESARIA

LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JÚNIOR: Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí; doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais; professor de Direito Constitucional, Centro Universitário de Brasília; e procurador da Fazenda Nacional requisitado pelo Ministério dos Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

1.Tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n. 769/2015[1], de autoria do senador José Serra, que visa alterar "*a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, para vedar a propaganda de cigarros ou qualquer outro produto fumígeno e o uso de aditivos que confiram sabor e aroma a estes produtos,* ***bem como estabelecer padrão gráfico único das embalagens de produtos fumígenos****; altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para configurar como infração de trânsito o ato de fumar em veículos quando houver passageiros menores de dezoito anos; e dá outras providências.*"

2.Em que pese a amplitude normativa do aludido "PLS 769/2015", na presente análise as atenções se concentrarão na seguinte proposta de comando normativo, que consta no citado "Projeto":

> *As embalagens dos produtos fumígenos derivados ou não do tabaco, com exceção dos destinados à exportação, deverão apresentar padrão gráfico único e conter mensagens de advertência, acompanhadas de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem.*

3.Pede-se licença para achegar o inteiro teor do aludido "PLS 769/2015":

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 3º e 5º da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

> *"Art. 3º. É vedada, em todo o território nacional, qualquer forma de propaganda, publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos, ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, inclusive nos locais de vendas.*
>
> *§ 1º Para fins do disposto no caput, entende-se por:*
>
> *I - propaganda, publicidade e promoção qualquer forma de comunicação, recomendação ou ação comercial com o objetivo, efeito ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto fumígeno; e*
>
> *II - patrocínio qualquer forma de contribuição, financeira ou não, a evento, atividade ou indivíduo com o objetivo ou provável efeito de promover, direta ou indiretamente, um produto fumígeno ou seu consumo.*
>
> *§ 2º A vedação prevista no caput inclui:*
>
> *I - a exposição e a visibilidade dos produtos mencionados nos locais de venda, bem como a utilização de máquinas automáticas na comercialização dos produtos;*
>
> *II - qualquer forma de propaganda, publicidade, promoção e patrocínio institucional de empresas fabricantes ou exportadoras de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

qualquer outro produto fumígeno derivado ou não do tabaco.

§ 3º Revogado

§ 4º Revogado

§ 5º Revogado

§ 6º Revogado

§7º .....

§ 8º As embalagens dos produtos fumígenos derivados ou não do tabaco, com exceção dos destinados à exportação, deverão apresentar padrão gráfico único e conter mensagens de advertência, acompanhadas de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Negritamos)

§ 9º Nas embalagens de produtos fumígenos vendidas diretamente ao consumidor, as mensagens a que se refere o § 8º serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em cem por cento de sua face posterior, em 30% de sua parte frontal e em uma de suas laterais.

§ 10. O disposto nos §§ 8º e 9º deste artigo será regulamentado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA." (NR)

"Art. 5° As chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos indicados no art. 4°, para eventos alheios à programação normal ou rotineira das emissoras de rádio e televisão, poderão ser feitas em qualquer horário, desde

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

que identificadas apenas com a marca ou slogan do produto, sem recomendação do seu consumo.

§ 1° As restrições deste artigo aplicam-se à propaganda estática existente em estádios, veículos de competição e locais similares.

§ 2° Nas condições do caput, as chamadas e caracterizações de patrocínio dos produtos estarão liberados da exigência do art. 8º-A desta Lei." (NR)

Art. 2º Incluam-se na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, os seguintes artigos 3º-D e 8º-A:

"Art. 3º-D. Ficam proibidas a importação e a comercialização no país de produto fumígeno derivado do tabaco que contenha substâncias sintéticas e naturais, em qualquer forma de apresentação, com propriedades flavorizantes ou aromatizantes que possam conferir, intensificar, modificar ou realçar sabor ou aroma do produto."

"Art. 8º-A. A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios das bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa."

Art. 3º O art. 162 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

"Art. 162.

.....

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

VII – em que haja alguém fumando, se houver passageiro menor de dezoito anos:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa.” (NR)

Art. 4º Ficam revogados os seguintes dispositivos da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 2015:

I - os §§ 3º, 4º e 5º e 6º do art. 3º;

II - os incisos III, V, VI, VII do art. 3º-A; e

III - o art. 3º-C.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

4.Alguns fatos são inquestionáveis e indispensáveis para uma adequada compreensão e solução dos problemas normativos sob exame.

4.1. Os produtos fumígenos fazem mal à saúde e devem receber rigoroso tratamento normativo;

4.2. São legítimas as políticas públicas que visam reduzir a produção e o consumo de produtos fumígenos, mediante preceitos normativos válidos;

4.3. Os produtores e os produtos fumígenos lícitos não devem receber tratamento normativo que induzam à clandestinidade de sua produção ou de seu consumo;

4.4. Os consumidores dos produtos fumígenos devem ter assegurado o direito de informações sobre as marcas e produtos de sua preferência;

4.5. A Constituição brasileira autoriza a propaganda comercial, com restrições legalmente estabelecidas, de tabaco, bebidas alcóolicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias;

5.Tenha-se que este subscritor, ao confeccionar Nota Fazendária nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.952, que analisou a validade jurídica do Regime Especial do IPI para os produtos fumígenos,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

instituído pelo Decreto-Lei n. 1.593/1977 (*Direito Constitucional Fazendário*, Brasília: Advocacia-Geral da União, pp. 238-247), se manifestou no sentido de que "todas as normas e medidas jurídicas para controlar com rigor e austeridade a produção de cigarros são constitucionalmente válidas, politicamente legítimas, moralmente aceitáveis e socialmente desejáveis".

6.Naquele caso, tratava-se da possibilidade do cancelamento do registro especial das indústrias tabagistas que descumpram suas obrigações fiscais e administrativas. O cancelamento como sanção administrativa em decorrência da prática de atos ilícitos. A premissa adotada foi a de que "somente com o cumprimento de suas obrigações legais é que a indústria tabagista poderá exercer o seu direito de produzir cigarros".

7.É imperioso reiterar que naquela oportunidade cuidava-se de legislação relativa à "fabricação de cigarros", de sorte que a "indústria tabagista" é a destinatária do rigoroso tratamento normativo de caráter administrativo e fiscal. Daí porque restou assinalado:

> "*Essa específica atividade econômica, conquanto lícita, é apenas tolerada pelo Estado. O Poder Público concede um favor às empresas que têm a fabricação de cigarros como principal atividade econômica constante de seu objeto social. Daí porque somente a empresa que se adequar às normas e medidas estabelecidas no questionado diploma legislativo pode produzir cigarros.*
>
> *Nessa toada, o espírito público consiste na criação de constrangimentos legais que dificultem ao máximo o interesse empresarial na produção de fumígeros.*
>
> *Repita-se. O Estado apenas tolera o exercício dessa atividade econômica que fabrica produtos danosos à saúde pública, uma vez que agride não somente o indivíduo que consome diretamente o cigarro, mas tem potencial de causar danos às pessoas que mesmo sem consumi-lo diretamente podem sofrer com a contaminação da 'fumaça'*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *e do 'mau cheiro' provocados. É de interesse de toda a coletividade o rigoroso controle estatal sobre a indústria tabagista.*
>
> *.....*
>
> *De efeito, a legislação indevidamente, permissa venia, tem como finalidade regular a atividade econômica de produzir cigarros garantindo a existência da concorrência entre as indústrias. Nesse específico caso, a liberdade concorrencial prevalece sobre a livre iniciativa, em homenagem à função social da propriedade (empresa privada), evitando-se o abuso do poder econômico."*

8.É de ver, portanto, que as normas e medidas restritivas à fabricação de produtos fumígenos não visam inviabilizar as atividades econômicas e empresariais da indústria tabagista, nem lançar esse setor produtivo na clandestinidade, mas evitar a constituição de monopólios ou oligopólios nessa atividade, bem como criar dificuldades para a oferta de produtos com preços "predatórios" ou de má-qualidade, que tendem a agravar ainda mais os males e danos causados pelo consumo de produtos decorrentes do tabaco.

9.Ademais, o sistema normativo há de ser coerente. Com efeito, em que pese os indiscutíveis males causados pelos "fumígenos", que exigem rigoroso tratamento normativo e políticas públicas de desincentivo do consumo desses produtos, não devem o Direito e a Política revelar incoerência narrativa, pois o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n. 635.659 (Plenário, relator ministro Gilmar Mendes)[2], iniciou o julgamento da seguinte controvérsia constitucional: **o poder legislativo do Estado de criminalizar o uso e consumo pessoal de drogas**.

10.Em seu judicioso voto, o ministro Gilmar Mendes se manifestou pela inconstitucionalidade da tipificação penal em relação ao uso e consumo pessoal de drogas, forte na tese, em síntese, de que se trata de uma violação do direito constitucional de intimidade e de vida privada do eventual usuário de drogas ilícitas, no exercício de suas liberdades

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

individuais e de sua autonomia para as suas escolhas existenciais, inclusive de colocar a sua saúde em risco, mediante o uso de substâncias nocivas (voto disponível na página virtual do STF: www.stf.jus.br).

11.Os ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso acompanharam parcialmente o aludido entendimento do ministro Gilmar Mendes, mas reduziram o alcance da discussão à eventual descriminalização do uso e consumo pessoal da "maconha". Mas, em essência, o *leitmotiv* foi o mesmo: a proteção da intimidade, da vida privada, da liberdade e da autonomia dos indivíduos em fazer escolhas pessoais e existenciais, inclusive de consumir produtos que colocam em risco a sua saúde (votos disponíveis na página virtual do STF: www.stf.jus.br).

12.Em seus votos, os ilustrados ministros do STF analisaram o modelo normativo proibitivo e punitivo do consumo de drogas ilícitas e que essas estratégias políticas e normativas não obtiveram os resultados desejados para a redução seja do consumo seja do tráfico de drogas.

13.A questão do desejo sobre o proibido é tema objeto de várias narrativas, desde a mitológica, passando pelas religiosas, a psicológica ou psiquiátrica, bem como pelos romances, novelas, poemas, músicas, contos, enfim da arte à ciência. Pede-se licença para recordar o conto de Machado de Assis intitulado "A Igreja do Diabo", de 1884 (www.dominiopublico.gov.br).

14.Algumas passagens merecem transcrição:

> *A IGREJA DO DIABO*
>
> *Capítulo I De uma ideia mirífica*
>
> *Conta um velho manuscrito beneditino que o Diabo, em certo dia, teve a ideia de fundar uma igreja. Embora os seus lucros fossem contínuos e grandes, sentia-se humilhado com o papel avulso que exercia desde séculos, sem organização, sem regras, sem cânones, sem ritual, sem nada. Vivia, por assim dizer, dos remanescentes divinos, dos descuidos e*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

obséquios humanos. Nada fixo, nada regular. Por que não teria ele a sua igreja? Uma igreja do Diabo era o meio eficaz de combater as outras religiões, e destruí-las de uma vez. — Vá, pois, uma igreja, concluiu ele. Escritura contra Escritura, breviário contra breviário. Terei a minha missa, com vinho e pão à farta, as minhas prédicas, bulas, novenas e todo o demais aparelho eclesiástico. O meu credo será o núcleo universal dos espíritos, a minha igreja uma tenda de Abraão. E depois, enquanto as outras religiões se combatem e se dividem, a minha igreja será única; não acharei diante de mim, nem Maomé, nem Lutero. Há muitos modos de afirmar; há só um de negar tudo. Dizendo isto, o Diabo sacudiu a cabeça e estendeu os braços, com um gesto magnífico e varonil. Em seguida, lembrou-se de ir ter com Deus para comunicar-lhe a ideia, e desafiá-lo; levantou os olhos, acesos de ódio, ásperos de vingança, e disse consigo: — Vamos, é tempo. E rápido, batendo as asas, com tal estrondo que abalou todas as províncias do abismo, arrancou da sombra para o infinito azul.

Capítulo II Entre Deus e o Diabo

Deus recolhia um ancião, quando o Diabo chegou ao céu. Os serafins que engrinaldavam o recém-chegado, detiveram-se logo, e o Diabo deixou-se estar à entrada com os olhos no Senhor. — Que me queres tu? perguntou este. — Não venho pelo vosso servo Fausto, respondeu o Diabo rindo, mas por todos os Faustos do século e dos séculos. — Explica-te. — Senhor, a explicação é fácil; mas permiti que vos diga: recolhei primeiro esse bom velho; dai-lhe o melhor lugar, mandai que as mais afinadas cítaras e alaúdes o recebam com os mais divinos coros... — Sabes o que ele fez? perguntou o Senhor, com os olhos cheios de doçura. — Não, mas provavelmente é dos últimos que virão ter convosco. Não tarda muito que o céu fique semelhante a uma casa vazia, por causa do preço, que é alto. Vou edificar uma hospedaria barata; em duas palavras, vou fundar uma igreja. Estou cansado da minha desorganização, do meu reinado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

casual e adventício. É tempo de obter a vitória final e completa. E então vim dizer-vos isto, com lealdade, para que me não acuseis de dissimulação... Boa ideia, não vos parece? — Vieste dizê-la, não legitimá-la, advertiu o Senhor. — Tendes razão, acudiu o Diabo; mas o amor-próprio gosta de ouvir o aplauso dos mestres. Verdade é que neste caso seria o aplauso de um mestre vencido, e uma tal exigência... Senhor, desço à terra; vou lançar a minha pedra fundamental. — Vai.

.....

Capítulo III A boa nova aos homens

Uma vez na terra, o Diabo não perdeu um minuto. Deu-se pressa em enfiar a cogula beneditina, como hábito de boa fama, e entrou a espalhar uma doutrina nova e extraordinária, com uma voz que reboava nas entranhas do século. Ele prometia aos seus discípulos e fiéis as delícias da terra, todas as glórias, os deleites mais íntimos. Confessava que era o Diabo; mas confessava-o para retificar a noção que os homens tinham dele e desmentir as histórias que a seu respeito contavam as velhas beatas. — Sim, sou o Diabo, repetia ele; não o Diabo das noites sulfúreas, dos contos soníferos, terror das crianças, mas o Diabo verdadeiro e único, o próprio gênio da natureza, a que se deu aquele nome para arredá-lo do coração dos homens. Vede-me gentil e airoso. Sou o vosso verdadeiro pai. Vamos lá: tomai daquele nome, inventado para meu desdouro, fazei dele um troféu e um lábaro, e eu vos darei tudo, tudo, tudo, tudo, tudo, tudo... Era assim que falava, a princípio, para excitar o entusiasmo, espertar os indiferentes, congregar, em suma, as multidões ao pé de si. E elas vieram; e logo que vieram, o Diabo passou a definir a doutrina. A doutrina era a que podia ser na boca de um espírito de negação. Isso quanto à substância, porque, acerca da forma, era umas vezes sutil, outras cínica e deslavada. Clamava ele que as virtudes aceitas deviam ser substituídas por outras, que eram as naturais e legítimas. A

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

soberba, a luxúria, a preguiça foram reabilitadas, e assim também a avareza, que declarou não ser mais do que a mãe da economia, com a diferença que a mãe era robusta, e a filha uma esgalgada. A ira tinha a melhor defesa na existência de Homero; sem o furor de Aquiles, não haveria a Ilíada: "Musa, canta a cólera de Aquiles, filho de Peleu..." O mesmo disse da gula, que produziu as melhores páginas de Rabelais, e muitos bons versos de Hissope; virtude tão superior, que ninguém se lembra das batalhas de Luculo, mas das suas ceias; foi a gula que realmente o fez imortal.....

Capítulo IV Franjas e franjas

A previsão do Diabo verificou-se. Todas as virtudes cuja capa de veludo acabava em franja de algodão, uma vez puxadas pela franja, deitavam a capa às urtigas e vinham alistar-se na igreja nova. Atrás foram chegando as outras, e o tempo abençoou a instituição. A igreja fundara-se; a doutrina propagava-se; não havia uma região do globo que não a conhecesse, uma língua que não a traduzisse, uma raça que não a amasse. O Diabo alçou brados de triunfo. Um dia, porém, longos anos depois notou o Diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes. Não as praticavam todas, nem integralmente, mas algumas, por partes, e, como digo, às ocultas. Certos glutões recolhiam-se a comer frugalmente três ou quatro vezes por ano, justamente em dias de preceito católico; muitos avaros davam esmolas, à noite, ou nas ruas mal povoadas; vários dilapidadores do erário restituíam-lhe pequenas quantias; os fraudulentos falavam, uma ou outra vez, com o coração nas mãos, mas com o mesmo rosto dissimulado, para fazer crer que estavam embaçando os outros. A descoberta assombrou o Diabo. Meteu-se a conhecer mais diretamente o mal, e viu que lavrava muito. Alguns casos eram até incompreensíveis, como o de um droguista do Levante, que envenenara longamente uma geração inteira, e, com o produto das drogas, socorria os filhos das vítimas. No Cairo achou um perfeito ladrão de camelos, que tapava a cara para ir às

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

mesquitas. O Diabo deu com ele à entrada de uma, lançou-lhe em rosto o procedimento; ele negou, dizendo que ia ali roubar o camelo de um drogomano; roubou-o, com efeito, à vista do Diabo e foi dá-lo de presente a um muezim, que rezou por ele a Alá. O manuscrito beneditino cita muitas outras descobertas extraordinárias, entre elas esta, que desorientou completamente o Diabo.....

Voou de novo ao céu, trêmulo de raiva, ansioso de conhecer a causa secreta de tão singular fenômeno. Deus ouviu-o com infinita complacência; não o interrompeu, não o repreendeu, não triunfou, sequer, daquela agonia satânica. Pôs os olhos nele, e disse-lhe: — Que queres tu, meu pobre Diabo? As capas de algodão têm agora franjas de seda, como as de veludo tiveram franjas de algodão. Que queres tu? É a eterna contradição humana.

15.A saborosa passagem do “Bruxo do Cosme Velho” é uma alegoria sobre os comportamentos humanos diante do desejo reprimido, das possibilidades proibidas, e de que os seres humanos são paradoxalmente coerentes no hábito de contrariar preceitos normativos que visam alterar suas vontades e interesses.

16.No presente caso, não se trata de proscrever a produção de fumígenos ou de proibir o seu consumo, o que seria medida normativa drástica, de questionável constitucionalidade e de duvidosa eficiência social, pois o hábito de consumir tabaco já está bem arraigado na cultura nacional. A discussão consiste na obrigatoriedade de padronização das embalagens dos produtos fumígenos, com a proibição do uso das marcas segundo os direitos de propriedade das empresas tabagistas.

17.Nessa toada, à luz da Constituição Federal, dos preceitos normativos internacionais, de julgados do Supremo Tribunal Federal e das manifestações da Advocacia-Geral da União, indaga-se:

17.1. O comando normativo contido no proposto § 8º é juridicamente válido?

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

17.2. As restrições à propaganda dos produtos tabagistas autorizam a padronização gráfica das embalagens?

17.3. Há violação ao direito constitucional de propriedade e de uso de marcas dos produtos fumígenos?

17.4. Há desarrazoada e desproporcional intervenção normativa estatal nas atividades e liberdades econômicas e empresariais do setor tabagista?

17.5. Atos estatais, ainda que legais, podem ensejar indenizações aos economicamente prejudicados?

18.Na justificativa apresentada pelo senador José Serra, autor do referido PL, as medidas visam "*se opor às estratégias agressivas de marketing da indústria tabagista, que atuam na indução do tabagismo entre jovens*". O eminente Senador, defendendo o seu Projeto, assinalou:

A importância dessa redução no número de fumantes não se resume à melhoria na qualidade de vida de quem abandona o cigarro – ou de quem deixa de se iniciar no tabagismo. Os custos relacionados ao uso do cigarro são astronômicos. Pesquisa da Fiocruz, de 2015, bem recente, mostra que as despesas diretas – ou seja, considerando apenas os custos de medicação, internação, ambulatório, etc – são hoje de R$ 23 bilhões ao ano. Não estão considerados os custos indiretos, como as mortes prematuras, as aposentadorias precoces, o absenteísmo relacionado a essas doenças, etc.

As receitas de tributação dos cigarros nem de longe chegam perto desses custos. A arrecadação de IPI em 2014 foi de 5,6 bilhões. O total de impostos, considerando também o ICMS, chegou próximo de R$ 11,0 bilhões.

Mas não podemos parar aqui. A juventude, em especial, deve ser protegida, pois é alvo constante das estratégias de marketing da indústria e o malefício das doenças relacionadas ao tabaco ainda é um flagelo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

19.Tenha-se que o Brasil é signatário da Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco (2003), que restou aprovada pelo Decreto Legislativo n. 1.012, de 27 de outubro de 2005. Essa mencionada "Convenção" tem como principal finalidade instituir a cooperação internacional visando reduzir o consumo de produtos fumígenos, mediante uma série de ações legislativas e administrativas, em face dos indiscutíveis malefícios provocados pelos produtos decorrentes do tabaco.

