

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 873

(Ano X)

(29/09/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

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: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



26/09/2018 Kiyoshi Harada

» [Desmontagem gradual da tributação por dentro](#)

ARTIGOS

28/09/2018 Isadora Chaves Carvalho

» [A culpabilidade do indígena e o erro culturalmente condicionado](#)

28/09/2018 Mariana Antunes Vieira

» [Delação premiada: análise do instituto sob a égide da legislação vigente](#)

28/09/2018 Silvia Primila Garcia Raskovisch

» [A curadoria especial no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente](#)

27/09/2018 Luísa Claudia Faria dos Santos

» [Criminalidade Organizada e Estado Democrático de Direito: desafios às políticas públicas de prevenção e repressão](#)

27/09/2018 Breno Eduardo Campos Alves

» [Segurança pública: reflexões sobre a repressão ao tráfico ilícito de crack como política pública fundamental na diminuição de crimes patrimoniais](#)

27/09/2018 Jader Máximo de Araújo

» [Uma releitura do direito à tréplica nos debates do Tribunal do Júri](#)

27/09/2018 Adilson José Bressan

» [A legitimidade do Delegado de Polícia para representar por medidas cautelares durante a investigação criminal](#)

26/09/2018 Elvislane Teixeira Santana

» ["Receberam-se em casamento os contrahentes marido e mulher": vestígios da vida familiar de escravos na freguesia Santana de Caetité. \(1831-1855/ 1876-1888\)](#)

26/09/2018 Douglas Belanda

» [Pacto contratual via reconhecimento facial](#)

26/09/2018 Alexandre Triches

» [Mudanças impactantes no atendimento da Previdência Social](#)

25/09/2018 Viviane Carvalho de Brito Becker

» [Influência da mídia nas decisões do conselho de sentença ante a grande repercussão e comercialização do crime](#)

25/09/2018 José Ernesto Dolabella Portella Filho

» [Legitimidade do ativismo judicial nas questões de saúde](#)

25/09/2018 Beatriz Aparecida Soares Ganem

» [A redução da maioria penal à luz das normas da Constituição de 1988](#)

24/09/2018 Ana Cristina Ferreira de Barros

» [Uma análise acerca do idoso na sociedade](#)

24/09/2018 Wagner Luís Barbosa Gockos

» [A contratação direta por inexigibilidade de licitação Wagner Luis Barbosa Gockos](#)

24/09/2018 Rodrigo Queiroz de Araújo

» [A Seguridade Social e seus princípios](#)

24/09/2018 Roberto Augusto Resende Magalhães Toledo

» [O Licenciamento Ambiental de cemitérios em atividade antes de abril de 2003 face ao direito real de uso de sepultura](#)

MONOGRAFIAS

28/09/2018 Vanessa de Assis Ferreira

» [O trabalho artístico infantil e as consequências da glamourização](#)

DESMONTAGEM GRADUAL DA TRIBUTAÇÃO POR DENTRO

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

O critério nebuloso de tributação por dentro, que impede de o consumidor identificar o valor do tributo incidente sobre mercadorias e serviços e que contraria o princípio da transparência tributária expresso no § 5º, do art. 150 da CF, vem sendo desmontado, gradualmente, de forma imperceptível pela jurisprudência de nossos tribunais.

Tudo começou com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, porque sendo o ICMS um imposto não poderia ser objeto de faturamento que é o fato gerador dessas contribuições sociais (RE nº 240.285).

O argumento utilizado, como se verifica, é extrajurídico. Juridicamente teria que examinar o sistema de tributação por dentro adotado na legislação tributária em vigor nas três esferas impositivas em relação aos tributos indiretos caracterizados pela incidência do tributo sobre si próprio. Esse critério de tributação tem matriz constitucional em relação ao ICMS (letra *i*, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da CF). Seguiu-se a decisão na mesma linha de argumentação relativamente ao PIS/COFINS-importação (RE nº 559.607). Ao final, a consagração da tese no bojo do RE nº 574.076, julgado sob a égide de repercussão geral.

Desde o início preocupou-nos esse posicionamento da Corte Suprema em razão do efeito cascata que era facilmente perceptível *ab initio*.