20.Em favor da aludida proposta de **"padronização gráfica"** invocam-se os Artigos 11 e 13 da citada "Convenção". Nada obstante sejam longos, os citados artigos merecem ser integralmente transcritos:

> *Artigo 11*
>
> *Embalagem e etiquetagem de produtos de tabaco*
>
> *1. Cada Parte, em um período de três anos a partir da entrada em vigor da Convenção para essa Parte, adotará e implementará, de acordo com sua legislação nacional, medidas efetivas para garantir que:*
>
> *(a) a embalagem e a etiquetagem dos produtos de tabaco não promovam produto de tabaco de qualquer forma que seja falsa, equivocada ou enganosa, ou que possa induzir ao erro, com respeito a suas características, efeitos para a saúde, riscos ou emissões, incluindo termos ou expressões, elementos descritivos, marcas de fábrica ou de comércio, sinais figurativos ou de outra classe que tenham o efeito, direto ou indireto, de criar a falsa impressão de que um determinado produto de tabaco é menos nocivo que outros. São exemplos dessa promoção falsa, equívoca ou enganosa, ou que possa induzir a erro, expressões como "low tar" (baixo teor de alcatrão), "light", "ultra light" ou "mild" (suave); e*
>
> *(b) cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos também contenham advertências descrevendo os efeitos nocivos do consumo do tabaco, podendo incluir outras mensagens apropriadas. Essas advertências e mensagens:*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(i) serão aprovadas pela autoridade nacional competente;

(ii) serão rotativas;

(iii) serão amplas, claras, visíveis e legíveis;

(iv) ocuparão 50% ou mais da principal superfície exposta e em nenhum caso menos que 30% daquela superfície;

(v) podem incluir imagens ou pictogramas.

2. Cada carteira unitária e pacote de produtos de tabaco, e cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos deverá conter, além das advertências especificadas no parágrafo 1(b) do presente Artigo, informações sobre os componentes e as emissões relevantes dos produtos de tabaco, tais como definidos pelas autoridades nacionais competentes.

3. Cada Parte exigirá que as advertências e a informação especificada nos parágrafos 1(b) e 2 do presente artigo figurem – em cada carteira unitária, pacote de produtos de tabaco, e em cada embalagem externa e etiquetagem de tais produtos – em seu idioma, ou em seus principais idiomas.

4. Para os fins deste Artigo, a expressão "embalagem externa e etiquetagem", em relação a produtos de tabaco, aplica-se a qualquer embalagem ou etiquetagem utilizadas na venda no varejo de tais produtos.

Artigo 13

Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco

1. As Partes reconhecem que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco.

2. Cada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. Nesse sentido, cada Parte adotará, em um prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor da presente Convenção para essa Parte, medidas legislativas, executivas, administrativas e/ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas, em conformidade com o Artigo 21.

3. A Parte que não esteja em condições de proceder a proibição total devido às disposições de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais aplicará restrições a toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essas restrições compreenderão, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, a restrição ou proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio originados em seu território que tenham efeitos na além-fronteira. Nesse sentido, cada Parte adotará medidas legislativas, executivas, administrativas ou outras medidas apropriadas e informará sobre as mesmas em conformidade com o artigo 21.

4. No mínimo, e segundo sua Constituição ou seus princípios constitucionais, cada Parte se compromete a:

(a) proibir toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco, que promova um produto de tabaco por qualquer meio, que seja falso, equivocado ou enganoso ou que possa induzir ao erro, a respeito de suas características, efeitos para a saúde, riscos e emissões;

(b) exigir que toda publicidade de tabaco e, quando aplicável, sua promoção e seu patrocínio, venha acompanhada de advertência ou mensagem sanitária ou de outro tipo de mensagem pertinente;

(c) restringir o uso de incentivos diretos ou indiretos, que fomentem a compra de produtos de tabaco pela população;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

(d) exigir, caso se não tenha adotado a proibição total, a divulgação para as autoridades governamentais competentes, de todos os gastos da indústria do tabaco em atividades de publicidade, promoção e patrocínios, ainda não proibidos. Essas autoridades poderão divulgar aquelas cifras, de acordo com a legislação nacional, ao público e à Conferência das Partes, de acordo com o Artigo 21;

(e) proceder, em um prazo de cinco anos, a proibição total ou, se a Parte não puder impor a proibição total em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, à restrição da publicidade, da promoção e do patrocínio do tabaco no rádio, televisão, meios impressos e, quando aplicável, em outros meios, como a Internet;

(f) proibir ou, no caso de uma Parte que não possa fazê-lo em razão de sua Constituição ou de seus princípios constitucionais, restringir o patrocínio do tabaco a eventos e atividades internacionais e/ou a seus participantes;

5. As Partes são encorajadas a implementar medidas que vão além das obrigações estabelecidas no parágrafo 4.

6. As Partes cooperarão para o desenvolvimento de tecnologias e de outros meios necessários para facilitar a eliminação da publicidade de além-fronteira. 7. As Partes que tenham proibido determinadas formas de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco terão o direito soberano de proibir as formas de publicidade, promoção e patrocínio de além-fronteira de produtos de tabaco que entrem em seus respectivos territórios, bem como aplicar as mesmas penalidades previstas para a publicidade, promoção e patrocínio que se originem em seus próprios territórios, em conformidade com a legislação nacional. O presente parágrafo não apóia nem aprova nenhuma penalidade específica.

8. As Partes considerarão a elaboração de um protocolo em que se estabeleçam medidas apropriadas que requeiram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

colaboração internacional para proibir totalmente a publicidade, a promoção e o patrocínio de além-fronteira.

21.Uma leitura atenta dos enunciados prescritos nos invocados Artigos 11 e 13 da citada "Convenção" não autoriza a chancela imediata da agitada proposta de "padronização gráfica". Com efeito, o item 1 (a) do referido Artigo 11 insta a *adoção de medidas efetivas para garantir que a embalagem e a etiquetam dos produtos de tabaco não promovam produto de tabaco de qualquer forma que seja* ***falsa, equivocada ou enganosa****, ou que possa* ***induzir ao erro****, com respeito a suas características*. Ainda nessa diretiva normativa, o enunciado prescreve a vedação à embalagem e etiquetagem, *mediante os seus elementos descritivos (marcas de fábrica ou de comércio), sinais figurativos, ou de outra classe que tenham o efeito, direto ou indireto, de criar a falsa impressão de que um determinado produto de tabaco é menos nocivo que outros*.

22.Ou seja, o invocado Artigo 11 não autoriza à "**padronização gráfica**", mas que sejam proibidas embalagens e etiquetagens que não correspondam à realidade. Portanto, não está no aludido Artigo 11 o fundamento normativo internacional para essa "padronização", com a devida vênia.

23.No referido Artigo 13 há o reconhecimento de que a total proibição da publicidade, da promoção e do patrocínio reduziria o consumo de produtos de tabaco. Mas nos itens 2, 3 e 4 desse Artigo 13, há a ressalva da indispensável obediência à respectiva Constituição dos Estados-Parte, de sorte que somente se houver harmonia com o texto constitucional é possível a **total proibição** de publicidade, promoção e de patrocínio.

24.À luz da Constituição brasileira (art. 220, § 3º, II, e § 4º), não há possibilidade de **proibição total**, mas o legislador federal está autorizado, pela Constituição, a **restringir** a propaganda comercial de tabaco (e de outros produtos) e, sempre que possível e necessário, conterá advertências sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Convém transcrever os aludidos preceitos constitucionais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> *Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
>
> *§ 3º Compete à lei federal:*
>
> *II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.*
>
> *§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.*

25.Cuide-se que o item 5 do Artigo 13 da "Convenção-Quadro", tem a seguinte recomendação: *As Partes são encorajadas a implementar medidas que vão além das obrigações estabelecidas no parágrafo 4.* É de se indagar se a "padronização gráfica" estaria alcançada por essa diretiva?

26.A leitura isolada desse enunciado poderia conduzir a uma resposta positiva. Com efeito, em linha de princípio, a "padronização gráfica" pode ser compreendida como uma "medida" que vai além das obrigações estabelecidas no parágrafo 4. Todavia, é preciso interpretar sistematicamente essa diretiva. E, com a devida vênia, como determina a própria "Convenção-Quadro", é preciso harmonizar os seus preceitos com os preceitos constitucionais dos Estados-Parte. Nesse particular, a Constituição brasileira não tornou a atividade tabagista como atividade econômica ilícita ou criminosa.

27.Nessa perspectiva, a proposta legislativa da "padronização gráfica" poderia ser interpretada como violadora do direito constitucional de **propriedade e de uso das marcas.** Eis os preceitos constitucionais supostamente ameaçados por essa "padronização gráfica":

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> *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:*
>
> *XXII - é garantido o direito de propriedade;*
> *XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;*
> *XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;*
> *XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;*
> *XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;*

28.É fora de toda dúvida que as “marcas” possuem valor econômico, que são bens valiosos que compõem o patrimônio (material e imaterial) das empresas. Nessa linha, eventual medida normativa do Estado que viesse a “padronizar graficamente” as embalagens poderia agredir esse específico **direito constitucional de propriedade e de uso de suas marcas**, com a devida vênia.

29.Os agitados incisos XXIV e XXV do art. 5º são poderosos mandamentos constitucionais contra atos do Estado (inclusive legais) que privem o proprietário do uso ou dos benefícios de seus direitos de propriedade ou de eventuais restrições (ainda que legais e socialmente justificáveis) que lhe tragam prejuízos econômicos. O Estado não pode sacrificar a propriedade sem justo motivo e sem indenizar o sacrificado. É que conquanto não seja o direito de propriedade absoluto, o seu sacrifício

exige indenização, salvo se a propriedade for objeto de confisco por ser fruto de atividades ilícitas ou por ser instrumento para a prática de atividades ilícitas. Com a devida vênia, as “marcas” dos produtos tabagistas não são frutos de atividades ilícitas e tampouco instrumento para a prática de atividades ilícitas.

30.O preceito normativo enunciado no inciso XXIX do art. 5º pode ser lida como desautorizadora da proposta da “padronização gráfica”, na medida em que a lei, em vez de assegurar e proteger as marcas e signos distintivos, o que atende aos interesses sociais e econômicos do País, fragiliza esses direitos.

31.Além da ameaça a esses citados preceitos constitucionais, também poderiam ser considerados vulnerados os dispositivos relativos à Ordem Econômica.

> *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
>
> *II - propriedade privada;*
>
> *III - função social da propriedade;*
>
> *IV - livre concorrência;*
>
> *V - defesa do consumidor;*
>
> *VIII - busca do pleno emprego;*
>
> *IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*
>
> *Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*
>
> *Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

32.Com efeito, de uma só “tacada normativa”, a “padronização gráfica” poderia ser vislumbrada como medida agressora da “livre iniciativa”, da “propriedade privada”, da “função social da propriedade” (a atividade tabagista não é atividade criminosa e os produtos fumígenos não são produtos ilícitos), da “livre concorrência” (na medida em que desestimula a criatividade), da “defesa do consumidor” (pois não diferenciará as marcas de sua preferência ou de boa qualidade), “da busca do pleno emprego” (com o risco de perda de receitas das empresas), da “proteção às pequenas empresas” (que não terão condições de disputar mercado com as grandes corporações) e “da liberdade econômica” (na medida que somente atividades ilícitas ou criminosas devem ser proibidas).

33.O referido art. 174 indica qual o papel do Estado na intervenção das atividades econômicas: fiscalizar, incentivar e planejar. O planejamento é determinante somente para o setor público. Mas tanto a fiscalização quanto o incentivo são para o setor público quanto para a iniciativa privada. Com efeito, ao “padronizar graficamente” as embalagens, o Estado não incentiva a iniciativa empresarial.

34.Cuide-se que sob a égide da Constituição de 1967/1969 (art. 153, § 24), o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Representação n. 1.397 (Plenário. Relator ministro Carlos Madeira. Julgamento em 11.5.1988), declarou a inconstitucionalidade de lei estadual fluminense com fundamento no direito concorrencial, pois a proteção do nome comercial, na qual se incluem as insígnias e os sinais de propaganda, compreende o seu uso. Segundo o STF, Lei estadual que, a pretexto de regular o consumo, limita o exercício daquele direito, e ainda cria condições para práticas de concorrência desleal, malfere a norma constitucional.

35.Registre-se que esse entendimento pretoriano ocorreu sob as luzes do regime constitucional decaído, época histórica na qual os ataques estatais aos direitos constitucionais não sofriam as objeções normativas e paradigmáticas tão substantivas quanto as que passaram ocorrer com a promulgação da vigente e reinante Constituição de 1988.

36.No aludido julgado, o STF entendeu que o uso do nome ou dos sinais distintivos somente deverá ser coibido se for identificada a finalidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

ilícita. Pois bem, a atividade tabagista não é uma atividade econômica ou empresarial ilícita, daí que a "padronização gráfica", que resultaria na "abolição" do direito de propriedade e de uso de suas marcas, poderia ser compreendido como desbordando dos limites constitucionais.

37.Em favor da discutida "padronização gráfica", pode-se evocar os preceitos constitucionais relativos à saúde e ao meio ambiente, mormente os artigos 196, 197 e 200, I, e 225, caput, e §§1º, V, e 3º:

> *Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*
> *Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*
> *Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*
> *I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;*
> *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.*
> *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;*
> *§ 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.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

38.Sem embargo dos aludidos preceitos, seria razoável uma interpretação que não extraísse desses mandamentos constitucionais a autorização para a abolição do direito de propriedade e de uso das marcas que será efetivada com a "padronização gráfica", pois os principais verbos utilizados são fiscalizar, controlar e regulamentar. Sucede, todavia, que a "padronização gráfica" extingue ou amesquinha o direito constitucional de propriedade e de uso de marcas e insígnias.

39.Há indiscutíveis bons propósitos da agitada medida legislativa. Mas, é ocioso recordar, somente serão válidos os fins alcançados por meios lícitos e legítimos. Nessa toada, o devido processo legal substantivo também poderia sofrer agressão na medida em que a lei (formalmente válida, materialmente inconstitucional) seria o veículo normativo de violação ao direito de propriedade. É que, insista-se, não se está diante de uma autorizada "restrição" à propaganda de produtos fumígenos, mas da "extinção" do direito de marcas e insígnias. Reitera-se: a Constituição brasileira autoriza a "restrição" da propaganda e publicidade dos produtos do tabaco, mas não permite ou incentiva a sua "extinção".

40.Mas, ainda que se reconhecesse a constitucionalidade da "padronização gráfica", é de se evocar julgamento do STF, nos autos do RE 571.969 (Plenário, relatora ministra Cármen Lúcia, julgamento finalizado em 12.3.2014) sobre a indenização por atos lícitos do Estado. No citado RE 571.969, que cuidou especificamente da responsabilidade da União por danos causados à concessionária de serviço de transporte aéreo, o Tribunal, com esteio na teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo, estando comprovados o dano e o nexo de causalidade, entendeu que o "Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais".

41.Ainda, segundo o Tribunal, "não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desigualados dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

42.Ou seja, considerando que a “padronização gráfica” poderia ser considerada uma violação ao direito de propriedade e de uso de marcas com evidente prejuízo econômico para as empresas tabagistas, e considerando que as atividades tabagistas não são ilícitas, é fora de toda a dúvida que o Estado poderá vir a ser obrigado a indenizar os eventuais prejuízos sofridos.

43.A Constituição autoriza restrições às atividades tabagistas, mas não permite que lhe sejam causados danos sem a necessária contrapartida indenizatória.

44.Tenha-se que o Estado australiano, no ano de 2011, mediante o *Tobacco Plain Packaging Act*, instituiu a “padronização gráfica”. Essa medida político-legislativa australiana foi submetida a apreciação da Organização Mundial do Comércio (OMC), haja vista as dúvidas suscitadas em face dos acordos sobre “Barreiras Técnicas ao Comércio (*TBT – Technical Barriers to Trade*) e sobre “Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio” (*TRIPS – Trade-Related Aspects of Intelectual Property Rights)* [3].

45.O governo brasileiro, que tem participado dessa controvérsia internacional na qualidade de 3ª parte, se manifestou no sentido de que os acordos de natureza comercial não proíbem aos Estados-Parte que adotem medidas político-legislativas relacionadas às questões de saúde pública. No mérito (a validade ou invalidade da “padronização gráfica”), o governo brasileiro não emitiu juízo, por entender que essa matéria seria de exclusiva alçada de cada Nação soberana.

46.Nessa toada, é na própria Constituição brasileira que se devem encontrar as soluções normativas para essa questão, uma vez que a “Convenção-Quadro” determina que as suas orientações ou diretivas devem se harmonizar com os respectivos preceitos constitucionais dos Estados-Parte. E, segundo os preceitos da Constituição brasileira, a “padronização gráfica” pode ser entendida como medida normativa inválida.

47.Essa foi a conclusão alcançada pela Associação Brasileira de Propriedade Intelectual – ABPI (www.abpi.org.br), nos termos da sua

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Resolução n. 84/2014, após percuciente análise do tema e, especificamente, do aludido *Tobacco Plain Packaging Act* do governo australiano. Pede-se licença para expor as mencionadas conclusões sobre a adoção das embalagens genéricas, pois:

> *47.1. Impede o pleno exercício da capacidade distintiva das marcas, limitando direitos constitucionalmente tutelados e fazendo incorrer em clara violação a direitos de propriedade intelectual vigentes no Brasil, por meio de leis e tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento jurídico;*
>
> *47.2. Não tem respaldo em justificativa ou provas concretas de que se prestem a realizar os seus objetivos, em particular, quanto à redução do consumo dos produtos e proteção à saúde pública;*
>
> *47.3. Obstrui a capacidade das empresas de exercerem suas atividades empresariais de forma plena, resultante das restrições na promoção de seus produtos no mercado;*
>
> *47.4. Incentiva o mercado informal e ilegal;*
>
> *47.5. Impede o consumidor de exercer a livre escolha e arbítrio no momento da compra;*
>
> *47.6. Estimula o aumento de infrações e, consequentemente, o ajuizamento de ações judiciais por violação de marcas e concorrência desleal;*
>
> *47.7. Tende a minar a reputação do Estado que observa as práticas do comércio internacional e que é atraente a investimentos estrangeiros; e*
>
> *47.8. Sujeita o Estado membro da OMC a sérias penalidades por descumprimento a obrigações assumidas junto às organizações internacionais e demais países membros, com sanções que podem ter ampla extensão, inclusive em segmentos outros, bastante sensíveis ao país.*

48.Em artigo doutrinário intitulado "*Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*" (Revista de Direito

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Administrativo, Rio de Janeiro, n. 224, pp. 31-50, abr./jun. 2001), o então advogado Luís Roberto Barroso, após percorrer a jurisprudência comparada, mormente Alemanha, Canadá e Estados Unidos, e mergulhar em estudos profundos e pertinentes sobre o tema das restrições e proibições à propaganda e publicidade de cigarros, alcançou algumas conclusões que merecem ser transcritas:

> *48.1. A ponderação de valores, no caso de colisão de direitos fundamentais, impõe o menor sacrifício de cada um deles, em concessões recíprocas, não sendo legítimo que se ignore um em favor de outro. Não pode o legislador, em nome do alegado interesse de impedir a divulgação de um produto lícito, por reputá-lo nocivo à saúde, suprimir o desfrute de outras situações constitucionalmente protegidas, dentre as quais a liberdade de expressão, o direito à informação e a livre concorrência.*
>
> *48.2. A nova lei editada não passa no teste da razoabilidade, em nenhum dos seus três requisitos: não há demonstração de que o meio seja adequado e eficaz para o fim pretendido; o excesso contido na medida é manifesto, pois existem mecanismos alternativos para se buscar o resultado por ele visado; e os valores sacrificados não são inferiores ao interesse que se quer promover.*

49.É imperioso informar que o aludido artigo da lavra de Luís Roberto Barroso apreciava a constitucionalidade da Lei 10.167/2000 que bania, de modo, absoluto, a propaganda comercial de cigarros do rádio, da televisão e da imprensa, permitindo apenas em pôsteres, painéis e cartazes na parte interna dos locais de venda. Essa mencionada Lei 10.167/2000 encontra-se com sua constitucionalidade questionada mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.311 (Plenário, relatora ministra Rosa Weber) proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI. Até o presente momento não teve início o julgamento desse aludido feito.