De fato, seguiram-se as decisões judiciais pela exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS; exclusão de todos os tributos federais da base de cálculo do ISS; exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB etc.

Entretanto, a tese da exclusão da CSLL da base de cálculo do IRPJ não venceu, porque aduzida e analisada sob o enfoque de despesa operacional que, por óbvio, jamais poderia ser porque ela não configura um insumo necessário à produção da renda, mas exatamente o resultado da atividade produtora desenvolvida pela empresa, como sustentou com toda razão o ínclito Ministro Relator Joaquim Barbosa que proferiu o voto condutor da decisão majoritária. Mas, não passou despercebido aos olhos do Ministro Marco Aurélio, prolator do voto minoritário, para quem a CSLL não pode ser uma despesa para a empresa que a recolhe, e ao mesmo tempo uma receita a ser adicionada na base de cálculo do IRPJ, como prescreve a legislação aplicável.

Ora, se o ICMS não deve integrar a base de cálculo do PIS/COFINS porque não é mercadoria passível de faturamento que é o fato gerador dessas contribuições sociais, segue-se que a CSLL que é uma despesa obrigatória a cargo da empresa não deve integrar a base de cálculo de um imposto que tem como fato gerador um acréscimo patrimonial. Dizer que a CSLL representa uma parcela do lucro auferido pela empresa nada altera. Ela continua sendo uma despesa para quem deve pagar. Aliás, todas as despesas (vestuário, alimentação, bebidas, tributos, tarifas, viagens etc.) são pagas com rendimentos auferidos pela pessoa física ou jurídica. Ao incluir uma despesa na base de cálculo do imposto sobre a renda transformou essa exação tributária em um verdadeiro imposto sobre a despesa.

Quando se utiliza noções extrajurídicas para excluir este ou aquele tributo da base de cálculo deste ou daquele tributo as contradições serão inevitáveis, porque no plano das ideias existem "n" opções diferentes e conflitantes. Somente o critério estritamente jurídico tem o condão de uniformizar hipóteses de "exclusões" oferecendo a todos a indispensável segurança jurídica no exercício da atividade produtora.

Há anos apontamos que, por coerência, deveria excluir o valor do PIS/COFINS da sua base de cálculo porque o valor do PIS/COFINS sendo um

tributo não se presta ao faturamento que é o fato gerador dessas contribuições sociais. Aliás, a tributação, nesse caso, é bem pior que a tributação do ICMS pelo PIS/COFINS, por representar a tributação de tributo que está sendo tributado (PIS/COFINS recaindo sobre si próprio).

Essa linha de argumentação lógica levou tempo para ser aplicada pela Justiça. Essa tese que não é jurídica, mas adotada pelo STF, foi encontrar eco na 1ª Vara da Justiça Federal de Limeira que concedeu liminar para excluir o valor das contribuições sociais da sua própria base de cálculo (MS nº 5000 463-03.2018.4.03.6143). O mesmo aconteceu em outras Comarcas no âmbito da Justiça Federal sendo que a última decisão liminar ocorreu na 16ª Vara Federal do Distrito Federal (MS nº 10159 23-39.2018.4.01.3400).

Pelo jeito a multiplicação das lides forenses não terá fim por conta da grandeza ímpar da matéria prima representada por “n” tributos indiretos existentes entre nós. E tributos indiretos no Brasil, ao contrário do que acontece nos Países adiantados, integram os custos dos serviços e mercadorias tanto quanto as despesas com a folha, luz, água, energia elétrica e o valor da margem de lucro do comerciante.

A essa altura dos acontecimentos de duas uma: ou revê as decisões pioneiras acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, com modulação de efeitos; ou continua alargando a tese das exclusões em cascatas até que por via jurisprudencial altere parcialmente o Sistema Tributário Nacional em vigor, proibindo a tributação por dentro, mantendo-a apenas em relação ao ICMS, cuja incidência sobre si próprio tem matriz constitucional, como vimos.

Já que estamos na era do ativismo judicial seria muito oportuno que essa atividade judicial atípica atuasse a favor dos contribuintes sufocados com a imposição da carga tributária mais cara do mundo, se consideradas as contraprestações de serviços públicos essenciais de péssima qualidade. Se depender apenas do legislador o aumento tributário, para sustentar esse Estado cada vez mais perdulário, não terá fim.

A CULPABILIDADE DO INDÍGENA E O ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO

ISADORA CHAVES CARVALHO: formada em 2012 pela Universidade Federal do Pará; pós-graduada em Ciências Criminais; Analista do MPU/Apoio Direito.

RESUMO: O presente artigo possui como escopo discutir os reflexos do respeito à diversidade cultural prestigiado a partir da Constituição da República de 1988 na responsabilidade penal do indígena, notadamente no que se refere à culpabilidade, quando a conduta por ele praticada, a despeito de ser formalmente típica, se traduzir em manifestação cultural da sociedade em que inserido e representar suas crenças, costumes, modos de vivência e organização. Para inferir até que ponto esse condicionamento cultural é determinante para a prática da ação ou omissão tipificada como crime, fazendo o índio incorrer em erro de proibição, se demonstrará a indispensabilidade da atuação de um antropólogo no processo judicial para implementar o diálogo intercultural. Para tanto, e a fim de demonstrar a necessidade imediata de abandono do paradigma etnocêntrico e assimilacionista presente no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), que reflete diretamente na aplicação do Direito Penal, será realizada análise doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: erro culturalmente condicionado, culpabilidade, povos indígenas, diversidade cultural.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DA POLÍTICA DO INTEGRACIONISMO AO RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS; 3. A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO INDÍGENA; 4. O ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO ENQUANTO CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

Antes da Constituição da República de 1988, a política indigenista que vigorava no país era a assimilacionista ou integracionista, de cunho eminentemente etnocêntrico, em que o índio era encarado como uma categoria social transitória, fadada à extinção até a sua completa integração

à comunhão nacional. A ordem era eliminar as diferenças étnicas e sociais e fazer nascer uma nação culturalmente homogênea.

Com o advento da Constituição-cidadã, instalou-se no Brasil uma nova ordem jurídica. Ao prestigiar a diferença cultural e a incentivar a manutenção da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas protegeu a autodeterminação destes e fez nascer um Estado plural e democrático.

Como se demonstrará, a despeito dessa ruptura de paradigma, a legislação infraconstitucional, notadamente o Estatuto do Índio (editado anteriormente a 1988) continuam a ser interpretados sob a ótica da assimilação. Isso reflete diretamente na aplicação da lei penal, nos processos em que o indígena figure como réu, pois se valendo da lacuna legislativa existente no Código Penal, que se eximiu de tratar acerca da matéria, as decisões judiciais ainda utilizam dos retrógrados conceitos (eis que não recepcionados pelo novo texto constitucional) de "graus de integração do índio", "inimputabilidade", "aculturação", entre outros.

Com efeito, a fim de evidenciar os reflexos no âmbito criminal do ideal do multiculturalismo prestigiado pela Constituição da República de 1988, em especial nos arts. 215 e 231, será analisada a responsabilidade penal do índio, especialmente no tocante ao aspecto da culpabilidade, quando a conduta formalmente típica por ele praticada for, ao mesmo tempo, expressão e manifestação culturais do povo a que pertence.

Não é a intenção fazer crer que a culpabilidade do indígena deva ser afastada em todo e qualquer caso. O que se pretende demonstrar é que esta não poderá ser afastada pelo estigma da inimputabilidade que ainda rodeia o indígena (a menos que lhe careça saúde mental). O fato de pertencer a uma cultura com traços diferentes daquela da maioria da sociedade não reduz seu desenvolvimento mental.

Eventual ausência da consciência da ilicitude, poderá dar-se por condicionamento cultural do indígena, em situações em que determinadas condutas, no seio da comunidade em que vive, não são proibidas, sendo, inclusive, incentivadas ou exigidas, de modo que, em virtude do

condicionamento cultural existente, não se poderá exigir desse indivíduo que internalize o caráter proibitivo da norma penal.

É desse modo que o presente artigo analisará a questão da culpabilidade do indígena na órbita do erro de compreensão culturalmente condicionado, e pretende demonstrar, inclusive a partir de análise jurisprudencial, que a aplicação irrestrita do Direito Penal nos crimes cometidos por indígena não é medida que se coaduna com a atual ordem constitucional.