50.Com efeito, as discussões jurídicas empolgadas na ADI 3.311 não são idênticas às constantes nessa abordagem, mas tangenciam o tema da intervenção normativa estatal sobre a propaganda e publicidade de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

produtos fumígenos, e se essa intervenção normativa é razoável e proporcional.

51.Ante o exposto, é possível concluir que a proposta de "padronização gráfica" das embalagens de produtos fumígenos pode ser entendida como juridicamente inválida, pois as restrições legais à propaganda e publicidade constitucionalmente autorizadas não viabilizam a supressão do direito de uso e de propriedade das marcas, por se tratar de desarrazoada e desproporcional intervenção do Estado em atividade econômica lícita (ainda que social ou politicamente inconveniente), o que pode ensejar indenização por danos materiais ante o caráter "confiscatório" dessas medidas.

NOTAS:

[1] BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 769/2015.* Autor senador José Serra. Brasília, 2015.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 635.659*. Relator ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2011.

[3] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *WORLD TRADE ORGANIZATION*. DS434: *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and Other Plain Packaging Requirements Applicabe to Tobacco Products and Packaging.* Endereço: www.wto.org. Genebra, Suíça, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES QUANTO A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET

RAQUEL GIOVANINI DE MOURA: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e Advogada (OAB/GO).

RESUMO: O Direito Autoral é consagrado pela Constituição Federal e tutelado pela legislação civil, autoral e penal. Contudo, em que pese o advento do Marco Civil da Internet, não há legislação que expressamente atribua aos provedores de Internet a responsabilidade pelas violações aos direitos autorais praticadas pelos usuários. O artigo busca analisar a possibilidade jurídica de ser reparado o dano causado pela violação dos direitos autorais na Internet.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito de direito autoral e de provedores; 3. Responsabilidade civil dos provedores por violação a direitos em geral; 4. Responsabilidade civil dos provedores por violação ao direito autoral; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

---

1. Introdução

É indubitável que o advento da Internet revolucionou as relações sociais, econômicas e jurídicas. A facilidade de transmissão de dados e informações, em um espaço sem fronteiras físicas, gera, para o universo jurídico, uma grande preocupação quanto à violação de direitos fundamentais e personalíssimos. A presente abordagem busca refletir sobre a possibilidade jurídica de ser reparado o dano causado pela violação dos direitos autorais na internet.

O Direito Autoral é consagrado pela Constituição Federal, art. 5º, incisos X e XXVII:

> Art. 5º, X - 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;
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

Outrossim, é tutelado pelo Direito Civil (art. 20, Código Civil), no que tange à sua natureza personalíssima, não se olvidando de sua tutela por parte do Direito Penal. Porém, tal direito vem sendo alvo de reiteradas violações no âmbito do ciberespaço, em parte pelas dificuldades na fiscalização da transmissão de dados, e, de outra parte, pela negligência do Estado em relação à proteção destes direitos.

2. Conceito de direito autoral e de provedores

Discute-se amplamente a responsabilidade civil daqueles que violam os direitos autorais na Internet. A atual legislação autoral, Lei 9.610/98, não dispõe a respeito da tutela dos direitos do autor no ciberespaço, permanecendo obsoleta neste sentido. A sociedade foi, paulatinamente, se tornando conhecedora dos mais diversos ramos científicos, chegando ao advento de altas tecnologias, que trazem, com suas invenções, novas relações jurídicas.

Diante de tais discussões, compreende-se o Direito Autoral em suas raízes intrínsecas, como um direito híbrido, formado por dois elementos: o moral e o patrimonial.

Os direitos morais são modalidade do direito de personalidade, sendo, ainda inalienáveis e irrenunciáveis, conforme dispõem os artigos 24 e 27 da Lei 9.610/98.

Segundo ARAUJO (1999, p. 33), o aspecto moral do direito autoral possui o "fundamento original de se exigir para o criador intelectual o respeito no que tange à sua pessoa, seu espírito criativo e sua ligação com a obra, podendo, ao revés, combater tudo o quanto venha a prejudicar sua boa fama enquanto autor, ou a qualidade de sua criação."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Os direitos patrimoniais do autor conferem a possibilidade ao próprio autor de auferir vantagens econômicas com a utilização de sua obra, podendo ser explorada comercialmente por ele ou por quem este autorizar, sendo disponíveis, prescritíveis etc., conforme o Capítulo III da Lei Autoral.

No que tange à Internet, é importante ressaltar a existência e as diferenças entre os denominados provedores. São eles os responsáveis pela criação de informações, sua disponibilização ou sua divulgação na rede virtual.

Existem os provedores de acesso, que ligam o usuário à rede *World Wide Web (WWW)* e, para tanto, oferecem meios para o usuário entrar no ciberespaço, caracterizando um contrato de serviço.

Os provedores de armazenamento de dados são os que armazenam conteúdo. Para tal feito, esses provedores "alugam" espaços em seus discos rígidos, a fim de manter os sítios de terceiros conectados à *World Wide Web*.

Há, por último, os provedores de serviço, que englobam as funções dos provedores de armazenamento e de acesso, possibilitando, dessa forma, a entrada do usuário na rede e o repasse de informações.

3. Responsabilidade civil dos provedores por violação a direitos em geral

A relação virtual entre provedores e internautas é contratual, tendo em vista que os internautas contratam, onerosa ou gratuitamente, um provedor de acesso, de conteúdo ou de serviço, para que este lhe forneça os serviços de navegação na Internet.

Na comunidade europeia, a Diretiva sobre Comércio Eletrônico (Diretiva 200/31/Comunidade Europeia), em seus artigos 12 a 15, isentando o provedor de responsabilidade, desde que, ao tomar ciência do conteúdo ilícito, bloqueie o acesso de seus usuários a esse conteúdo.

Até o advento da Lei 12.965/2014, a legislação brasileira era omissa em relação à obrigação dos provedores em fiscalizar os dados que são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

hospedados na Internet. Tal omissão foi sanada após a promulgação da referida lei, conhecida como Marco Civil da Internet.

Com efeito, a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípio, entre outros, segundo o art. 3º, da Lei 12.965/2014, a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei.

Ademais, o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os direitos à inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e à inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial, na forma do art. 7º, incisos II e III da Lei 12.965/2014.

Nesse sentido, o provedor responsável pela guarda e disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, será obrigado a disponibilizar tais registros, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial (art. 10, §1º, da Lei 12.965/2014).

Nos termos do art. 19, da referida lei, o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Será responsabilizado, caso, após ordem judicial específica, não tome as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado.

4. Responsabilidade civil dos provedores por violação ao direito autoral

Infelizmente, a Lei 12.965/2014, a despeito de regular a responsabilidade dos provedores por violações a direitos em geral, especificamente em relação a violações a Direito Autoral, permanece tal lei omissa. É o que se infere do §2º, do art. 19, do Marco Civil da Internet, segundo o qual a responsabilização do provedor de aplicações de internet,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

no que tange a infrações a direitos de autor ou a direitos conexos, depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Desse modo, estabelece o art. 31 da lei mencionada, que, até que seja editada lei específica, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral (Lei 9.610/98).

Contudo, é sabido que a Lei 9.610/98 nada trata sobre o assunto. Por outro lado, pode-se defender a responsabilidade do provedor, tendo em vista o regime de responsabilidade previsto no Código Civil.

Com efeito, segundo o disposto no art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil estabelece o seguinte: “Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

5. Considerações finais

Destarte, o usuário que violar os direitos do autor comete ato ilícito e se sujeita à obrigação de reparar o dano causado. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil (conduta dolosa ou culposa, nexo causal e dano), exsurge o dever de indenizar.

Nesse sentido, em caso de violação de direitos autorais pelo usuário, deve o provedor provar sua isenção, retirar o conteúdo do site e imputar ao internauta o fato delituoso. Do contrário, responderá solidariamente com o responsável pela violação, devendo reparar o dano causado ao autor, nos termos do Código Civil (artigos 186 e 927).

Conclui-se que, apesar da ausência de legislação específica tutelando os direitos autorais na Internet, não se deve desconsiderar o fato da violação a tais direitos constituir ato ilícito, sendo perfeitamente aplicáveis as disposições contidas no Código Civil, referentes à reparação

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

do dano causado, uma vez que é preciso valorizar e reconhecer os direitos morais e patrimoniais dos artistas e intelectuais, promotores da cultura brasileira.

6. Referências

ARAUJO, Edmir Netto de. **Proteção Judicial do Direito de Autor**. São Paulo: 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. FERREIRA, Ivette Senise. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. Marco Civil da Internet no Brasil – **Análise da Lei. 12.965/2014 e do Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESTUDO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO CONSUMIDOR EM FACE DA JUSTA GARANTIA DO PROCESSO CONTRATUAL

TAYSE GLEYSE DE JESUS PEREIRA: Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Guanambi - FG/CESG.

RESUMO: Este é um estudo de revisão de literatura de teor cientifico acadêmico. Assim, tem-se por base a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor, com base na literatura doutrinária e jurisprudencial recorrente, explorando os casos de desconsideração, conceitos pertinentes, importância da referente teoria e principais características do processo, assim como a analise dos procedimentos de prestação do serviço jurisdicional relativo ao Código de Defesa do Consumidor. Para tal, foi feito uma revisão de literatura abarcando a proteção do consumidor em face da aplicação desta desconsideração, no que tange as relações de consumo, as consultas foram realizadas por meio de livros, artigos científicos, publicações em sites acadêmicos e posteriormente todos estes conteúdos foram analisados e selecionados para melhor integração neste corpo. Em soma, este estudo foi moldado de modo a ter um teor qualitativo, explorando os casos do Código de Defesa do Consumidor de forma teórica, trazendo a exposição da suplantação da barreira legal determinada pela instituição da pessoa jurídica. Ao fim, constatou-se a importância atrelada à utilização dos mecanismos legais relativos a abordagem da pessoa jurídica sob a ótica do CDC, para o cumprimento da justiça efetiva, onde nota-se que o consumidor é visto como a parte mais sujeita a vulnerabilidade na relação contratual, deve se manter presente na realização do processo, almejando, o pressuposto que se busca o equilíbrio entre os contratantes, e este equilíbrio é buscado justamente por meio do fornecimento de informações, da nulidade de cláusulas contratuais, criando a justa garantia do processo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração Jurídica; Código de Defesa do Consumidor; Processo Contratual; Direito do Consumidor.

ABSTRACT: This is a literature review of academic scientific content. Thus, it is based on the application of the theory of disregard of the legal personality in the Consumer defense code, based on recurrent doctrine and jurisprudential literature, exploring cases of inconsideration, pertinent concepts, importance of the referent theory and main characteristics of the process, As well as the analysis of the procedures of provision of the judicial service related to the Code of Consumer Protection. To do this, a literature review was carried out covering consumer protection in the face of the application of this disregard,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

regarding consumer relations, the consultations were carried out through books, scientific articles, publications in academic sites and later all these contents were analyzed and selected for better integration in this body. In sum, this study was shaped in order to have a qualitative content, exploring the cases of the Code of Consumer Protection in a theoretical way, bringing the exposure of the suppression of the legal barrier determined by the institution of the legal entity. Finally, it was verified the importance attached to the use of legal mechanisms regarding the approach of the legal entity from the standpoint of the CDC, in order to comply with effective justice, where it is noted that the consumer is seen as the most vulnerable Contractors, and this balance is sought precisely through the provision of information, the nullity of contractual clauses, Creating the just guarantee of the legal process.

KEY WORDS: Legal disregard; Code of Consumer Protection; Contractual Process; Consumer Law.

1. INTRODUÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Consumidor possui grande relevância pela ampla proteção do consumidor em face da aplicação desta desconsideração, no que tange as relações de consumo. Haja visto que o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor aumenta ainda mais a possibilidade de situações em que a personalidade jurídica da sociedade poderá de fato ser desconsiderada, diferenciando-se do direito civil em que para que seja possível aplica-la os pressupostos são somente à fraude e o abuso de direito (DINIZ, 2007).

Para o direito moderno, a pessoa jurídica pode ser entendida somente sob a ótica de uma instrumentalidade jurídica, formal para pleitear seus interesses e fins valorizados e aceitos pelo ordenamento jurídico. sob este posicionamento e volta-se ao aspecto comercial patrimonial ou econômico, seria possível alinhar alguns desses fins colimados e bem recebidos pela visão jurídica (AMARO, 2014).

Em suma, é possível afirmar que a personalidade jurídica pode exercer uma tarefa legitima, não significando abuso no que se diz respeito à responsabilidade que carrega. Destarte, sua independência com relação aos seus sócios se faz relativa, pois mesmo que indiretamente, seu patrimônio pertence a eles, e sua vontade depende da vontade deles, que é direcionada (POTER, 2014).

A desconsideração da pessoa jurídica, nada mais é do que, o instituto que se adequa perfeitamente a construção teórica citada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

anteriormente. Este instituto objetiva a suplantação da barreira legal determinada pela instituição da pessoa jurídica, contornando-a de modo a manter íntegro os preceitos que motivaram sua própria criação (SILVA, 2012).

Neste estudo, a abordagem da pessoa jurídica em seu caráter instrumental reflete sobre o direito moderno, e a pessoa jurídica podendo ser entendida somente sob a ótica de uma instrumentalidade jurídica, formal para pleitear seus interesses e fins valorizados e aceitos pelo ordenamento jurídico. sob este posicionamento e volta-se ao aspecto comercial patrimonial ou econômico, seria possível alinhar alguns desses fins colimados e bem recebidos pela visão jurídica (DINIZ, 2007).

Em soma, a autonomia relativa da pessoa jurídica o caráter instrumentalista exige que a validade do intuito venha a fica condicionada a pressupostos do atingimento ou do cumprimento do fim jurídico ao qual este possui destino, possa ficar condicionada e não se desvie enquanto pessoa jurídica desfrutando-a deste mesmo fim (AMARO, 2014).

Assim, a existência legal da pessoa jurídica versa sobre a existência legalizada da pessoa jurídica somente se da inicio por meio do registro de seus atos constitutivos e, quando se faz necessário, deve ser acompanhada de autorização por parte do poder executivo, obrigando-se, também, se procederem às averbações de todas as modificações realizadas (SILVA, 2012).

Ademias, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no prisma do Código de Defesa do Consumidor, explica que a teoria que versa a respeito da personalidade jurídica foi elencada no CDC, especificadamente dentro do titulo i, denominado “dos direitos do consumidor”, ainda neste, no seu capitulo quatro, trata da qualidade dos produtos e serviços, bem como da reparação e prevenção dos danos (POTER, 2014).

Contudo, o fato é que a aplicação da teoria da desconsideração no novo código de defesa do consumidor é de forma mais restrita. No entanto, no CDC existem varias hipóteses em que podem ser empregadas as teoria da desconsideração, haja visto que a vulnerabilidade inerente ao consumidor (SILVA, 2012).

No que tange as relações de consumo, o juiz pode, de ofício, aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pelo fato de que o código de defesa do consumidor prescreve normas de ordem pública e interesse social (POTER, 2014).

Almeja-se, com este artigo acadêmico estudar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor, com base na literatura doutrinária e jurisprudencial recorrente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

2. A PESSOA JURÍDICA: SEU CARÁTER INSTRUMENTAL

Para o Direito Moderno, a pessoa Jurídica pode ser entendida somente sob a ótica de uma instrumentalidade jurídica, formal para pleitear seus interesses e fins valorizados e aceitos pelo ordenamento jurídico. Sob este posicionamento e volta-se ao aspecto comercial patrimonial ou econômico, seria possível alinhar alguns desses fins colimados e bem recebidos pela visão jurídica (DENARI, 2008).

Conveniência ou viabilização de empreendimento econômico. A necessidade técnica dos grandes empreendimentos, necessidade de elevados investimentos, a exigirem conjugação de esforços. Cooperação que a ordem jurídica jurisformiza através da personalização (GLOBEKNER, 1999).

Situações há em que a constituição de pessoa jurídica é imperativo legal. Por razões de política econômica, há certas atividades que a lei só autoriza às pessoas jurídicas, além de geralmente impor a espécie societária, é o caso, por exemplo, da atividade financeira, de seguros, dentre outros (DINIZ, 2007).

A limitação da responsabilidade dos sócios como instrumento de viabilização de empreendimentos. Por outro lado, o lado credor que contrata com tais sociedades, sabe que a responsabilidade dos sócios se limita ao capital subscrito, daí poderem se precaver, por exemplo, exigindo garantias adicionais. (GLOBEKNER, 1999).

Ainda sob esta linha de pensamento, a personalização ainda representa o instrumento jurídico legitimo que do destaque patrimonial para que seja possível a exploração de determinados segmentos econômicos, de modo que o patrimônio que tenha sido titulado por meio da pessoa jurídica possa responder pelas obrigações sociais, se chamando á responsabilidade, aos sócios em situações restritas (DENARI, 2008).

Dado que o destaque patrimonial seja a principal característica nas sociedades comerciais, a autonomia da pessoa jurídica não tem, entretanto, o condão, de transforma-la em ente totalmente alheio às pessoas dos sócios. Senão vejamos: O patrimônio da pessoa jurídica é através da ação ou quota de capital, expressão também do patrimônio dos sócios. A vontade da pessoa jurídica é, não obstante o balizamento dos estatutos e dos órgãos de administração neles previstos, em grande medida, o reflexo da vontade de seus sócios (GLOBEKNER, 1999).

Em suma, é possível afirmar que a personalidade jurídica pode exercer uma tarefa legitima, não significando abuso no que se diz respeito à responsabilidade que carrega. Destarte, sua independência com relação aos seus sócios se faz relativa, pois mesmo que indiretamente, seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

patrimônio pertence a eles, e sua vontade depende da vontade deles, que é direcionada (DENARI, 2008).

3. AUTONOMIA RELATIVA DA PESSOA JURÍDICA

Existem casos em que a pessoa jurídica é utilizada ao arrepio dos fins, para tal, o direito albergou o próprio instituto, quando este reconhecimento de autonomia desencadeia uma negação de ideais de justiça ou até mesmo a frustação de valores que foram a eles intrínsecos albergados, logo figura-se então o desvio de função. Acontecendo assim, a incompatibilidade entre a ação do comportamento da pessoa jurídica, com os valores que estipulam a ordem jurídica brasileira (GLOBEKNER, 1999).

O caráter instrumentalista exige que a validade do intuito venha a fica condicionada a pressupostos do atingimento ou do cumprimento do fim jurídico ao qual este possui destino, possa ficar condicionada e não se desvie enquanto pessoa jurídica desfrutando-a deste mesmo fim (DINIZ, 2007).

> [...] a desconsideração da personalidade jurídica, em termos técnicos, envolve, a ineficácia da autonomia da pessoa jurídica em determinado caso concreto a ser analisado pelo Poder Judiciário, de forma que recaia sobre a pessoa física (sócio) que exercia poder de direção frente à pessoa jurídica (sociedade empresária) a responsabilidade por condutas ou passivos que, doutra maneira, seriam suportados exclusivamente pela pessoa jurídica. (VIEIRA, 2010).

Ao se analisar a desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro, a "Lacuna Axiológica", descrita como a situação em que não há propriamente lacuna da lei, pois o direito posto fornece a solução em seus estritos termos; ocorre, porém, que a solução dada fere valores que o sistema jurídico tutela. O problema que então se apresenta em relação à lei é o de integrá-la, no aspecto axiológico, isto é, ao aplicá-la, ou deixar de aplicá-la, fazê-lo, de forma a que, sem que se destrua sua validade, se possa evitar seja a mesma utilizada para fins abusivos (GLOBEKNER, 1999).

A desconsideração da pessoa jurídica, nada mais é do que, o instituto que se adequa perfeitamente a construção teórica citada anteriormente. Este instituto objetiva a suplantação da barreira legal determinada pela instituição da pessoa jurídica, contornando-a de modo a manter íntegro os preceitos que motivaram sua própria criação (AMARO, 2014).

> É bem verdade que a Ciência do Direito, entendida como o estudo do contexto de proposições normativas com o fim de (co)ordenar todo o comportamento dos seres humanos, descrevendo, tão somente, por meio duma metodologia própria, as condutas empreendidas pelas normas, cria meios que servem, dentre outras finalidades, para diferenciar o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "ser" de um outro complexo normativo, qual seja, "as ficções jurídicas". (VIEIRA, 2010).

Na aplicação da desconsideração da pessoa jurídica, é visado tanto a proteção da própria pessoa jurídica da ação de seus sócios gerentes, como a proteção dos sócios envolvidos, terceiros que com ela se relacionem ou que de qualquer forma sofram os efeitos de seu atuar (DINIZ, 2007).

E mais do que o acima exposto, a desconsideração destina-se ao aperfeiçoamento do próprio instituto da personalização, pois determina a ineficácia episódica de seu ato constitutivo, preservando a validade e existência de todos os demais atos que não se relacionam com o desvio de finalidade, e nisto protegendo o própria existência da pessoa jurídica. A teoria ou doutrina da desconsideração assegura a finalidade da pessoa jurídica ao tempo em que protege os demais, dos prejuízos decorrentes da utilização desvirtuada de seus fins (GLOBEKNER, 1999).

3.1. EXISTÊNCIA LEGAL DA PESSOA JURÍDICA

Silva (2008) nos traz o seguinte posicionamento:

> [...] não é suficiente que os indivíduos reúnam-se para que possa vir a nascer à personalidade jurídica, é preciso que seja firmado, além disso, uma junção jurídica especial, que possa vir a ser transmitindo uma unidade orgânica. Por tal motivo, a entidade que tenha sido constituída escolhe a sua própria realidade, que possui a função de diferencia-la dos elementos – pessoas físicas – que a compõem.

Já Caniato (2004), defende que a existência legalizada da pessoa jurídica somente se da inicio por meio do registro de seus atos constitutivos e, quando se faz necessário, deve ser acompanhada de autorização por parte do Poder Executivo, obrigando-se, também, se procederem às averbações de todas as modificações realizadas.

Dando segmento a sua defesa, a mesma autora acima mencionada complementa "o registro, (...), além de propor publicidade ao ato, lhe confere autenticidade, eficácia e Segurança. A eficácia bem como a publicidade, fazendo-se valer o ato entre as partes, é possível que seja realizada também contra terceiros" (CANIATO, 2004).

Gagliano (2006) vai além do que foi exposto e complementa:

> (...) o registro que pertence à pessoa jurídica possui natureza constitutiva, por ser um atributivo oriundo de sua própria personalidade, diferenciando-se completamente doregistro civil de nascimento da pessoa natural, que apenas é eminentemente declaratório da qualidade de pessoa, já conquistada desde o momento do nascimento do individuo com vida. (p. 22).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Coelho (1991), elabora uma detalhada descrição a respeito da lei que trata sobre a personalidade jurídica do indivíduo desde o e seu inicio, explorando seu posicionamento da seguinte forma:

> Consoante à lei, a personalidade da pessoa jurídica dar-se inicio a partir da inscrição dos seus atos constitutivos no próprio registro. As sociedades de modo simples, fundações, associações podem se inscrever por meio de Registro Civil das Pessoas que trata unicamente de Jurídicas, já as sociedades de cunho empresarial, são direcionadas a Junta Comercial. (p. 155).

O artigo 46 do Código Civil Brasileiro bem como os deste, transparecem os elementos necessários que devem ser seguidos o registro, sendo eles:

> Art. 46. O registro declarará:
> I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;
>
> II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;
>
> III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;
>
> IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;
>
> V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;
>
> VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso. (BRASIL, 2002).

Sendo assim, para a validade do registro é necessário que se façam presentes os elementos que foram mencionados anteriormente, neste Art 46 do CDC de 2002.

No que se relaciona aos atos constitutivos das pessoas jurídicas, são limitados “de acordo com a forma de constituição, em institucionais e contratuais”. O ato constitutivo das contratuais são denominados de ‘contrato social’ já os institucionais, “estatuto” (POTER, 2014).

Coelho (2000) ainda faz a seguinte separação:

> As pessoas jurídicas de cunho contratual, aos quais os atos constitutivos sejam especificadamente o contrato social, são, sociedade em nome coletivo, sociedade simples, em comandita simples e limitada. Já pessoas jurídicas de se segmentos institucionais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

> aos quais os atos constitutivos sejam o estatuto, são: as sociedades por ações ou comanditas por ações, todas as associações, as organizações de caráter religiosas, bem como as fundações e os partidos políticos. (p. 11).

Coelho (2005) explana que as pessoas jurídicas de caráter institucional serão sempre singulares, haja visto que um contrato pressupõe dois sujeitos contratantes.

A respeito da anulação do registro da pessoa jurídica, Silva (2008) faz a seguinte exposição:

> O cancelamento do registro da pessoa jurídica, especificadamente em situações onde haja dissolução ou cassação da autorização para que possa existir seu funcionamento, não se promove, por meio de averbação, no instante em que é dissolvida, mas depois de encerrar sua liquidação (p. 55).

Assim, Diniz (2007) explica que o direito de anular a sua constituição por defeito do ato respectivo pode ser exercido dentro do prazo decadencial de três anos, contado da sua publicação e sua inscrição no registro.

"Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada à autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua". (BRASIL, 2002).

Sendo assim, a anulação do registro da pessoa jurídica, especificadamente em casos de dissolvência ou até mesmo quebra da permissão para seu trabalho, não é impulsionado fazendo uso de averbação, mas sim após sua liquidação (DENARI, 2008).

4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PRISMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A teoria que versa a respeito da personalidade juridica foi elencada no Código de Defesa do Consumidor especificadamente dentro do Titulo I, denominado "Dos Direitos do Consumidor", ainda neste, no seu capitulo IV, trata da Qualidade dos Produtos e Serviços, bem como da reparação e prevenção dos danos, já na sua seção V, o artigo 28 , dispõe o seguinte:

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolência, encerramento

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.
>
> §1°. (*Vetado*).
>
> §2°. As sociedades integrantes dos grupos de sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.
>
> §3°. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.
>
> §4°. As sociedades coligadas só responderão por culpa.
>
> §5°. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

É de início perceptível que este mencionado dispositivo traz em seu corpo um conceito bastante amplo e diferenciado do que anteriormente era adotado na *Disgregar Doctrine*, que era bastante aclamada no ordenamento jurídico Brasileiro, este possuía como objetivo, resguardar toda sociedade do uso perigoso da personalidade jurídica (DENARI, 2008).

Deste modo, a compreensão exposta no Código de Defesa do Consumidor aumenta o rol de aplicabilidade da teoria, trazendo em sua conceituação, possibilidades em que há por parte de integrantes de sociedades há também responsabilidades solidaria e subsidiaria entre os variados grupos de empresas, que visivelmente não se enquadram como casos de superação da personalidade Jurídica (AMARO, 2014).

Sendo desta forma, fica evidente que este dispositivo possui como principal intuito proteger o consumidor, dando-lhe total segurança de que terá total acesso aos bens patrimoniais dos administradores toda vez que o direito de credito subjetivo for resultado de quaisquer das práticas abusivas que nele estejam arroladas (DENARI, 2008).

Partindo desta perspectiva, é relevante destacar que a diversa polemica que desencadearam por meio do veto do §1º e da eficácia do §5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor que até os dias presentes provocam inúmeros debates no ordenamento jurídico Brasileiro.

O §1º do artigo 28 foi vetado por parte do Presidente da República, no corpo do seu texto elencava o seguinte dispositivo:

> §1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Por motivos deste veto, o presidente levou em consideração que o caput do artigo 28 já previa todos os elementos que se faziam necessários para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (AMARO, 2014).

Nunes (2000) defende que o veto constado neste paragrafo foi coerente, haja visto que o magistrado, ao levantar a hipótese de desconsideração da Personalidade da Pessoa Jurídica, fará com o intuito de atingir apenas a pessoa do sócio ou dos responsáveis por ela. Considerando assim seu dispositivo completamente redundante.

No entanto, no que tange estas considerações, diversos doutrinadores possuem o entendimento de este veto não deveria ter sido recaído sob o § 1º, mas sim sob o § 5º do Código Defesa do Consumidor, que dispõe o seguinte texto: "§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Ao analisar este artigo em especifico, diversos doutrinadores, como por exemplo, Denari (2008) compreenderam que os fundamentos contidos neste estariam visivelmente em contradição com o caput contido no artigo 23 ao passo em que havia uma generalização a aplicabilidade desta teoria, pois este possibilita à autorização a desconsideração sempre que possa houver impedimentos ao ressarcimento de possíveis lesões provocados aos consumidores, deste modo, desconsiderando, os pressupostos de abuso e de fraude dos direitos previstos no caput.

> Ao todo que se denota, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, estipulado ao artigo 28, mais especificamente ao caso, na perspectiva do § 5º do Código de Defesa do Consumidor, ao nosso sentir, equivale a uma erro legislativo, cujo Poder Executivo apoiou-se e deu voga a um preceito de lei que causa uma intensa contenda doutrinária e jurisprudencial, de modo que o sacrifício do instituto da personalidade jurídica apenas poderá ocorrer quando instaurada estiver uma das condutas exigidas no caput do referido artigo, ou melhor, donde se visualizar que na hipótese da Lei o bem tutelado pelo Direito terá maior relevância do que o interesse social que a norma pretende proteger ao conferir a autonomia patrimonial para a sociedade empresária, pois, caso contrário, não haveria sentido as determinadas previsões do artigo 28 estar onde estão, se tais casos fossem irrelevantes. (VIEIRA, 2010).

Nesta mesma perspectiva, leva-se em consideração que este paragrafo ora referido, caso seja aplicado tornaria literalmente dispensável ao funcionamento do caput, sendo até mesmo inofensivo à própria teoria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

da desconsideração atribuindo caráter ilimitado nas responsabilidades dos sócios de em toda relação de consumo (AMARO, 2014).

Ainda de acordo este autor, a solução única que possa vir a dar validade ao mencionado paragrafo seria considerando que em uma possível competição entre o caput e o paragrafo, caso um tenha que ceder, este deverá ser o paragrafo. Tentando estabilizar uma conciliação dos preceitos, deve-se compreender o § 5° como sendo uma abertura do rol de hipóteses do caput, sem qualquer prejuízo, porém dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou consagrar (POTER, 2014).

De acordo Amaro (2014), o §5º apenas seria uma forma de adendo ao rol de hipóteses do *caput*, sempre devendo ser levadas em consideração os pressupostos teóricos contidos na teoria da desconsideração.

No entanto, Nunes (2000) pontua que o objetivo do §5º é deixar patente que as hipóteses que permitem a desconsideração, previstas no *caput*, são meramente exemplificativas, pois o intuito dessa norma é, acima de tudo, garantir sempre o ressarcimento do consumidor pelos danos provocados pelo fornecedor.

> A par de todos os anseios comezinhos que se encontram na sociedade moderna, afetando os desejos de “maus consumidores” que, antevendo a probabilidade de uma possível condenação do fornecedor de serviços ou produtos, passam a utilizar-se do artifício da desconsideração da personalidade jurídica para conseguir alguma benesse que, em regra, não seria possível, colocando em evidência e alerta o Poder Judiciário para que o mesmo não cometa injustiças a ponto de erradicar a pessoa jurídica fornecedora, esta entendida como fator econômico e social que leva o progresso parelho às aspirações de uma comunidade entendida como sociedade de consumo, para que o fenômeno jurídico não acabe noutro ainda pior, qual seja o monopólio do fornecimento, onde, aí sim, o consumidor soçobrará que, de fato, um dia fora consumidor. (VIEIRA, 2010).

Neste contesto, na sua própria fala contem palavras que são pertencentes à redação do, § 5º basta o dado objetivo do fato da personalidade jurídica da pessoa jurídica ser obstáculo ao pleno exercício do direito do consumidor para que seja possível desconsiderar esta personalidade (SILVA, 2012).

Deste modo, assim como grande maioria dos doutrinadores , é possível chegar ao entendimento de que o parágrafo 5º deve possuir uma interpretação restritiva e em conjunto com o *caput*, estabelecendo assim uma harmonia no dispositivo, objetivando unicamente resguardar que haja o devido ressarcimento ao consumidor quando este vir a ser lesado (POTER, 2014).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi exposto, a desconsideração da personalidade jurídica constitui medida excepcional, sendo necessário o atendimento aos requisitos autorizadores dispostos do Código de Defesa do Consumidor.

Este tema possui grande relevância pela ampla proteção do consumidor em face da aplicação desta desconsideração da personalidade jurídica no que tange as relações de Consumo, haja visto que o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor aumenta ainda mais a possibilidade de situações em que a personalidade jurídica da sociedade poderá de fato ser desconsiderada, diferenciando-se do Direito Civil em que para que seja possível aplica-la os pressupostos são somente à fraude e o abuso de direito (GLOBEKNER, 1999; VIEIRA, 2010; AMARO, 2014; NUNES, 2000).

Assim, evidenciou-se que a desconsideração da pessoa jurídica, nada mais é do que, o instituto que se adequa perfeitamente a construção teórica do Código de Defesa do Consumidor. Este instituto objetiva a suplantação da barreira legal determinada pela instituição da pessoa jurídica, contornando-a de modo a manter íntegro os preceitos que motivaram sua própria criação.

A existência legalizada da pessoa jurídica somente se da inicio por meio do registro de seus atos constitutivos e, quando se faz necessário, deve ser acompanhada de autorização por parte do Poder Executivo, obrigando-se, também, se procederem às averbações de todas as modificações realizadas.

Presume-se então que o consumidor é visto como a parte mais sujeita a vulnerabilidade na relação contratual, e é diante deste pressuposto que se busca o equilíbrio entre os contratantes, e este equilíbrio é buscado justamente por meio do fornecimento de informações, da nulidade de cláusulas contratuais (POTER, 2014; SILVA, 2012).

Para que o tal fenômeno jurídico não termine noutro ainda pior, seja qual o monopólio do fornecimento, onde justamente assim, o consumidor será apenas um mero consumidor.

Diante de todas as expectativas que se encontram sob a sociedade moderna, prejudicando os desejos de consumidores maus que antecedendo a probabilidade de uma condenação do fornecedor de produtos ou serviços, passam a se utilizar de táticas da desconsideração da personalidade jurídica para alcançar alguma benesse que, em via de regra não seria permitida, colocando sob alerta o Poder Judiciário Brasileiro, para que este não venha a cometer injustiças a ponto de vir a erradicar a pessoa jurídica fornecedora, esta compreendida como fator social e econômico que leva progresso paralelo às diversas aspirações de uma determinada comunidade entendida como sociedade de consumo (GLOBEKNER, 1999; VIEIRA, 2010; AMARO, 2014; NUNES, 2000).

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva; **A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor,** Aspectos Processuais; Ajuris; Vol 19; N 54; P 146 A 180; Março; 1992.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

ALVIM, Arruda, et al.; **Código Do Consumidor Comentado;** 2. ED. rev. e ampl.; Revista dos Tribunais; 1995.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro** - 20ª Ed. 2014.

_____. **Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor**; Ajuris, Vol 20; N 58; P 69 A 84; Julho; 1993.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei Nº. 8.078, de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

_____. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. **Disponível em: .** Acesso em 15 de abril de 2017.

_____. Código Civil. **Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANIATO, Maria Cecília Garreta. **Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Harbra, 2004. p. 40.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Direitos básicos: Comentários ao artigo 6º., do CDC.** São Paulo: Verbatim, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASILLO, João; **Desconsideração da Pessoa Jurídica**; RT 528/24.

CLÁPIS, Flávia Maria de Morais Geraigire. **Desconsideração da Personalidade Jurídica.** 205f. Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2006. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** p. 241.

_____. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor; Coordenação de Juarez de Oliveira**; Ed. Saraiva; São Paulo; 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DENARI, Delmo. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Código de Defesa do Consumidor: Comentários pelos Autores do Anteprojeto**; Ed. Forense Universitária; Rio de Janeiro, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º volume: Teoria Geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 229, 2007.

FÜHRER, Américo; **Resumo de Direito Comercial**; Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. volume I: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 182.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal; **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**; Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso; **Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor**; Revista Jurídica, Porto Alegre; Vol 42; N 205; P 17 A 27; Novembro ;1994.

MACIEL, Daniel Baggio. **Responsabilidade patrimonial do Estado pela Prestação Jurisdicional.** Birigui: Boreal, 2006.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

NAGIB FILHO, Slaibi. **A desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil.** Publicado em 2012**.** Disponível em >. Acesso em 15 de abril de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor : direito material.** (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa**; A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**; Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

POTER, Cristiano. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Código De Defesa Do Consumidor. Publicado em 2014. Disponível em: >. Acesso em 15 de abril de 2017.

REQUIÃO, Rubens; Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica; RT, 528:16.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

SILVA , André Souza. **A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC.** Publicado em 2012. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** São Paulo: Forense, 2008.

SZTAJN, Rachel; **Desconsideração da Personalidade Jurídica**; Revista de Direito do Consumidor; N 2; P 67 A 75; Junho; 1992.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

VADE MECUM. 5. ed. atual. e ampl. até 26.03.2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

VIEIRA, Lucas C. **A desconsideração da personalidade jurídica no CDC: Aspectos da autonomia patrimonial da empresa e o art. 28, § 5º da lei consumerista**. Publicado em 2010. Disponível em: . Acesso em 15 de abril de 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

BENIGNO NÚñEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a homologação de sentença estrangeira. A homologação de sentença estrangeira é um procedimento judicial que tem o objetivo de dar executoriedade interna e externa a sentenças proferidas em outro país. A homologação não analisa o mérito da sentença estrangeira, ela apenas analisa os requisitos previstos no art. 5º da resolução 9/2005 e os limites estabelecidos no art. 17 do decreto-lei 4.657/1942. Vai daí que essa análise realizada pelo STJ consistente apenas na forma invés da análise de mérito da sentença estrangeira, é chamada de juízo de delibação ou sistema de delibação. Tal exigência não é excluída pelo Protocolo de Las Leñas em relação às sentenças proferidas nos demais países do Mercosul, mas em razão do citado protocolo é formulado um processo simplificado, idêntico ao das cartas rogatórias, para que tais decisões possam ser cumpridas dentro do nosso país.

Palavras-chave: Homologação; Sentença estrangeira; Executoriedade; Cumprimento.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the homologation of a foreign judgment. The homologation of a foreign sentence is a judicial proceeding that has the purpose of giving internal and external enforceability to judgments rendered in another country. The homologation does not analyze the merit of the foreign sentence, it only analyzes the requirements set forth in art. 5 of resolution 9/2005 and the limits established in art. 17 of Decree Law 4,657 / 1942. It follows that this analysis carried out by the Supreme Court, consisting only in the form rather than the analysis of the merits of the foreign sentence, is called a judgment of deliberation or a system of deliberation. Such a requirement is not excluded by the Las Leñas Protocol in relation to the judgments handed down in the other Mercosur countries, but because of the said protocol, a simplified procedure, similar to that of letters rogatory, is formulated so that such decisions can be complied with within our country.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Keywords: Homologation, Foreign judgment, Executoriedad, Greeting.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo discutir la homologación de sentencia extranjera. La homologación de sentencia extranjera es un procedimiento judicial que tiene el objetivo de dar ejecutoriedad interna y externa a sentencias dictadas en otro país. La homologación no analiza el mérito de la sentencia extranjera, ella sólo analiza los requisitos previstos en el art. 5 de la resolución 9/2005 y los límites establecidos en el art. 17 del decreto-ley 4.657 / 1942. De ahí que ese análisis realizado por el STJ consistente sólo en la forma en lugar del análisis de fondo de la sentencia extranjera, es llamada de juicio de delibación o sistema de delibación. Tal exigencia no es excluida por el Protocolo de Las Leñas en relación a las sentencias dictadas en los demás países del Mercosur, pero en razón del citado protocolo se formula un proceso simplificado, idéntico al de las cartas rogatorias, para que tales decisiones puedan ser cumplidas dentro de nuestro país.

Palabras clave: Aprobación, Sentencia extranjera, Aplicabilidad, Cumplimiento.

1 INTRODUÇÃO

A homologação de sentença estrangeira é um procedimento judicial que tem o objetivo de dar executoriedade interna e externa a sentenças proferidas em outro país.

No Brasil, a competência para a homologação de sentença estrangeira é do Superior Tribunal de Justiça, art.475, N, VI CPC (e o art. 483 CPC. De acordo com o que estabelece o artigo 105, I, i, da Constituição Federal, com as modificações decorrentes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, passa-se a ser de competência do STJ. O artigo 15 da Lei de introdução ao Código Civil lista os requisitos necessários para que a sentença estrangeira seja homologada:

haver sido proferida por juiz competente;

terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificada à revelia;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ter transitada em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

estar traduzida por tradutor juramentado;

ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, foi expressamente revogado pela Lei 12.036/2009. Seu antigo conteúdo mencionava que "não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas".

Há teorias que explicam, ou tentam explicar os argumentos e regimes pelos quais passam as "sentenças" a serem homologadas:

Sistema da revisão do mérito da sentença

Julga-se novamente a causa que inspirou a "sentença" como se essa não existisse, ensejando até nova produção de provas, reanalisando as preexistentes, somente após a decisão estrangeira poderá ou não ser ratificada.