Desse modo, o artigo foi estruturado em três seções: a primeira, “Da política do integracionismo ao respeito à diversidade cultural dos povos indígenas”, que discorrerá exatamente sobre a mencionada ruptura do paradigma assimilacionista ocorrida com a promulgação da Carta Política de 1988; a segunda, “A responsabilização penal do indígena”, que evidenciará as antigas concepções utilizadas pelo Estatuto do Índio no que diz respeito à aplicação da norma penal aos indígenas a partir do critério da inimputabilidade, somado ao menor ou maior contato com a cultura da sociedade dominante; e, por fim, a terceira, “O erro culturalmente condicionado enquanto causa excludente da culpabilidade”, que explanará a hipótese de exclusão da culpabilidade do indígena a partir da análise de uma espécie de erro de proibição, qual seja o erro culturalmente condicionado, indicando-se, inclusive, o enfoque dado pelos tribunais brasileiros à matéria.

2 DA POLÍTICA DO INTEGRACIONISMO AO RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), um dos principais diplomas normativos brasileiro que se destina a tutelar os direitos e interesses dos indígenas, foi editado em pleno regime ditatorial, imiscuído de nítida base integracionista, pois tornou imperiosa a ideia de que os índios deveriam ser integrados à comunhão nacional, isto é, à cultura da comunidade dominante. Essa é a conclusão que se chega a partir da breve leitura dos artigos 1º e 4º da mencionada lei.

Seguindo à ótica do integracionismo, a já revogada Convenção n. 107 da OIT considerava os índios como pessoas detentoras de condições sociais e econômicas correspondentes a um estágio menos adiantado que o

já atingido pelos demais indivíduos da comunidade nacional, encontrando-se em nível ainda inicial de evolução.

A ideia apregoada era a de que ser índio seria uma condição transitória, algo a ser harmoniosamente eliminado com a gradual assimilação dos indígenas à sociedade não indígena (VITORELLI, 2013), “salvando-os” de um estado de barbárie e selvageria. Nessa toada foram os índios classificados em isolados, em vias de integração ou integrados conforme o maior ou o menor grau de aproximação com a cultura dominante, garantindo-se a apenas aqueles tidos como isolados e em vias de integração o tratamento penal diferenciado.

Assim, e desde o período colonial, é que o Estado brasileiro buscava se constituir com pilares ideológicos do Estado-Nação, amparado em uma pretensa homogeneidade cultural, “tentando buscar na ideia de identidade cultural o sentimento de pertença necessário à sua consolidação como unidade política e territorial” (RODRIGUES e BERRO, 2014, p.38). Nasceu um Estado com forjada e aparente unidade cultural, étnica e social, a partir de uma imposta política de miscigenação da nação.

A romper cristalinamente com o padrão assimilacionista até então vigente e a inaugurar o paradigma do multiculturalismo e da pluriétnicidade, foi promulgada a Constituição da República de 1988, a partir da qual o Estado brasileiro comprometeu-se a garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, além de incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais e a proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório” (art. 215, caput, §1º), além de, notadamente em relação aos índios, reconhecer “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (art. 231).

A esse respeito, Pereira (2002, p.41) destaca com maestria que:

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito, uma vez que reconhece o Estado Brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação,

mediante a qual sub-repticiamente se instalam entre os diferentes grupos étnicos novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios ao eliminar o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçosamente à invisibilidade.

Com efeito, por imperativo constitucional, deve-se assegurar aos indígenas a autonomia e o respeito à diversidade cultural e, por conseguinte, o direito de serem índios e assim permanecerem com a preservação de suas identidades específicas.

Ao encontro disso são os preceitos entabulados na Convenção n. 169 da OIT (a qual substituiu a 107), “documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado Nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico” (PEREIRA, 2014, p. 71), ratificada e internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 5.051/2004.

O mencionado diploma legal já encarta logo no preâmbulo a política de autodeterminação dos povos indígenas (e também tribais), eis que reconheceu as aspirações destes “a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”.

Em consonância com isso, dentre os normativos internacionais acerca da temática em questão, destaca-se, ainda, a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, prevendo esta última, inclusive a proibição do genocídio cultural dos índios (artigo 7.2).