Esse método é mais complexo, moroso, todavia torna o direito estrangeiro aplicado no exterior mais justo frente a jurisdição interna do país homologador; criando, inclusive, jurisprudência para resolução novas demandas relativas a tais Estados.

Sistema parcial de revisão do mérito

Sistema imposto com o fim de analisar a aplicação da lei do país em que irá ser executada a sentença. Ainda nesse sistema o que se busca distinguir se há a possibilidade de aplicação da lei embasadora da sentença estrangeira no Estado em cujo território a sentença estrangeira irá produzir efeitos.

Sistema de reciprocidade diplomática

Utilizam-se os tratados como base. Não havendo tratado entre os Estados, sequer será possível a homologação.

Sistema de reciprocidade de fato

Nesse sistema, a homologação só é possível se ambos os Estados envolvidos na relação protegerem os mesmos institutos; e.g., o casamento entre indivíduos do mesmo sexo é admitido na Holanda. Na hipótese de um casal de holandeses passar a residir em Portugal, e querer legalizar, neste país, sua união, será necessário que a autoridade lusitana competente homologue o ato judicial proferido pelo Poder Público

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

holandês. Para tanto, seria necessário que o ordenamento jurídico português previsse o referido instituto jurídico.

Processo da delibação

Neste sistema, não é sequer aferido o mérito da sentença. Examinam-se, singularmente, as formalidades da sentença a luz de princípios fundamentais para se considerar justo um processo, tais como: respeito ao contraditório e a ampla defesa, legalidade dos atos processuais, respeito aos direitos fundamentais humanos, adequação aos bons costumes. Foi sempre consagrado pela Itália e é adotado pelo Brasil.

Delibar significa saborear, passar com os lábios, ou seja, o STJ somente observa os requisitos formais do processo e não se aprofunda ao mérito.

2 DESENVOLVIMENTO

É um processo que visa a conferir eficácia a um ato judicial estrangeiro. Qualquer provimento, inclusive não judicial, proveniente de uma autoridade estrangeira, só terá eficácia no Brasil após sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 216-B do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

O direito estrangeiro é aplicado de maneira direta e indireta.

Direta

O processo a ser observado é sempre o da lex fori, ou seja, as regras processuais da lei nacional.

Quanto as provas, os tribunais brasileiros não aceitam prova que sua lei desconheça.

O processo tem a devida tramitação perante o juiz do foro.

A primeira tarefa do juiz é identificar o elemento de conexão. Conhecido este saberá, consequentemente, qual a lei a ser aplicada ao caso sob exame, ou seja, se a nacional ou a estrangeira.

Em se tratando de lei estrangeira, passará à qualificação.

Distinguida a instituição estrangeira e, em havendo identidade desta com uma do nosso sistema jurídico, o juiz investiga o conflito da lei com a ordem pública.

O trabalho subsequente é interpretação que deve estar dentro dos critérios previstos pelo direito pátrio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Se conflitando com a ordem pública, não há mais o que fazer, a lei estrangeira não será adaptada.

Não sendo a instituição, cuja aplicação é prevista, conhecida, só restará ao juiz, através do mérito comparativo, buscar uma outra do direito interno semelhante.

Indireta

Nesta, a sentença é proferida por juiz estrangeiro.

Apenas a execução será no país homologador, ou seja, seus efeitos agirão no Estado homologador.

Somente após ser homologada pelo referido país mediante seu organismo competente para tal (no Brasil o STJ), será executada a sentença nos termos previstos.

Documentos estrangeiros

Embora as sentenças estrangeiras possam ser homologadas, seus demais atos produzidos não o são, e mais, precisam também passar pelo crivo da pessoa competente no direito interno do país a que se destinam os efeitos do ato ou demais decisões (oitiva de testemunhas, depoimentos pessoais, extradição...), ou seja, qualquer ato de jurisdição externa para ter efeito no Brasil é feito através de carta rogatória.

Inspirado pelo modelo italiano, o Brasil adotou o sistema da delibação moderada. Além da verificação dos requisitos formais e da potencial ofensa à soberania nacional ou aos bons costumes, há o principal exame, referente à observância da ordem pública. Para a verificação da ofensa ou não aos mencionados requisitos e, especialmente, de possível contrariedade à ordem pública, o mérito da questão é considerado de maneira superficial, de modo a analisar a adequação do ato estrangeiro em si, do seu conteúdo e da forma como foi produzido na jurisdição estrangeira.

Atualmente, é atribuição do Presidente do STJ homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur às cartas rogatórias. Porém, havendo contestação, o processo será submetido a julgamento da Corte Especial do STJ e distribuído a um dos Ministros que a compõem (Arts. 216-A e 216-O, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

Até 2004, esse processo era da competência do Supremo Tribunal Federal. Após a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça passou a ter a competência para processar e julgar os feitos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

relativos à homologação de sentença estrangeira e à concessão de exequatur às cartas rogatórias.

No Brasil a carta rogatória para ser cumprida tem de receber o exequatur do superior Tribunal de Justiça, recebendo-o a carta será cumprida no juízo federal de primeira instância.

A legislação interna do Estado estrangeiro onde se deseje a homologação da sentença proferida no Brasil determinará o procedimento para a homologação de sentenças oriundas de autoridades brasileiras. Via de regra, será necessário requerer a homologação junto a um tribunal ou corte estrangeira. Vide o item 7, a seguir, onde constam as regras observadas pelo Brasil em casos semelhantes e que, geralmente, também são levadas em conta pelos outros países.

Outra forma de solicitar, no exterior, a homologação de sentenças brasileiras em matéria civil, é formular o pedido por meio de carta rogatória, desde que exista tratado prevendo tal procedimento. Até o momento, é possível realizar pedidos da natureza com base nos tratados bilaterais com a Espanha, a França e a Itália, bem como para Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai, com base no Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile.

Sentenças passíveis de homologação

Embora a lei brasileira fale em sentença, a leitura já está superada, visto que é homologável, para exemplificar, acórdão, sentença de natureza cível, comercial, criminal, trabalhista...; decretos de reis, prefeitos, parlamento, assim como resoluções em processos arbitrais contanto que estejam revestidos das formalidades legais para que surtam efeito em seu país de origem.

O procedimento de homologação de uma sentença estrangeira segue o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a homologação deve ser requerida necessariamente por um advogado mediante petição endereçada ao Ministro Presidente do STJ e protocolada na Coordenadoria de Processos Originários.

Caso contenha todas as peças processuais e não haja contestação, o tempo médio de tramitação será de 2 meses. O provimento final será uma decisão, homologando ou não a sentença estrangeira. Se homologada, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

advogado deverá proceder à sua execução que, no caso, se dará pela extração da Carta de Sentença.

Após transitada em julgado a decisão que homologar a sentença estrangeira, cumpre ao interessado requerer, independente de petição, a extração da “Carta de Sentença” (Art. 216-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça). Trata-se de um documento expedido pela Coordenadoria de Execução Judicial mediante o pagamento de uma taxa.

De posse da Carta de Sentença, o advogado poderá proceder à execução da sentença estrangeira na Justiça Federal competente.

As fontes de direito processual internacional são basicamente normas internas. No Brasil podemos citar a Constituição Federal, a Lei de Introdução ao Código Civil, o Código de Processo Civil, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e outras leis processuais esparsas.

Existem também normas provenientes de tratados internacionais multilaterais e bilaterais. No âmbito do Mercosul, foi firmado o "Protocolo de Las Leñas" - de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, concluído pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, em 27 de junho de 1992, promulgado pelo Decreto nº. 2.067, de 12 de novembro de 1996, publicado no DOU de 13.11.96

De acordo com o art. 18 do Protocolo, as suas disposições são aplicáveis ao reconhecimento e à execução das sentenças e dos laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, e serão igualmente aplicáveis às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas na esfera penal.

Ainda de acordo com o art. 19, determina o protocolo que o pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central."

Assim, há que prevalecer o entendimento no sentido de que a homologação de sentença estrangeira proveniente do Mercosul tem procedimento facilitado, o que, entretanto, não elide a necessidade de procedimento próprio perante o Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido o trecho a seguir transcrito, de decisão do STF, na Carta Rogatória n. 7618 da República da Argentina:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Protocolo de Las Leñas (“Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa” entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta a admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dita reconhecimento) de sentença provinda dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento (CR-AgR 7613 / AT – ARGENTINA AG.REG.NA CARTA ROGATÓRIA Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 03/04/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.)

Uma sentença penal estrangeira, assim como as sentenças penais em geral, poderá ser reconhecida pelo STJ de acordo com a processualística prevista para a chamada homologação de sentenças estrangeiras no Brasil. Entretanto, devido às especificidades das sentenças penais estrangeiras, isto não seria possível para qualquer sentença penal estrangeira. Por exigência do artigo 9º do Código Penal, somente na hipótese de homologação para reparação civil ex delicto ou para aplicação de medida de segurança no Brasil caberia o reconhecimento. E desde que atendidas as condições previstas no citado artigo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de execução das sentenças estrangeiras no Brasil é apenas empreendido após prévia homologação efetivada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A homologação não analisa o mérito da sentença estrangeira, ela apenas analisa os requisitos previstos no art. 5º da resolução 9/2005 e os limites estabelecidos no art. 17 do decreto-lei 4.657/1942. Vai daí que essa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590508

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

análise realizada pelo STJ consistente apenas na forma invés da análise de mérito da sentença estrangeira, é chamada de juízo de delibação ou sistema de delibação.

Tal exigência não é excluída pelo Protocolo de Las Leñas em relação às sentenças proferidas nos demais países do Mercosul, mas em razão do citado protocolo é formulado um processo simplificado, idêntico ao das cartas rogatórias, para que tais decisões possam ser cumpridas dentro do nosso país.

REFERÊNCIAS

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 50 ed. Rio de Janeiro: Forense,2009. Pág.685.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 8 ed. Barueri, SP: Manole, 2009. Pág. 611.

Vicente Greco Filho, **"Direito Processual Civil Brasileiro"**, v.2, p.375-376.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 847 de 31/03/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UNIRV - UNIVERSIDADE DE RIO VERDE

FACULDADE DE DIREITO

A INVIABILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL ANTE A ATUAL SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

TIAGO FERREIRA

SANTA HELENA DE GOIÁS – GO

2014

TIAGO FERREIRA

Bacharel em Direito pela Universidade de Rio Verde/UniRV.
Assistente de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás/TJGO.
Pós-graduado em Direito Penal pela Faculdade Damásio.
Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela FEAD/Instituto Elpídio Donizetti.

Endereço: Rua Flauzino Pedro da Silva, 203, Centro – Santa Helena de Goiás – GO

CER 75.920-000 / Contato: (64) 99285-2192 – ferreira.ti@gmail.com

RESUMO

FERREIRA, Tiago. **A inviabilidade da redução da maioridade penal ante a atual situação do sistema prisional brasileiro**. 2018.

Fala-se muito em redução da maioridade penal como forma de diminuir a criminalidade, sob o argumento de que a sensação de impunidade faz com que estes adolescentes infratores pratiquem cada vez mais delitos de várias espécies. Contudo, é importante demonstrar como funciona todo esse sistema penal, desde a criação de leis até a estrutura disponível à sua efetiva aplicabilidade. Não basta simplesmente modificar a legislação criminal. É necessário aprimorar os meios para cumpri-la. Da mesma forma, deve-se observar que existe o Estatuto da Criança e do Adolescente que define as formas de tratamento aos menores que cometem infrações penais - os chamados atos infracionais, bem como as ferramentas que o Estado detém para o cumprimento desta Lei. E é nesse sentido que o presente trabalho visa demonstrar a inviabilidade da redução da maioridade penal ante a atual situação do sistema prisional brasileiro, o qual apresenta inúmeras irregularidades e não demonstra ser eficiente no seu papel que é ressocializar, reabilitar e reinserir o preso no convívio social. No mesmo sentido, é objeto desta obra mostrar que as leis destinadas aos menores infratores não são cumpridas, também, por falta de estrutura, o que causa esta sensação de impunidade no meio social. Através de pesquisas em diversos livros, artigos, órgãos governamentais e sites especializados, o trabalho busca confirmar as teorias apresentadas, uma vez que o presente tema é de grande relevância, pois muitos discutem a redução da maioridade penal como solução para o problema da criminalidade juvenil. Contudo, o que se conclui é que a simples redução dessa maioridade não é viável ante a atual situação do nosso sistema prisional, o que apenas contribuiria para o aumento do problema como um todo.

PALAVRAS-CHAVE

Pena de Prisão, Sistema Prisional, Redução da Maioridade Penal.

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da redução da maioridade penal envolve principalmente os aspectos sociais e psicológicos dos jovens infratores. Todavia, devem ser observadas as consequências dessa redução sob um panorama mais amplo.

Inicialmente, no primeiro capítulo, a obra busca demonstrar a evolução histórica do Direito Penal e, principalmente, da pena de prisão. Constata-se que esta evolução se deu, tanto a nível mundial quanto a nível de Brasil, no sentido de eliminar penas degradantes e desumanas, buscando com a pena de prisão uma forma de reabilitação do condenado, objetivando sua devolução à sociedade.

Na segunda etapa do trabalho a abordagem é em relação ao sistema prisional brasileiro, considerando, especialmente, os estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas privativas de liberdade, como as penitenciárias, as colônias agrícolas e industriais, e as casas de albergado. Demonstrando o funcionamento de todos os regimes penais - fechado, semiaberto e aberto -, a estrutura disponibilizada pelo Estado é confrontada com a função social da pena, evidenciando, através de dados importantes, que o nosso sistema prisional é precário e não cumpre as determinações legais.

No terceiro e último capítulo são esclarecidos alguns aspectos envolvendo a maioridade penal no Brasil e em outros países. Com efeito, nele é demonstrado a idade mínima para responsabilização criminal em nosso país em outras soberanias mundiais, bem como as consequências que os menores infratores brasileiros estão sujeitos de acordo com o nosso Estatuto da Criança e do Adolescente. Consequentemente, é mostrada a realidade dos centros de internação de menores e as principais discussões a respeito da redução da maioridade penal.

Ao final, após análise de todas as informações constantes do trabalho, a conclusão é que a redução da maioridade penal é inviável, tendo em vista a precariedade e a superlotação do sistema prisional brasileiro. De fato, considerando a porcentagem de crimes cometidos por adolescentes, assim como a quantidade de menores internados em relação aos adultos presos, é mais viável o investimento do Estado em políticas sociais adequadas e uma reformulação dos centros de internação e demais estabelecimentos destinados ao cumprimento das medidas socioeducativas previstas no ECA. Apresenta-se mais fácil tratar desses menores separadamente dos adultos, buscando, além da reabilitação daqueles, evitar a formação de novos criminosos por profissão.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

2.1 Introdução

O intuito deste capítulo é abordar a parte histórica do direito penal no que diz respeito ao objeto da pesquisa, demonstrando a evolução do direito criminal e, principalmente, da pena de prisão como ferramenta de punição e prevenção da prática criminosa.

Abordaremos através dos tópicos subsequentes, de forma sucinta, porém objetiva, essa evolução até a efetiva aplicação da pena de prisão como forma definitiva de cumprimento das sanções penais impostas aos delinquentes.

2.2 Conceito de Direito Penal

O Direito Penal é a ferramenta utilizada pelo Estado com o intuito de prevenir ou reprimir qualquer fato que atente contra a segurança pública e a ordem social. Para isso, define as infrações, estabelecendo normas e taxando as penas correspondentes ao eventual desrespeito dessas normas.

Na lição de Masson (2011, p. 3), "Direito Penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal". Tais normas e princípios visam a garantia da ordem pública, sendo uma maneira de tentar estabelecer limites para uma melhor convivência no meio social, como bem explica Bitencourt (2011, p. 32), *ipsis litteris*:

> Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica.

Destarte, o Direito Penal, além de regular o poder punitivo do Estado, deve constantemente buscar soluções para os fatos que violem o bem estar social.

2.3 Evolução da Pena de Prisão

Para Masson (2011, p. 53), "pode-se afirmar, com segurança, que a história da pena e, consequentemente, do Direito Penal, embora não sistematizado, se confunde com a história da própria humanidade".

Falar sobre a evolução histórica da Pena de Prisão, ou mesmo do Direito Penal, não é tarefa fácil, o que é reconhecido por diversos doutrinadores, conforme Bitencourt (2011, p. 505) bem esclarece:

> A origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a História da Humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na História da pena corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos.

Por isso, é necessário não se apegar a cronologia, esta que pode nos levar a equívocos, mas procurando esclarecer as diferentes formas em que ocorreram as punições, atendendo aos períodos da História da Humanidade.

2.3.1 Idade Antiga

Na antiguidade utilizavam-se as penas de morte e as penas corporais, dentre elas as mutilações, os açoites e as infamantes. As penas de prisão não tinham o caráter de pena definitiva, e sim, apenas serviam como prisão provisória até o julgamento final.

Segundo Bitencourt (2011, p. 506):

> Até fins do século XVIII a prisão serviu somente à contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Era, ao contrário do Direito Penal, muito comum a prisão civil por dívidas, prática adotada pela Grécia e Roma, que se fazia até que o devedor saldasse o débito.

Leciona Bitencourt (2011, p. 507), que nessa época, "a finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas", ou seja, de forma alguma a prisão era utilizada para cumprimento de pena definitiva.

2.3.2 Idade Média

Para Bitencourt (2011, p. 508), "durante todo o período da Idade Média a ideia de pena privativa de liberdade não aparece". Assim, percebe-se que a prisão continuou tendo a finalidade cautelar aplicada àqueles que foram submetidos à julgamento.

Nesse período as punições eram predominantemente violentas, as quais serviam, inclusive, de distração para a população. Os condenados eram sujeitados a terríveis tormentos, como amputações, queimaduras e até a morte.

Segundo Kaufmann (1977, p. 18-9, citado por Bitencourt, 2011, p. 509), "a pena privativa de liberdade foi produto do desenvolvimento de uma sociedade orientada à consecução da felicidade, surgida do pensamento calvinista cristão".

Afirma Bitencourt (2011, p. 509) que, "inegavelmente, o Direito Canônico contribuiu decisivamente para com o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente". Este ideal foi influenciado por conceitos teológico-morais, tendo em vista que o crime era considerado um pecado contra as leis humanas e divinas.

2.3.3 Idade Moderna

Devido à pobreza que se estendeu pela Europa durante os séculos XVI e XVII, os mais desfavorecidos financeiramente praticavam diversos delitos para sobreviverem, experimentando, assim, todo tipo de punição, que, no entanto, não eram suficientes para conter tais delinquentes.

Na França, constatou-se entre os anos de 1525 e 1561 diversas formas de penalidades, tais como trabalhos forçados, açoites em praça pública, banimento, entre outras da espécie.

Contudo, Bitencourt (2011, p. 510) explica que:

> Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1552), quando as condições socioeconômicas, especialmente, mudaram. Para fazer frente ao fenômeno sociocriminal, que preocupava as pequenas minorias e as cidades, dispuseram-se elas mesmas a defender-se, criando instituições de correção de grande valor histórico penitenciário. A pedido de alguns integrantes do clero inglês, que se

> encontravam muito preocupados pelas proporções que havia alcançado a mendicidade em Londres, o rei lhes autorizou a utilização do castelo de Bridwell, para que nele se recolhessem os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos menores.

O ideal objetivado era a reeducação dos delinquentes através de trabalho e disciplina rígida como um meio indiscutível para a transformação do condenado. Não obstante esse pensamento, visava-se, ainda, a prevenção, buscando dar exemplo e desestimular novos infratores. Essa experiência alcançou êxito, expandindo-se por toda a Europa com a criação de sistemas similares em diversos países.

2.4 História do Direito Penal Brasileiro

A história do Direito Penal Brasileiro pode ser dividida em três períodos principais, sendo eles o período colonial; o Código Criminal do Império; e o período republicano. Essa evolução evidencia a tendência, cada vez mais, à garantia dos direitos humanos, extirpando definitivamente qualquer tratamento desumano, assim como vedando as penas de morte, de trabalhos forçados, ou qualquer outro meio cruel de punição.

2.4.1 Período Colonial

Em relação ao período colonial, antes do domínio português, assim ensina Masson (2011, p. 65):

> Antes do descobrimento do Brasil, enquanto dominava a civilização primitiva, adotava-se a vingança privada, sem uniformidade nas reações penais. Informam os historiadores que nossos silvícolas não desconheceram o sistema de talião e, ainda que empiricamente, sem qualquer fonte teórica, se depararam com a composição e a expulsão da tribo.

As punições nesse período eram predominantemente corporais, porém sem o uso da tortura. Em verdade, verifica-se que não havia uma organização jurídico-social, apenas e simplesmente tabus, que conforme Bitencourt (2011), essas regras eram comuns a mínimo convívio social, as quais eram transmitidas verbalmente, sendo que quase sempre eram dominadas pelo misticismo.

A partir do descobrimento do Brasil, ou seja, a partir de 1500, passou a vigorar em nosso país o Direito Lusitano, aplicando-se sucessivamente as seguintes normas: Ordenações

Afonsinas; Ordenações Manuelinas; e Ordenações Filipinas, esta que merece destaque, na lição de Bitencourt (2011, p. 77), *in verbis*:

> Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos.

Estas severas sanções objetivavam infundir o temor pela punição, restando esta fase marcada pela vingança pública.

2.4.2 Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império trouxe grandes inovações, primando pela justiça e equidade. Apesar das grandes modificações, diga-se positivas, ainda eram permitidas as penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento, de galés, degredo e desterro. Contudo, aboliram-se os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas mais cruéis, conforme disposição do art. 179, inciso XIX da Constituição de 1824 (BRASIL, 1824).

Explica Bitencourt (2011) que o Código Criminal do Império surgiu como um dos mais bem elaborados, por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico. Com efeito, Mirabete e Fabrini (2011) explicam que o Código Criminal fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes, bem como estabelecia um julgamento especial aos menores de 14 anos, demonstrando, assim, ser um código melhor elaborado que os anteriores.

2.4.3 Período republicano

No período republicano, ou seja, com o advento da República, o projeto do Código Penal elaborado por João Baptista Pereira foi aprovado e publicado em 1890. O Código, que foi criado às pressas, apresentou inúmeras falhas, ignorando as tendências mundiais da época.

Masson (2011, p. 67) explica que "seus equívocos e deficiências acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos", havendo a necessidade de uma grande quantidade de leis extravagantes.

O Código Penal Brasileiro de 1940, que vigora até os dias atuais, foi apresentado por Alcântara Machado, também sendo alterado por diversas leis contemporâneas, entre elas a Lei 7.209/1984, que reformou a parte geral, que para Masson (2011, p. 68) "humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir o sistema de dias-multa".

Assim, verifica-se claramente que a evolução do Direito Penal no Brasil foi voltada para a humanização da pena, buscando outras alternativas de punição, bem como eliminando qualquer forma de sanção cruel ou desumana.

3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3.1 Introdução

Neste espaço serão abordados, principalmente, os locais destinados ao cumprimento das penas privativas de liberdade, ou seja, as penas de prisão como a penitenciária, a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e a casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme estipula o Código Penal.

Vale ressaltar, ainda, que, no que diz respeito aos interesses deste trabalho, considera-se prisão os estabelecimentos que o Estado utiliza para manter sob sua supervisão os indivíduos que, em decorrência de seu comportamento criminoso, precisam ser segregados, como forma de punição, nos moldes da legislação penal.

Luiz Vicente Chernicchiaro (1974, p. 404, citado por Falconi, 1998, p. 51) faz a seguinte definição do termo prisão:

> (...). Ato ou efeito de prender uma pessoa, ou seja, cercear-lhe o exercício do direito de ir, vir, ficar e permanecer. Estabelecimento em que são recolhidas as pessoas condenadas a pena privativa de liberdade. Cadeia, Calabouço, Penitenciária, Xadrez, Casa de Detenção.

Partindo desse conceito nos resta analisar qual o sistema penitenciário adotado pelo Brasil, bem como suas características e aplicabilidade às penas privativas de liberdade.

3.2 Sistema prisional adotado pelo Brasil

Segundo Prado (2008, p. 506), "o Código Penal de 1940 - redação original - adotou o sistema progressivo nos moldes irlandeses, imprimindo-lhe todavia, significativas modificações".

Para melhor entender, o sistema progressivo irlandês baseava-se na possibilidade de o sentenciado ir, pouco a pouco, melhorando sua condição, ou seja, de acordo com o tempo de prisão e o seu comportamento, este, gradativamente, passava pelo isolamento celular, para depois ter direito a trabalhar dentro da penitenciária, recolhendo-se durante a noite. Os próximos passos eram a semiliberdade e a liberdade assistida. O cumprimento da sanção penal era dividido em estágios, progressivamente menos severos.

Prado (2008, p. 505) explica ainda que:

> (...), o sistema progressivo irlandês passou a compreender quatro etapas distintas: a primeira, abrangendo um período de isolamento celular de nove meses de duração; a segunda, consistindo no trabalho em obras públicas; já a terceira etapa destinava-se ao trabalho externo, com pernoite em estabelecimento penal; a quarta e última fase, por sua vez, era a liberdade provisória (livramento condicional), que poderia ser revogada ou convertida em definitiva através do bom comportamento.

A reforma da Parte Geral do Código Penal e a edição da Lei de Execução Penal trouxeram uma valorização do sistema progressivo, regulamentando e estipulando regras, além de outros elementos relevantes no caso concreto, conforme veremos a definição dos regimes penais.

3.3 A função social da pena

A pena, em relação à sociedade, tem a tarefa de proteger e pacificar os membros da comunidade após a prática de um delito.

Conforme bem adverte Masson (2011, p. 545):

> A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.

Sua aplicação prática deve atentar-se à racionalidade, para que o Direito Penal possa cumprir sua função preventiva e socializadora, obtendo resultados mais produtivos, beneficiando a sociedade e o próprio delinquente.

Masson (2011) aponta os seis principais fundamentos da pena: retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação e dissuasão.

Em suma, a retribuição visa conferir ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido, sendo uma forma justa e humana de punir os criminosos; a reparação nada mais é que a indenização à vítima do crime, como forma de recompor o mal causado pela conduta criminosa; a denúncia é a reprovação social à prática delituosa, que para Masson (2011, p. 546), a aplicação da pena "justifica-se para exercer a prevenção geral por meio da intimidação coletiva, e não para desfazer o equilíbrio causado pelo crime"; a incapacitação é configurada pela retirada do indivíduo do convívio social, protegendo as pessoas de bem; a reabilitação tem por finalidade a recuperação do condenado, devendo a pena funcionar como meio educativo, de reinserção social; e finalmente, a dissuasão, conforme Masson (2011, p. 546), "busca convencer as pessoas em geral, e também o condenado, de que o crime é uma tarefa desvantajosa e inadequada".

Existem, ainda, algumas teorias sobre a finalidade das penas, sendo elas as teorias absolutas; as teorias relativas; e as teorias unitárias ou ecléticas. Em breve síntese, segundo as teorias absolutas, a pena existe unicamente como retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo delito. Mais abrangentes são as teorias relativas, que para as quais, a pena se fundamenta na necessidade de evitar a prática futura de infrações penais, ou seja, atua preventivamente, seja esta prevenção geral ou especial, sendo que aquela visa o temor aos possíveis delinquentes - na sua forma negativa-, ou na sua forma positiva, buscando a integração, a aprendizagem, a confiança e a pacificação social, enquanto esta consiste na atuação sobre o delinquente para evitar que torne a cometer crimes no futuro. Por fim, as teorias unitárias ou ecléticas buscam, nas palavras de Masson (2011, p. 499), "conciliar a exigência de retribuição jurídica (neoretributiva) da pena - mais ou menos acentuada - com os fins de prevenção geral e de prevenção especial".

De qualquer forma, não é difícil absorver de tudo o que foi dito que a função da pena é e deve ser, sem dúvidas, voltada a não só punir mas também ressocializar, reeducar, prevenir novos delitos, e efetivamente proteger a sociedade de bem.

3.4 Penas privativas de liberdade

O art. 32 do Código Penal classifica as penas como: privativa de liberdade; restritivas de direitos; e de multa (BRASIL, 1940).

As penas privativas de liberdade dividem-se em reclusão ou detenção. Basicamente, as diferenças consistem no fato de que somente os crimes considerados mais graves são punidos com reclusão. Da mesma forma, a pena de reclusão pode iniciar-se em regime fechado, o mais rigoroso prevista na Lei, o que jamais poderá acontecer com as penas de detenção, que iniciam-se a partir do regime semiaberto, conforme previsão legal.

Sobre as penas privativas de liberdade, vejamos o que prevê o nosso Código Penal:

> Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
> § 1º Considera-se:
> a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
> b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
> c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.
> § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.
> § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.
> § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.
> Regras do regime fechado
> Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.
> § 1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.
> § 2º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.
> § 3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.
> Regras do regime semiaberto
> Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.
> § 1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.
> § 2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.
> Regras do regime aberto
> Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.
> § 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

> § 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (BRASIL, 1940).

A partir destas informações, importante agora entendermos o funcionamento, as características e as definições dos regimes penais citados nos dispositivos acima.

3.5 Regimes penais

Segundo Bitencourt (2011, p. 518), "os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie e quantidade da pena e pela reincidência, aliadas ao mérito do condenado, num autêntico sistema progressivo".

Não mais se divide o regime de cumprimento de pena pela periculosidade do apenado, conforme leciona Prado (2008), ao afirmar que com o advento da Lei 7.209/84, abandonou-se tal distinção fundada na periculosidade do agente.

Destarte, a divisão agora baseia-se exclusivamente nos ditames do Código Penal, os quais serão abaixo exemplificados.

3.5.1 Regime Fechado

Nos termos da alínea 'a' do § 1º do art. 33, do Código Penal, a pena no regime fechado será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média (BRASIL, 1940).

Segundo Bitencourt (2011, p. 518):

> No regime fechado o condenado cumpre a pena em penitenciária e estará obrigado ao trabalho em comum dentro do estabelecimento penitenciário, na conformidade de suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena.

Explicam Távora e Alencar (2013) que a penitenciária, também conhecida como presídio, tem por finalidade acomodar o apenado para fins de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Ainda, estão previstos na Lei de Execução Penal, os requisitos da unidade celular que a penitenciária, destinada aos condenados à pena de reclusão em regime fechado, deverá preencher, *in verbis*:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
> b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 1984).

O § 1º do art. 34, do Código Penal, ainda prevê que o condenado, além do trabalho no período diurno, fica sujeito a isolamento durante o repouso noturno (BRASIL, 1940).

Para Bitencourt (2011, p. 518):

> (...) na prática, esse isolamento noturno, com os requisitos exigidos para a cela individual (art. 88 da LEP), não passa de mera carta de intenções do legislador brasileiro, sempre tão romântico na fase de elaboração dos diplomas legais. Com a superlotação carcerária constatada em todos os estabelecimentos penitenciários, jamais será possível o isolamento dos reclusos durante o repouso noturno.

Já de início podemos verificar a ineficácia dos dispositivos legais supracitados, uma vez que é evidente que o Estado não oferece recursos suficientes para a aplicação de tais normas, deficiência esta que continuaremos a observar nos demais regimes prisionais.

3.5.2 Regime Semiaberto

Conforme alínea 'b' do § 1º do art. 33, do Código Penal, a pena no regime semiaberto será executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (BRASIL, 1940).

Távora e Alencar (2013, p. 1300) definem o que estabelece o dispositivo legal, *ipsis litteris*:

> A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto, hipótese em que o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos básicos previstos para o condenado recolhido em penitenciária consistente na salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como os seguintes alusivos às dependências coletivas: (1) a seleção adequada dos presos; e (2) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

A legislação penal autoriza o condenado em regime semiaberto a frequentar cursos profissionalizantes e até superiores, assim como autoriza o trabalho externo, inclusive na iniciativa privada. Salienta Bitencourt (2011, p. 519), que "o serviço externo, pode ser o penúltimo estágio de preparação para o retorno do apenado ao convívio social".

De fato, apesar do regime semiaberto, na prática, não possuir as exatas condições previstas na Lei, percebe-se que a questão da frequência em cursos e o trabalho externo tem

aplicação, de certa forma, efetiva nas unidades prisionais. É possível encontrar condenados frequentando uma faculdade, bem como trabalhando na iniciativa privada. Todavia, é mais comum verificar a falta de incentivo e investimento do Estado que objetive a reinserção social destes apenados.

3.5.3 Regime Aberto

Prado (2008, p. 509), discorre sobre o regime aberto abrangendo todas as disposições legais, *in verbis*:

> O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, caput, CP). O cumprimento da pena privativa de liberdade é feito, em tese em casa de albergado. O prédio desta deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, devendo conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, bem como instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (vide arts. 94 e 95, LEP).

Aponta a doutrina, que o maior mérito deste regime é permitir que o condenado leve uma vida produtiva, mantendo contato com familiares e com a sociedade, obrigando-o a trabalhar e manter um bom relacionamento no meio social.

Quanto à sua aplicabilidade, dispõe o art. 95 da Lei de Execução Penal:

> Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras. (BRASIL, 1984).

Távora e Alencar (2013, p. 1300) salientam que "o que se vê na prática é a omissão do Estado no cumprimento desse mister, verificando-se que em muitas regiões do país inexiste a referida Casa do Albergado".

Renato Marcão (2010, p. 141, citado por Távora e Alencar, 2013, p. 1300), explica que é necessário considerar a hipótese de que:

> A pena em regime aberto ou de limitação de fim de semana, podem ser cumpridas em ala distinta de prédio destinado ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, desde que não seja possível e/ou permitido o contato entre os presos desses regimes e aqueles submetidos à modalidade aberta ou à limitação de fim de semana.

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que diante da falta de estabelecimento para o cumprimento do regime prisional fixado na sentença seja aplicado ao condenado regime menos gravoso, senão vejamos:

> (...). I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Paciente que se encontra na iminência de sofrer coação ilegal, uma vez que foi determinado seu recolhimento a centro de detenção provisória. III – Ordem parcialmente concedida para garantir ao paciente que seja recolhido a estabelecimento adequado ao regime semiaberto e, à falta de vaga, para que aguarde em regime aberto. (BRASIL, 2012).

Desta forma, está claro que diante da omissão do Estado em oferecer uma estrutura adequada para o cumprimento da pena privativa de liberdade, não deve o apenado ser prejudicado por tal desídia.

3.6 Os problemas do Sistema Prisional no Brasil

Constata-se facilmente, por tudo o que foi exposto anteriormente, que o Brasil não possui a estrutura adequada para a aplicação da legislação penal, principalmente no que concerne ao cumprimento das penas privativas de liberdade. Não há mecanismos para a ressocialização do apenado e muito menos para a prevenção da criminalidade. Da mesma forma, os estabelecimentos prisionais estão longe de se adequarem ao que prevê o Código Penal e a LEP (Lei de Execução Penal), ferindo, pois, a própria Constituição Federal, eis que contraria o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia da integridade física e moral dos presos.

Inúmeros fatores contribuíram para a atual situação precária do sistema prisional brasileiro. Contudo, o abandono, a falta de investimento e o descaso do Estado ao longo dos anos agravaram ainda mais o caos deste sistema. A prisão que surgiu com o objetivo de substituir a pena de morte, as torturas e as crueldades, hodiernamente não consegue efetivar o fim correcional da sanção penal, demonstrando ser uma escola de aperfeiçoamento da criminalidade, além de se mostrar um ambiente insalubre e degradante, tornando praticamente impossível a reabilitação de qualquer condenado.

> No Brasil, a situação do sistema carcerário é tão precária que no Estado do Espírito Santo chegaram a ser utilizados contêineres como celas, tendo em vista a superpopulação do presídio. Tal fato ocorreu no município de Serra, Região Metropolitana de Vitória. A unidade prisional tinha capacidade para abrigar 144

> presos, mas encontrava-se com 306 presos. Sem dúvida, os direitos e garantias individuais que o preso possui não foram respeitados. Dessa forma, os presos são literalmente tratados como objetos imprestáveis que jogamos em depósitos, isto é, em contêineres. Afinal, para parte de uma sociedade alienada, o preso não passa de "lixo humano". (ARRUDA, 2011).

Vale ressaltar que nos termos da LEP, "o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade" (BRASIL, 1984).

Por outro lado, não é preciso ser especialista no assunto para observar a superlotação dos presídios e seus reflexos na sociedade. Segundo dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, a população carcerária no Brasil é de aproximadamente 550.000 presos e conta com uma capacidade para 310.000 detentos, revelando um déficit aproximado de 240.000 vagas, deficiência esta que se distribui em todos os três regimes penais. Com efeito, os dados apontam a existência de 470 penitenciárias; 74 colônias agrícolas e/ou industriais; e 64 casas de albergados, estabelecimentos estes que devem acolher os condenados para o efetivo cumprimento de suas penas.

Esta superlotação é o mais grave dos problemas, pois, sem dúvidas, presídios superlotados são extremamente perigosos, aumentam a tensão e elevam a violência entre os detentos, gerando rebeliões e protestos, assim como as tentativas de fuga e o ataque aos agentes prisionais.

Salienta Benevides (2011), que para se alcançar o objetivo da pena de prisão, que é a ressocialização e a reinserção no meio social, evitando que o indivíduo volte a delinquir, é necessário que a sua permanência no estabelecimento carcerário seja adequada a esta reabilitação.

Outro fator importante é a corrupção existente dentro dos presídios brasileiros, o que facilita a entrada de drogas, aparelhos celulares, assim como a prática de crimes fora da penitenciária, como o tráfico de drogas por exemplo, situação amplamente veiculada na mídia.

Segundo Arruda (2011):

> Em 21 de agosto de 2002, o Batalhão de Choque da Polícia Militar de Pernambuco realizou uma grande operação no Presídio Professor Aníbal Bruno, Bairro Curado, em Recife, onde encontrou 3.450 detentos, basicamente presos aguardando julgamento. Nessa operação foram encontrados em poder dos reclusos telefones celulares, barrotes de madeira, filmadora, cachimbos para o uso de crack, maconha e "chunchu" (facas artesanais), além de dois aparelhos de telefones convencionais, segundo noticiou à época o jornal Diário de Pernambuco.

Tudo isso comprova o poder que os detentos tem em relação à comunicação com pessoas de fora dos estabelecimentos prisionais, resultando muitas vezes em sequestros, tráfico de drogas, e vários outros crimes, além da corrupção dos agentes prisionais que facilitam estas atividades.

Contribuindo para tal fato é a ausência de ocupação ou trabalho dos detentos, uma vez que é justamente o tempo livre que possibilita o planejamento das ações criminosas, fazendo com que os presídios se tornem verdadeiros centros de comando para eles, como ocorre, por exemplo, com os integrantes do PCC - Primeiro Comando da Capital, que utilizam a penitenciária de segurança máxima como quartel general do crime, articulando e executando delitos de várias espécies.

> A formação de grupos mafiosos em um sistema marcado pela macrocomunidade prisional é uma das mazelas derivadas da superlotação. A proliferação dessas facções criminosas também é resultado da má administração e da precariedade dos sistemas prisionais estaduais. Nessas facções sempre emergem líderes e liderados, organizando grupos para comandar as penitenciárias brasileiras. (ARRUDA, 2011).

Vale lembrar ainda dos problemas relacionados à saúde e demais direitos dos presos que não são respeitados, como alimentação, trabalho, exercícios das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, e muito mais, conforme previsão da Lei de Execução Penal.

A determinação legal de que o preso deve ser alojado em cela individual com condições mínimas de habitabilidade, conforme previsão da LEP, está longe de ser aplicada, considerando o déficit de vagas apresentado.

Com efeito, existem cerca de 218.000 condenados em regime fechado para 158.000 vagas disponíveis nas 470 penitenciárias. Da mesma forma, o cumprimento da pena em regime semiaberto, nos moldes previstos em lei, também está prejudicado, uma vez que há aproximadamente 74.000 condenados nesta situação para 51.000 vagas distribuídas nas 74 colônias agrícolas e industriais, sendo o Estado obrigado a conceder-lhe o benefício de concluir sua reprimenda em regime menos gravoso, entendimento do Supremo Tribunal Federal, já citado anteriormente.

É o que explica Silva (2002, p. 132):

> Não respondendo o preso pela desídia estatal, não poderá ser mantido em regime fechado o condenado que faz jus ao regime semiaberto, quando não houver vagas ou estabelecimento adequado para a execução deste regime, devendo o preso, nessa hipótese, ser mantido no regime aberto ou, na falta de Casa de Albergado, em prisão domiciliar, até que seja providenciada a necessária infraestrutura para a execução.

O regime prisional mais suave, o aberto, não foge à regra, uma vez que conta com cerca de 22.000 condenados concorrendo a 4.000 vagas nas 64 casas de albergado existentes. Destarte, óbvio que não há outra saída a não ser conceder ao apenado o direito de cumprir sua pena em regime domiciliar, que na prática, tendo em vista a deficiência estatal, é como se não houvesse punição alguma, haja vista a falta de fiscalização. Outro aspecto negativo em tal solução para o problema é que o albergado deveria contar com cursos e palestras nestes estabelecimentos, o que não ocorre quando está cumprindo prisão domiciliar.