Bem conceituando a autodeterminação dos povos indígenas, Rodrigues e Berro (2014, p.45):

A autodeterminação dos povos indígenas significa, portanto, o reconhecimento e o respeito à existência de formas diversas de ser, viver e ver o mundo, mas, principalmente [...], o reconhecimento de que cada povo, e muitas vezes até cada comunidade indígena,

possui um sistema jurídico próprio, com normas de conduta social, na maior parte dos casos não escritas e que não se confundem com o direito estatal, que regem sua organização social, familiar, econômica e territorial, suas relações de trabalho, o exercício do poder e das funções sociais, a solução de conflitos e aplicação de sanções, etc.

Assim, ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes e tradições, o artigo 231 da Constituição Federal reconheceu a existência e admitiu a executoriedade de sistemas jurídicos indígenas, aceitando, com isso, o pluralismo jurídico, sem que isso representasse perda de soberania estatal.

Ao contrário, o pluralismo jurídico permite resolver a complexidade das relações jurídicas num Estado multicultural, garantindo, em situações culturais específicas, a aplicação das normas dos respectivos sistemas jurídicos muitas vezes até em detrimento do próprio direito estatal.

No ponto, é válido destacar que a própria Convenção n. 169 da OIT prevê que quando da aplicação da legislação nacional aos povos interessados, o que incluía norma penal, não se poderá olvidar dos costumes destes ou de seu direito consuetudinário (artigo 8.1), reconhecendo-se, pois, a existência de sistemas normativos indígenas, o que já era antes mesmo prestigiado no Estatuto do Índio, especialmente no art. 57.

Certo é que o Estado brasileiro autoriza, de modo expresso, a coexistência de sistemas jurídicos penais indígenas ao lado do jus puniendi estatal, em que os índios podem definir suas próprias normas e atribuir-lhe as sanções que entendam pertinentes consoante o contexto cultural em que inseridos, sem a interferência do Poder Judiciário, a exceção dos casos que representem flagrante violação aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Assim é que não raras vezes pode haver a incriminação de uma conduta pelo Direito Penal e concomitantemente tal não se afigurar como

reprovável no seio de determinada comunidade indígena, sendo, ao contrário, um comportamento socialmente exigido. Daí a importância de compreender os sistemas jurídicos indígenas e o Direito Penal enquanto pertencentes a mundo diversos (RODRIGUES e BERRO, 2014).

3 A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO INDÍGENA

Diante do paradigma do multiculturalismo prestigiado pela Carta Política de 1988, e dos sucessivos documentos internacionais no mesmo sentido, mister se faz uma releitura da legislação infraconstitucional vigente acerca da responsabilidade penal do índio, especialmente no que diz respeito ao tema da inimputabilidade.

À exceção da Consolidação das Leis Penais de 1932 que equiparou, em determinadas circunstâncias, os indígenas aos menores para fins de responsabilização penal, o Código Penal ora em vigor, assim como os anteriores, eximiu-se de trazer qualquer dispositivo para regular a matéria.

Para Villares (2009), a ausência de tratamento específico a respeito no Código Penal de 1940, foi intencional, o que foi mantido pela reforma na Parte Geral do Código Penal em 1982. A Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 demonstrou que os redatores pretenderam excluir os índios da imposição de penas através do art. 22 (atual art. 26) da Parte Geral, uma vez que entenderam que a expressão “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” incluiria também os “surdos-mudos” e os “silvícolas inadaptados”, dispensando, portanto, a alusão expressa à responsabilidade penal do indígena.

Posteriormente adveio, em 1973, o Estatuto do Índio, que prevê no art. 56 que na hipótese de condenação do indígena por infração penal, o juiz deverá, quando da aplicação da pena, atender ao “grau de integração do silvícola”.

Como alhures já elucidado, o indigitado diploma legal, embasado no prisma da aculturação (e em total inobservância à heterogeneidade cultural dos grupos indígenas em relação à sociedade majoritária), previu três etapas de integração dos indígenas, quais sejam: isolados, em vias de integração e integrados.

Sucedem que, diante da superação do integracionismo e o fomento à autonomia, preservação e respeito à organização social da cultura indígena, deve-se aplicar a norma considerando-se, em verdade, não o grau de integração, mas o de conhecimento do índio acerca da cultura predominante adotada pela sociedade circundante (VITORELLI, 2014).