Todos os fatores supracitados em nada contribuem para a reabilitação dos condenados, aumentando a revolta destes, o que somado à falta de educação, qualificação profissional, emprego, oportunidade e estrutura familiar faz com que a reincidência criminosa seja cada dia mais evidente.

4 A IMPUTABILIDADE PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

4.1 Introdução

Segundo leciona Bitencourt (2011, p. 408), a "imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunde com responsabilidade, que é o princípio segundo o qual o imputável deve responder por suas ações".

Masson (2011, p. 450) assim define a imputabilidade como sendo "a capacidade mental, inerente ao ser humano de, ao tempo da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento".

Prado (2008) conceitua o termo explicando que é a plena capacidade de culpabilidade, ou seja, a capacidade de entender e de querer, e consequentemente a de responsabilidade criminal pelos seus atos.

A partir destas considerações, cabe agora analisar quem são considerados imputáveis e consequentemente os inimputáveis no Brasil e em outros países, bem como as consequências jurídicas que cada um está sujeito de acordo com a legislação vigente em nosso país.

4.2 Maioridade Penal no Brasil

Nos termos do art. 228 da Constituição Federal de 1988, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ou seja, não são submetidos à legislação penal comum e sim a uma legislação especial, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1988).

A referida previsão constitucional está devidamente transcrita no Código Penal, em seu art. 27, o qual diz que "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial" (BRASIL, 1940).

Em seus comentários ao Código Penal, Nucci (2013, p. 112) assim explica:

> Trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Masson (2008, p. 452) ensina que "tais pessoas, independentemente da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, são tratadas como inimputáveis".

Todavia, Machado (2010, p. 1222), comentando o art. 228 da Constituição Federal, faz uma observação importante, *ipsis litteris*:

> Apesar do tratamento constitucional e legal ser diferenciado para os menores de 18 anos, o que se deve observar, em verdade, é que mesmo as penas privativas de liberdade podem ocorrer a essas pessoas, desde que legalmente impostas. (...). Porém, o que se vê é que o menor de 18 anos de idade responde pelos chamados atos infracionais que pratica.

Para fechar o entendimento acerca da maioridade penal no Brasil, Bitencourt (2011, p. 415) resume dizendo que "a imputabilidade, por presunção legal, inicia-se aos dezoito anos". Desta forma, está claro que no Brasil a maioridade penal começa a partir dos dezoito anos, em que o indivíduo fica sujeito às sanções penais, sendo responsabilizado por seus atos criminosos na forma da legislação penal tradicional.

Frise-se ainda que o Brasil, por meio do Decreto nº 678/92, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a qual prevê em seu art. 5º que os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento (BRASIL, 1992).

Destarte, no Brasil, os menores de dezoito anos, ou seja, aqueles com idade entre 12 e 18 anos, estão sujeitos ao que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente, o que será abordado em momento oportuno.

4.3 Maioridade Penal em outros países

Segundo dados do Ministério Público do Estado do Paraná, publicado na Revista Visão Jurídica (edição nº 86, p. 38-39), assim como no Brasil, a responsabilidade penal adulta inicia-se aos 18 anos em países como Argélia, Argentina, Colômbia, Chile, China, Croácia, França, Irlanda, México, Paraguai e Venezuela, e os infratores são submetidos às leis penais tradicionais.

Um pouco mais branda é a legislação de países como Alemanha, Espanha, Grécia e Itália. Nestes países, a responsabilidade penal adulta varia entre 18 e 21 anos, ou seja, abre espaço para a análise do caso concreto onde se verificará a capacidade do indivíduo a fim de constar se ele, com idade entre dezoito e vinte e um anos, será submetido à justiça juvenil ou à jurisdição tradicional. Mais além vai o Japão, onde a maioridade penal é a partir dos 21 anos.

Por outro lado, existem vários países em que esta maioridade é abaixo dos modelos citados. A responsabilidade penal na Rússia, Suécia, Suíça e Turquia, por exemplo, inicia-se a partir dos 15 anos de idade.

Outro ponto interessante a ser analisado é a questão da responsabilidade penal juvenil, que no Brasil inicia-se a partir dos 12 anos de idade, conforme previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

> Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.
> (...).
> Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
> Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerado a idade do adolescente à data do fato. (BRASIL, 1990).

Destarte, o indivíduo entre 12 e 18 anos no Brasil está sujeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que ocorre, de forma semelhante, em países como Canadá, Espanha, Irlanda e Portugal.

Esta responsabilidade juvenil varia entre 13 e 16 anos em países como Argélia, Áustria, Bélgica, Colômbia, Chile, China, Croácia, França, Grécia, Itália, Japão e Suécia.

Nos Estados Unidos, para os delitos considerados mais graves, aos 10 (dez) anos de idade o indivíduo pode se sujeitar à responsabilidade juvenil. Entre os 12 e 16 anos estarão sujeitos à jurisdição criminal tradicional imposta aos adultos, inclusive com pena de morte ou

prisão perpétua, uma vez que o país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos.

Importante ressaltar que todos os países que reduziram a maioridade penal não diminuíram a violência, sendo que Espanha e Alemanha voltaram atrás na decisão de criminalizar menores de 18 anos, e hoje, 70% dos países estabelecem 18 anos como idade penal mínima (GOMES, 2014). Assim, fica claro que, de certa forma, a maioridade penal estabelecida aos 18 anos é quase pacífica em todo o planeta.

4.4 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Como já mencionado anteriormente, no Brasil vigora a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual estão regulamentadas as formas de tratamento e as respectivas sanções aos considerados inimputáveis em relação à idade inferior aos 18 anos, conforme previsão do Código Penal e da própria Constituição Federal do Brasil. Vale ressaltar que a referida Lei não dispõe somente das formas de punição às crianças ou adolescentes, ao contrário, ela visa, acima de tudo, a proteção destes indivíduos, conforme previsto no seu art. 1º. Comentando este artigo, Elias (1994, p. 1) ressalta que "este diploma legal não se restringe ao menor em situação irregular, mas tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente".

O Estatuto prevê ainda, que todas as crianças e adolescentes possuem direitos fundamentais, devendo lhes serem asseguradas todas as oportunidades com o objetivo de lhes proporcionar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com dignidade, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público garantir tais direitos.

Lado outro, conforme dito anteriormente, esta Lei regulamenta o dispositivo constitucional previsto no art. 228 da Constituição Federal em relação à aplicação de medidas aos menores infratores. Destarte, aos menores de 18 anos que não estão submetidos às regras do Código Penal na sua forma tradicional, aplica-se o disposto neste Estatuto.

4.4.1 Da prática de ato infracional

Aduz o art. 103 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal", sendo que para tais

atos infracionais aplica-se o disposto na referida Lei, conforme previsão do seu art. 104, parágrafo único (BRASIL, 1990).

Elias (1994, p. 82) frisa que "de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, somente os adolescentes que cometeram atos catalogados como crime ou contravenção penal é que são passíveis de sofrer medidas socioeducativas". Isso significa que, primeiro, não se pode aplicar as medidas socioeducativas definidas neste Estatuto se o ato praticado pelo adolescente não estiver tipificado no Código Penal, na Lei de Contravenções Penais, ou em qualquer outra lei penal especial. Em segundo lugar, em conformidade com o princípio da legalidade, tais crimes deverão, no momento do fato, estarem previstos em lei anterior.

Assim, se um adolescente comete um furto, roubo, homicídio, ou até tráfico de drogas, estará sujeito às sanções previstas nesta Lei, podendo o juiz aplicar-lhe uma ou mais medidas socioeducativas, conforme será melhor explicado a seguir.

4.4.2 Das medidas socioeducativas

Aos adolescentes entre 12 e 18 aplica-se o disposto no art. 112, ou seja, as medidas socioeducativas, *in verbis*:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;
> II - obrigação de reparar o dano;
> III - prestação de serviços à comunidade;
> IV - liberdade assistida;
> V - inserção em regime de semiliberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional;
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições. (BRASIL, 1990).

Para efeito deste trabalho trataremos apenas dos adolescentes infratores, aqueles com idade entre doze e dezoito anos, aos quais se aplicam as medidas supracitadas, uma vez que não é comum a prática de crimes graves por crianças, menores de doze anos. O debate sempre gira em torno do adolescente infrator que comumente é destaque em manchetes jornalísticas ao cometer atos tipificados por nosso Código Penal.

Da mesma forma, como o objetivo de quem defende a redução da maioridade penal é a prisão do menor infrator, responsabilizando-o como um adulto, é pertinente abordar neste espaço as medidas semelhantes a que o adolescente pode se sujeitar ao praticar um ato infracional, ou seja, a internação em estabelecimento educacional, a semiliberdade e a liberdade assistida, as quais, em uma análise superficial, poderiam ser comparadas aos regimes fechado, semiaberto e aberto do Código Penal.

4.4.2.1 Da liberdade assistida

A liberdade assistida é o melhor meio para a recuperação do menor infrator, porém, é necessário um esforço tanto do Poder Público quanto das entidades privadas, buscando a colocação profissional desse jovem para possibilitar de forma mais efetiva a sua ressocialização.

Segundo Elias (1994, p. 95):

> Normalmente se aplica a liberdade assistida a menores reincidentes em infrações mais leves, como pequenos furtos, agressões leves ou porte de entorpecentes para uso próprio. Por vezes, aplica-se àqueles que cometeram infrações mais graves, onde, porém, efetuado o estudo social, verifica-se que é melhor deixá-los com sua família, para sua reintegração à sociedade. Outras vezes, aplica-se àqueles que, anteriormente estavam colocados em regime de semiliberdade ou de internação, quando se verifica que os mesmos já se recuperaram em parte e não representam um perigo à sociedade.

Como se vê, essa medida deve ser adotada após uma análise do caso concreto, assim como as peculiaridades do infrator a que se destina, buscando sempre um melhor aproveitamento da sanção, sempre objetivando a ressocialização deste jovem, conforme aduz o art. 118 do ECA, *in verbis*:

> Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
> § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
> § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. (BRASIL, 1990).

Para Miranda (2011), o prazo de seis meses fixados pelo juiz é para o orientador exercer sua atividade com o jovem, devendo aquele conseguir, neste prazo, dar conta de suas tarefas.

A responsabilidade pela manutenção ou não da liberdade do adolescente infrator que se encontra assistido é do orientador, que tem a tarefa de acompanhar, auxiliar e orientar este adolescente pelo período fixado pelo juiz (MIRANDA, 2011).

Consequentemente, ao final desse acompanhamento, o orientador poderá entender que o adolescente está apto para o retorno ao convívio social e que a medida deve ser extinta. Por outro lado, entendendo o contrário, poderá requerer novo prazo, ou até mesmo, conforme Miranda (2010), caso o orientador tenha certeza de que não houve socioeducação, deverá informar suas razões ao juiz que tomará as providências necessárias.

As atividades a serem exercidas pelo orientador estão descritas no art. 119 do Estatuto, *in verbis*:

> Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:
> I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhe orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
> II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
> III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
> IV - apresentar relatório do caso. (BRASIL, 1990).

Ressalta Elias (1994, p. 96) que "nesta espécie de medida a figura do orientador é de suma relevância, sendo ele o elo entre o adolescente problemático, que precisa de ajuda, e o Juiz da Infância e Juventude, que deposita a confiança em alguém para prestar esta ajuda".

Todavia, o orientador deve atuar em conjunto com a família do adolescente, não devendo se restringir apenas a este, objetivando a identificação de possíveis problemas familiares envolvendo estes infratores, atuando de forma a fortalecer esta entidade familiar para que possam resolver tais conflitos.

4.4.2.2 Do regime de semiliberdade

Aduz o art. 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

> Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitando a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.
> § 1º É obrigatória a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizado os recursos existentes na comunidade;
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. (BRASIL, 1990).

Segundo Elias (1994, p. 98), *ipsis litteris*:

> A medida pode ser aplicada desde o início, quando, pelo estudo técnico, se verificar que é adequada e suficiente do ponto de vista pedagógico. Pode ser, ademais, aplicada como forma de transição para o meio aberto, isto no caso do adolescente que sofreu medida de internação. Se este deixou de representar um perigo à sociedade, deve passar para um regime mais ameno, em que possa visitar os familiares e frequentar escolas externas ou trabalhar.

Observa-se do dispositivo supracitado que, embora possa ter o adolescente cometido uma infração grave, desde que não seja considerado perigoso, é suficiente a aplicação da semiliberdade objetivando a reintegração do jovem à família e à sociedade, uma vez que este é o objetivo das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da mesma forma, é claro que as atividades externas integram esta espécie de medida, independentemente de autorização judicial. Contudo, será de responsabilidade do diretor do estabelecimento em que estiver o menor, uma vez realizado um estudo multiprofissional, observando a sua conveniência.

Salienta Elias (1994, p. 98), que "sendo imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da personalidade do menor, são obrigatórias a escolarização e a profissionalização".

Ainda, extrai-se do § 2º do artigo supracitado que embora a medida não preveja prazo determinado, deve-se observar as disposições referentes à internação. Desta forma, há de se atentar à questão da reavaliação da medida periodicamente, nos termos do § 2º do art. 121 do ECA, assim como, o período máximo não poderá exceder a três anos, conforme § 3º do referido artigo, devendo o menor ser colocado em regime de liberdade assistida.

4.4.2.3 Da internação

Inicialmente, vejamos as principais disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à internação dos menores infratores, *in verbis*:

> Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
> § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.
> § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada 6 (seis) meses.
> § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a 3 (três) anos.
> § 4º Atingindo o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.
> § 5º A liberação será compulsória aos 21 (vinte e um) anos de idade.

> § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.
> 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.
> § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.
> § 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.
> Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.
> Parágrafo único. Durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas. (BRASIL, 1990).

Caso o menor cometa uma infração de maior gravidade, ou até mesmo por ser reincidente, um estudo detalhado deve ser realizado por uma equipe multiprofissional para decidir-se a respeito da sua internação.

Ressalta Elias (1994, p. 99) que, "considerando-se que o ideal para o adolescente é a permanência no seu lar, junto com seus familiares, por força até do preceito constitucional do art. 227, um dos princípios a ser observado é o da brevidade".

Destarte, a medida consistente em internação não deve ser cumprida por extenso período, sendo obrigatória a reavaliação periódica, sendo que, sempre que possível, a medida deve ser substituída por outra menos severa. Como bem salienta Elias (1994), a internação é medida excepcional, de cunho pedagógico, nunca punitivo.

Ainda, segundo Elias (1994, p. 101):

> Diferentemente do que ocorria no regime do revogado Código de Menores, quando a medida de internação poderia ser aplicada no caso de cometimento de qualquer infração penal ou até por desvio de conduta, atualmente somente o será em caso de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou, então, por reiteração de outras infrações graves, podendo-se destacar, entre estas, os crimes contra o patrimônio, em que não há violência ou ameaça a pessoa, como são os casos de furto, apropriação indébita e estelionato.

Importante observar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente a respeito da internação é que, a referida medida, de natureza pedagógica, não pode ser cumprida em local inadequado, ou seja, juntamente com os maiores e imputáveis. Para Elias (1994, p. 102), "é evidente que, no meio destes, o adolescente poderia sofrer influência negativa e, ao invés de se recuperar moralmente, estaria arriscado a ingressar definitivamente

na esfera criminal". Por isso, de maneira alguma deve o adolescente cumprir a medida em prisão comum, e sim, em estabelecimentos apropriados.

Outra ressalva diz respeito à distinção do local destinado a abrigo, uma vez que este é adequado aos menores que estão sujeitos a medidas protetivas e não corretivas, ou seja, o abrigo destina-se à menores abandonados, e não por terem cometido atos infracionais, não devendo ser colocados juntos com os infratores.

Explica Elias (1994, p. 102) que:

> A separação por critério de idade e da compleição física é desejável, posto que pode evitar prevalência de uns sobre outros menores, com abusos de ordem sexual e outros que, infelizmente, podem suceder nesses estabelecimentos. No aspecto da gravidade da infração, pode haver a influência no tocante a uma escolarização para a prática de atos infracionais. Embora seja difícil na prática, bom seria que todos esses critérios fossem obedecidos.

Por fim, as atividades pedagógicas são obrigatórias e importantes para a efetiva função da medida que é corretiva e não punitiva. Assim, segundo os princípios norteadores da referida medida, esta deve ser cumprida com o objetivo de ressocialização do adolescente, que deverá, quanto mais cedo, retornar ao ceio familiar.

4.4.3 A realidade dos estabelecimentos destinados à internação de menores infratores no Brasil

Rege o Estatuto da Criança e do Adolescente que as entidades destinadas ao cumprimento das disposições existentes no referido Estatuto podem ser não governamentais, desde que atendam aos preceitos legais, podendo ainda serem devidamente fiscalizadas. Contudo, é mais comum, principalmente no que diz respeito à internação dos menores infratores, que estas entidades sejam estatais.

Vejamos o que prevê o ECA, *in verbis*:

> Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:
> I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
> II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
> III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
> IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
> V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

> VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
> VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
> VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
> IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
> X - propiciar escolarização e profissionalização;
> XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
> XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
> XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
> XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
> XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
> XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infectocontagiosas;
> XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;
> XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;
> XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;
> XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.
> § 1º Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar.
> § 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade. (BRASIL, 1990).

Ainda, especificamente em relação à internação dos menores infratores, referente aos estabelecimentos destinados ao cumprimento de tal medida, o Estatuto determina que o internado deve ser tratado com dignidade e respeito, devendo permanecer em uma localidade mais próxima de seu domicílio, ter acesso aos objetos necessários à higiene pessoal, habitar alojamento em condições adequadas, realizar atividades culturais, esportivas e de lazer, entre outros benefícios.

E mais, nos termos do art. 125 do ECA, "é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos internos, cabendo-lhe adotar as medidas adequadas de contenção e segurança" (BRASIL, 1990).

> Ocorre que, no caso de internação, como o adolescente se encontra distante da família e da sociedade cumprindo a medida em estabelecimentos estatais ou que tenham convênio com o Estado, a este cabe zelar por sua integridade física e mental. (ELIAS, 1994, p. 104).

Desta forma, vê-se que por imposição legal os estabelecimentos, sejam estatais ou conveniados, devem ser adequados e estarem em conformidade com as disposições do

Estatuto da Criança e do Adolescente, oferecendo ao internado tratamento digno e ambiente salubre para o cumprimento da medida.

Todavia, não é isso que acontece no Brasil. Não é preciso se esforçar muito para demonstrar a precariedade dos estabelecimentos de internação existentes em nosso país, uma vez que a mídia cuida dessa função com mais recursos e efetividade. No entanto, corroborando estas informações, existem ainda os relatórios periódicos apresentados por entidades interessadas no assunto.

Em 2006 através de visitas realizadas em 22 estados brasileiros, em uma inspeção nacional às unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei, a equipe do Conselho Federal da OAB identificou inúmeras irregularidades nos estabelecimentos de internação de menores infratores relacionadas a espancamento, falta de escolarização, falta de profissionalização, ausência de assistência jurídica, precariedade do atendimento de saúde, e principalmente o fato de que todos os Estados visitados apresentaram alojamentos superlotados e/ou precários. Em suas conclusões os membros da Comissão de Inspeção recomendaram, por exemplo, a desativação da FEBEM-Tatuapé e a responsabilização do Estado de São Paulo pelos danos sofridos pelos menores (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2006).

Em 2013 outro relatório foi elaborado pela Comissão de Infância e Juventude do Conselho Nacional do Ministério Público em visita a 392 dos 443 estabelecimentos existentes no país, o qual apontou que "no Brasil há superlotação nas unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei em 16 estados". (RELATÓRIO..., 2013).

> O sistema oferece 15.414 vagas, mas abriga 18.378 internos. Em alguns estados, a superlotação supera os 300%. A maior parte dos estabelecimentos não separa os internos provisórios dos definitivos nem os adolescentes por idade, por compleição física e pelo tipo de infração cometida, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (RELATÓRIO..., 2013).

Outro fator importante apontado no relatório foi que em pelo menos 20% das unidades inspecionadas a maioria dos internos não está em região mais próxima da residência dos pais ou responsáveis (RELATÓRIO..., 2013).

> Pelo menos 4.546 adolescentes e jovens privados de liberdade estão em unidades de internação distantes de suas referências familiares, o que, segundo o relatório, "compromete seriamente o acompanhamento e o apoio familiar no cumprimento da medida socioeducativa". (RELATÓRIO..., 2013).

Em Goiás a realidade não é diferente, conforme reportagem publicada pelo Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de Goiás, em que demonstra a precariedade dos estabelecimentos de internação de menores infratores no Estado.

> Incapaz de executar a legislação da maneira adequada, como se prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o sistema em Goiânia que busca recuperar adolescentes em conflito com a lei agoniza. Sem um projeto político-pedagógico aplicável - inclusive no que está relacionado à medida de internação - familiares, servidores e internos são levados a conviver no meio de uma evidente zona de conflito (MARINELLI, 2013).

Ressalta Marinelli (2013), que a superlotação, a estrutura física precária e a falta de segurança dos funcionários são algumas das irregularidades encontradas em visitas feitas aos centros de Goiânia que abrigam adolescentes infratores.

Ainda, segundo a reportagem, o Centro de Internação do Adolescente (CIA) de Goiânia abriga cerca de 71 menores divididos em 14 alojamentos, sendo que a capacidade máxima é de 60.

> A precariedade do CIA foi também constatada pelo Conselho Estadual da Juventude e Conselho Estadual de Direitos Humanos que, após vistoriarem o espaço, em junho deste ano, produziram um detalhado relatório descrevendo a situação. Os meninos que ficam em custódia do CIA são, normalmente, os mais velhos ou com delitos de maior potencial ofensivo (casos como o do rapaz que matou um adolescente dentro de uma locadora, em Anápolis). Mesmo diante de uma tensão cotidiana, o quadro de funcionários é insuficiente ao se considerar o número de internos. Também foi apontado no relatório que encontram-se internados, em média, seis adolescentes para cada alojamento, uma realidade crítica se for considerar o que é instituído pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), que garante alojamentos individuais aos menores infratores (MARINELLI, 2013).

Disso extraímos que existem várias irregularidades nesses centros de internação, situações estas que não contribuem para a reabilitação desses jovens infratores, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo com que os adolescentes vivam uma situação semelhante aos condenados comuns, presos em penitenciárias, influenciando negativamente o psicológico destes menores, aumentando a violência e gerando a possibilidade de reiteração criminosa.

Recentemente o Senador Paulo Paim (PT-RS) afirmou que o ECA não vem sendo cumprido adequadamente e os adolescentes são colocados em instituições que reproduzem o ambiente de uma prisão comum, sem condições de ressocialização, fazendo com que a sociedade pense erroneamente que não há qualquer espécie de punição aos menores infratores (REDUÇÃO..., 2014).

Assim, percebe-se que a não aplicação correta do que a lei determina faz com que a situação só piore, uma vez que os internados não têm as condições necessárias à ressocialização, e quando postos em liberdade, voltam a praticar delitos.

4.5 As principais discussões acerca da redução da maioridade penal no Brasil

A idade mínima para a responsabilização penal, sem dúvidas, sempre foi foco de discussão em todo o mundo.

> O motivo de tal alarde talvez nem mesmo resida na condição psicológica do agente, ainda em formação aos 14, 16 e 18 anos de idade, sustentada nas teses de Freud e Jung, como a falta paterna, ausência materna ou instabilidade familiar. É muito provável que o questionamento central de tanto alarido seja a identificação do momento singular em que o ser humano deixa de ser pueril, atravessa a tênue linha da inocência e ingressa, irrevogavelmente, na esfera criminosa, rompendo sua rede de proteção, seu escudo estatutário, sua aparente fragilidade, condição esta para o inefável exercício de seu direito de ser criança (CARVALHO, 2013, p. 32).

Assim como os adultos, os adolescentes carregam consigo inúmeras inseguranças, porém, a diferença está na imaturidade com que esses jovens administram tais instabilidades. Outro fator importante é a falta de estrutura familiar, que contribui e está presente na maioria dos casos de delinquência juvenil, desencadeando no adolescente a necessidade de busca de autoafirmação no âmbito externo à sua casa.

Segundo Carvalho (2013, p. 32), "a imaturidade emocional é presente nas gangues de criminosos e infratores, essencialmente naquelas compostas por adolescentes". O homem, ainda que maduro, é um ser insatisfeito por natureza, imagine-se o adolescente, eterno insatisfeito com sua aparência, falta de dinheiro, etc. Essa insatisfação gera no ser humano imaturo uma necessidade de completude que, de fato, nada no mundo supre (CARVALHO, 2013). É nesse momento que a criminalidade impera sobre o jovem imaturo e insatisfeito.

Para Carvalho (2013, p. 32):

> Quando buscam integrar gangues, grupos de adolescentes voltados ao fim comum da prática "infracional", a juventude busca completar em si aquilo que sempre lhe fez falta. A agregação aumenta a autoestima, proporciona segurança, sentimento de bem-querer, camaradagem, coleguismo, o apoio que cada um consegue ter no outro.

Sentimentos estes que muitos não conseguem desenvolver dentro dos seus próprios lares. Muitos encaram o desemprego dos pais, a miséria dentro dos lares e as desigualdades econômicas como um acinte à sua condição desprotegida nesse contexto social. A participação

em gangues, por exemplo, é a forma que o adolescente encontra para se sentir pertencente a algum lugar, uma vez que se encontra isolado, desprezado e carente de carinho, alimentação ou segurança (CARVALHO, 2013).

Com base na discussão apresentada, inúmeros estudos foram elaborados para a formulação das penalidades aos menores infratores. Contudo, é importante salientar que não se pode tratar um adolescente infrator de um país da mesma forma que de outra soberania, haja vista as diferenças culturais e sociais.

No Brasil, vigora o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8069/90 -, considerando adolescente aquele com idade entre 12 e 18 anos.

Explica Carvalho (2013, p. 34) que:

> Estabelecer o limite mínimo de idade para responsabilização penal de um adolescente aos 12 anos é reconhecer que o adolescente, ainda que seja recente seu ingresso na faixa etária a que se destina, é sujeito que tem o mínimo discernimento para entender o caráter prejudicial de seus atos, embora não tenha plena formação e convicção para se determinar de acordo com esse entendimento.

A discussão acerca da maioridade penal no Brasil é polêmica e já tomou grandes proporções, assim como em outros países, uma vez que é de interesse social a proteção desses adolescentes, os quais são considerados frágeis e ainda em formação.

É cediço que em nosso país a maioridade penal inicia-se aos dezoito anos, em que somente nesse contexto é que os indivíduos estão sujeitos à pena de prisão. Todavia, "há quem defenda a maioridade reduzida para 16 anos de idade, ou que tal redução seja condicionada à prática de crimes considerados hediondos" (CARVALHO, 2013, p. 37).

Os debates acerca do tema envolve organizações como UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância e até mesmo a Igreja, a qual posiciona-se contra a redução da maioridade penal sob o argumento de que isso somente serviria para aumentar a criminalidade entre os adolescentes.

Para Arruda (2010), a redução da maioridade penal, nos últimos anos, tem sido constantemente abordada, e, sempre que acontece um fato de comoção nacional, ou até mesmo local, os defensores dessa corrente utilizam o momento para responsabilizar os menores infratores pelo aumento da criminalidade, em uma tentativa de induzir a população a conclusões sobre o tema.

Esta situação deve ser tratada com cautela, é preciso encontrar meios que solucione o problema na raiz, de forma também preventiva.

> Precisamos, sim, encontrar medidas que não solucionem apenas a curto prazo, devolvendo mais tarde um problema de maior complexidade. São necessárias ações de médio e longo prazos, visando a uma satisfação geral e específica, declinando, assim, o imediatismo solene dos que defendem a redução da maioridade penal como solução da "criminalidade juvenil" (ARRUDA, 2010).

De fato, a falta de educação, saúde, segurança pública e políticas sociais, assim como a ausência de instituições adequadas de internação de menores são algumas das causas do fenômeno que é a marginalidade infanto-juvenil.

Os que defendem a proposta de redução da maioridade penal, assim o fazem sob o argumento de que os adolescentes de hoje não são como os de antigamente, uma vez que têm maior acesso à informação e ao fato de que os maiores de idade se utilizam da inimputabilidade dos jovens, atribuindo a eles a autoria de delitos por aqueles praticados, uma vez que estes menores não serão punidos com o mesmo rigor do Código Penal. Outro questionamento gira em torno do fato de o menor com 16 anos já poder exercer o seu direito de voto e escolha de representantes políticos, e, por isso, deveria responder criminalmente por seus atos (ARRUDA, 2010).

Os que rejeitam a ideia de redução da responsabilidade penal alegam que tanto hoje quanto há décadas atrás, os jovens sempre tiveram os seus conflitos existenciais, e que a proposta de redução dessa maioridade penal é uma amostra da incapacidade do Poder Público em oferecer às crianças e aos adolescentes uma educação de qualidade, não sendo o tratamento destes jovens como criminosos a solução para o problema.

A Secretaria Nacional de Segurança Pública estima que os menores de 16 a 18 anos, faixa etária na mira de eventual redução da maioridade penal, são responsáveis por menos de 1% do total dos crimes praticados no Brasil (COSTA, 2014), o que demonstra não ser os menores únicos responsáveis pelo aumento da criminalidade no país.

Soares (2007, p. 09) argumenta que "reduzir a maioridade é uma falsa-solução, equivocada, simplista, superficial - uma vez que não resolverá as causas do problema - e menos "trabalhosa" para os gestores". Para ela, a violência é resultado de muitas outras coisas, como a falta de educação de qualidade, o desemprego e a falta de perspectiva dos jovens.

Como vimos, no Brasil a população carcerária não é pequena, e a cada ano se prende mais e prendendo mais jovens.

> Porém, prender mais não resultou em diminuição da violência, ao contrário. Primeiro: a causa da violência não está relacionada somente à "pena" que será aplicada a quem cometeu um crime. Segundo: a prisão não melhora a sociedade nem as pessoas (SOARES, 2007).

De fato, o nosso sistema prisional não cumpre, como já demonstrado, todas as determinações legais, o que só piora as pessoas, com raras exceções.

Segundo Soares (2007, p. 12):

> É por este motivo que também não é certo colocar adolescentes e adultos juntos no sistema prisional. O adolescente está numa fase especial da vida, em desenvolvimento, e por isso mais suscetível ao ambiente e às relações que o cercam. Quase todos os países do mundo tratam de forma diferenciada os adolescentes dos adultos. A redução da idade penal, então, não seria um avanço, e sim um retrocesso.

Vê-se que a discussão é ampla e envolve todos os entes da sociedade. Destarte, cabe a reflexão a respeito do assunto, uma vez que tudo indica que a simples redução da maioridade penal não reduzirá os índices de violência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a violência tem assustado toda a população de bem, fazendo com que os membros da sociedade clamem por medidas mais eficazes e mais rígidas para a repressão da criminalidade. De fato, o Brasil precisa melhorar suas políticas de segurança pública, mas não no sentido de alteração ou criação de leis penais, e sim no que diz respeito aos meios para o cumprimento da legislação existente, com investimentos que objetivem a melhoria ou a implementação de ferramentas eficientes, possibilitando o efetivo cumprimento das disposições estabelecidas nas diversas leis vigentes no país.

Vimos que o objetivo da pena de prisão, assim como a própria função da pena, é, além da punição, a prevenção, a reabilitação e a reinserção social do condenado, sendo que para isso a lei prevê métodos que possibilitem esse resultado.

Todavia, a realidade é diferente do que consta da letra da lei, uma vez que o Estado não oferece a estrutura necessária a viabilizar a conquista desse objetivo. Como demonstrado, o nosso sistema prisional é precário, deficiente e ineficaz. Não está em conformidade com as determinações legais, e, consequentemente, é incapaz de exercer a função social da pena.

Muitos pensam que não existem leis para menores infratores, fazendo com que boa parte da população suplique pela redução da maioridade penal, imaginando que estes infratores poderão ser condenados e presos, sendo esta a solução para o problema. Contudo, deve-se ressaltar que a questão está no não cumprimento do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual define o tratamento a ser dado a esses menores, até com penas privativas de liberdade, qual seja: a internação.

Se o ECA, em relação aos menores infratores, fosse aplicado com todos os recursos nele previstos, e mesmo assim não tivesse obtido resultado satisfatório, então, somente neste caso seria necessária a modificação da lei. Mudar algo que não foi testado plenamente por falta de recursos, não parece ser a medida mais adequada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê mecanismos diversos para os casos de atos infracionais cometidos por menores, sendo que somente com o reconhecimento do fracasso dessas medidas, as quais devem primeiro ser aplicadas com efetividade, é que se viabilizaria uma mudança mais radical na legislação, pois, como dito, não há como alegar a fragilidade ou a ineficácia dos dispositivos do referido Estatuto, se estes não foram aplicados em sua plenitude, por falta de estrutura oferecida pelo Estado.

Por outro lado, a inviabilidade da redução da maioridade penal ante a atual situação do sistema prisional brasileiro está, por exemplo, na perda de tempo em gastar esforços para uma mudança da legislação - projetos de leis, acordos políticos, e questões constitucionais -, sendo que, ao que tudo indica, esta mudança não reduzirá a violência e a criminalidade, por outro lado, pode até aumentar o problema do Estado em relação ao sistema prisional que também precisa de uma reforma, demandando ainda mais gastos com presídios.

Com efeito, restou claro que o nosso sistema prisional está superlotado e precário, necessitando de grandes investimentos como reformas e construções de novos presídios e demais estabelecimentos previstos em lei. Assim, deve-se refletir sobre a seguinte questão: é mais fácil tratar dos adolescentes infratores isoladamente ou somá-los aos adultos, juntando todos em um único sistema?

Como visto, o índice de atos infracionais praticados por menores representa menos de 1% dos crimes praticados em todo Brasil. A quantidade de adolescentes internados também é equivalente a aproximadamente 4% do total de adultos presos. Tudo isso indica a maior viabilidade em investir nas disposições do ECA, criando, ampliando e melhorando as instituições e demais ferramentas para o cumprimento das medidas socioeducativas com mais qualidade e eficiência, visando recuperar pelo menos os jovens delinquentes, para que no futuro possamos viver uma realidade um pouco diferente.

Unir estes jovens infratores aos demais criminosos e não conseguir reabilitar nenhum ou muito pouco é um retrocesso evidente para o nosso país. Colocá-los junto com os adultos em um sistema precário e deficiente, além de influenciar negativamente na formação desses adolescentes, fazendo com que se desenvolvam em verdadeiros bandidos, é impossibilitar de vez a ressocialização de qualquer delinquente, seja ele adulto ou adolescente.

A sensação de impunidade experimentada pela sociedade em relação aos atos infracionais praticados por adolescentes se dá pelo fato de que não há recursos para o cumprimento das disposições constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que, porém, a simples redução da maioridade penal não resolverá o problema, podendo fazer desses menores infratores criminosos reincidentes.

Ressalto que a questão das medidas alternativas à prisão e/ou internação - prestação de serviços à comunidade, reparação do dano e advertências -, apesar de terem sua importância, e o dever de serem bem aplicadas, não foi objeto de aprofundamento deste trabalho, uma vez que medidas semelhantes existem também na legislação penal tradicional, não sendo novidade do ECA. Tanto para os adultos quanto para os menores, essas medidas e/ou penas alternativas devem ser aplicadas com responsabilidade e com o objetivo de reabilitação do apenado.

Porém, o clamor público diz respeito à prisão de menores que cometem atos infracionais equiparados a crimes graves. O foco principal quando se fala em redução da maioridade penal é no que diz respeito à prisão desses jovens infratores, uma vez que são os crimes com violência e grave ameaça praticados por eles que mais chocam a população, fazendo com que pugnem por uma mudança radical na lei penal. De fato, o impacto maior em uma mudança como esta gira em torno da possibilidade de segregação de menores juntamente com criminosos adultos. No entanto, essa mudança, conforme argumentado alhures, não demonstra plausível para a solução do problema.

Lado outro, a falha do Estado não deve ser suportada pela sociedade de bem, a qual não deve ficar a mercê de criminosos, sejam eles adultos ou adolescentes. É óbvio que o Estado deve oferecer aos cidadãos e, principalmente às crianças e aos adolescentes, educação de qualidade, saúde básica, lazer, cultura e uma forma digna de sobrevivência. No entanto, deve haver um trabalho paralelo de prevenção e punição, com investimento em centros de internação para menores em conflito com a lei, assim como qualquer outra medida necessária a viabilizar o cumprimento eficiente do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto ao cumprimento das medidas socioeducativas impostas aos menores infratores.

Em suma, é mais viável, mais barato e mais proveitoso para o Estado, para os adolescentes e para a sociedade, que se invista em programas socioeducativos e em estruturas para recuperar os jovens que praticaram algum tipo de ato infracional, uma vez que colocar esses mais de 20 mil adolescentes no sistema prisional, o qual já possui um déficit de mais de 240 mil vagas, além de não resolver a situação da criminalidade juvenil, é aumentar e piorar de vez o caos existente.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Sande Nascimento de. Redução da maioridade penal. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, ed. 49, 2010. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/49/reducao-maioridade-penal-proposta-reducionista-nao-resolve-o-problema-da-176494-1.asp. Acesso em: 06/04/2014.

_____. Sistema Carcerário. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, ed. 59, 2011. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp. Acesso em: 03/05/2014.

BENEVIDES, Paulo Ricardo. Superlotação x penas alternativas. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, ed. 59, 2011. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/superlotacao-x-penas-alternativas-213023-1.asp. Acesso em: 04/05/2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 872p.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 de dezembro de 1940, p. 2391.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - Infopen**, 2012. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&Team=&params=itemID={D82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}. Acesso em 03/05/2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus. Execução Penal. Regime de Cumprimento Semiaberto. Determinação de recolhimento do paciente a Centro de Detenção Provisória. Constrangimento ilegal. Ordem parcialmente concedida. I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Paciente que se encontra na iminência de sofrer coação ilegal, uma vez que foi determinado seu recolhimento a centro de detenção provisória. III – Ordem parcialmente concedida para garantir ao paciente que seja recolhido a estabelecimento adequado ao regime semiaberto e, à falta de vaga, para que aguarde em regime aberto. (HC 110772, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, Processo Eletrônico DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012 RB v. 24, n. 583, 2012, p. 53-55).

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 1990, p. 13563.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824**, Brasília, 25 de março 1824, p. 7.

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de novembro de 1992, p. 15562.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1984, p. 10227.

CARVALHO, Walkyria. Jovens infratores, o que fazer?. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, ed. 86, 2013. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/86/jovens-infratores-o-que-fazer-uma-ampla-analise-sobre-293277-1.asp. Acesso em: 05/04/2014.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Direitos humanos: um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei**. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2006. 126p.

COSTA, Sylvio. Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no país. **Congresso em foco**, Brasília, 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/. Acesso em: 04/05/2014.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994. 267p.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial: reinserção social?.** São Paulo: Ícone, 1998. 271p.

GOMES, Nelci. Todos os países que reduziram a maioridade penal não diminuíram a violência. **Jusbrasil**, [s.l.], 04 de abril de 2014. Disponível em: http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/noticias/116624331/todos-os-paises-que-reduziram-a-maioridade-penal-nao-diminuiram-a-violencia?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter. Acesso em 05/05/2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. et. al. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2010. 1464p.

MARINELLI, Adriana. Precários e superlotados, centros de internação se tornam zonas de conflito. **Sindicado dos Delegados de Polícia do Estado de Goiás - SINDEPOL**, Goiânia, 2013. Disponível em: http://sindepol.com.br/site/noticias/precarios-e-superlotados-centros-de-internacao-se-tornam-zonas-de-conflito.html. Acesso em: 10/05/2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado - parte geral**. vol. 1. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 950p.

MIRABETE, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, volume: parte geral, arts. 1º a 120. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. 466p.

MIRANDA, Ricardo. Liberdade assistida. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, ed. 56, 2011. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/56/artigo207310-4.asp. Acesso em: 05/04/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. compacta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 764p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 701p.

REDUÇÃO da maioridade penal não resolve problema da violência, afirma Paim. **Agência Senado**, Brasília, 28 de março de 2014. Disponível em: http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/03/28/reducao-da-maioridade-penal-nao-resolve-problema-da-violencia-afirma-paim. Acesso em: 04/05/2014.

RELATÓRIO mostra superlotação nas unidades de internação para adolescentes. **Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP**, Brasília, 08 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3708-infancia-relatorio-mostra-superlotacao-insalubridade-e-fugas-nas-unidades-de-internacao-e-de-semiliberdade-para-adolescentes. Acesso em: 10/05/2014.

SOARES, Renata (Coord.). **Redução da maioridade penal: o que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa**. Fortaleza: Tecnograf, 2007. 23p.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. Campinas: Bookseller, 2002. 368p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. 1392p.