Em severa crítica à “integração”, preciosa é a lição de Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 555):

As disposições da Lei 6.001, de 19.12.1973 (Estatuto do Índio), que mostra uma aparente atitude de benevolência para com o indígena, fazem uma constante referência a sua “integração”, esquecendo-se que o silvícola está integrado, só que está integrado na sua cultura, acerca da qual nós estamos desintegrados como ele da nossa. De maneira alguma se pode sustentar que o silvícola, ou aquele que comparte de regras de qualquer grupo culturalmente diferenciado, seja um inimputável, ou uma pessoa com a imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não, inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencerem a um grupo culturalmente diferenciado.

Não obstante, renomados doutrinadores de Direito Penal ainda lançam mão da análise do “processo de aculturação” ou do “nível de adaptação às normas de cultura da comunidade social” para caracterizar a imputabilidade dos indígenas (BITENCOURT, 2013, p. 481), considerando estes como detentores de desenvolvimento mental incompleto quando “inadaptados à sociedade” (CAPEZ, 2011, p. 334).

O fato de um indivíduo (indígena ou não) pertencer a um grupo com características peculiares de modo de organização, de cultura e de vivência peculiares, não o torna inimputável, sendo equivocada a ideia de que, em virtude dessa circunstância, seria acometido por desenvolvimento mental incompleto.

Ao contrário disso, conforme Castilho e Costa (2009) no paradigma da pluriétnicidade a maior integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza como tal, tampouco exclui a imputabilidade penal, mas é a consequência do reconhecimento de que não há uma escala de desenvolvimento de grupos étnicos. Eles apenas são diferentes. Não se vive em uma sociedade de iguais, e a diversidade étnica deve ser assegurada por força de ditame constitucional.

A par dessa discussão, Paschoal (2010, p.90) sintetiza que:

1) O estudo da situação do índio frente à lei penal não deve ser feito à luz dos critérios de (in)imputabilidade; 2) Conceber o índio como inimputável significa manter os padrões de submissão e discriminação; 3) Deve-se analisar, no caso concreto, se o índio tinha consciência da ilicitude de seu ato, considerando-se os valores inerentes a sua própria cultura; 4) O índio absolvido em virtude dessa diferença cultural não deve ser submetido à medida de segurança; 5) Essa absolvição não depende da inclusão de qualquer novo dispositivo no Código Penal, resultando da própria teoria do delito, integrado pela culpabilidade, seja qual for a linha filosófica desposada; [...]

Destarte, eventual inculpabilidade do indígena não deve recair na ora repudiada tese da inimputabilidade. O que está em questão é avaliar, na hipótese concreta, se ao índio era dado internalizar os preceitos trazidos no tipo penal e se agiu com o dolo de transgredir a norma, pois “o índio pode mostrar-se extremamente apto a todos os atos da vida, mas, internamente, sem o entendimento perfeito do caráter ilícito da conduta, ou mesmo, entendo a ilicitude, não podendo agir diferente por sua cultura assim exigir” (VILLARES, 2009, p. 309).

Nesse contexto, a exclusão da culpabilidade pode se dar pela configuração de eventual erro de proibição, a ser denominado, na espécie, de erro culturalmente condicionado.

4 O ERRO CULTURALMENTE CONDICIONADO ENQUANTO CAUSAE XCLUDENTE DA CULPABILIDADE

A culpabilidade é o juízo de reprovabilidade que recai sobre o fato típico e ilícito praticado pelo agente, de modo que somente poderá ser considerado culpável aquele que for capaz de compreender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se conforme esse entendimento (imputabilidade), que conheça a ilicitude do fato ou, ao menos, tenha a possibilidade de conhecê-la (potencial consciência da ilicitude), bem como que, por ocasião da ação ou omissão, poderia ter se comportado conforme o direito, mas não o fez (exigibilidade de conduta diversa).

A inculpabilidade do indígena não pode recair, repise-se, na inimputabilidade (salvo se, por óbvio, ele não for mentalmente hígido), de modo que a exclusão da culpabilidade deste perpassa pelo erro de proibição. Foi assim que a doutrina penal latino-americana encabeçada por Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 533, 552-555) idealizou o que se denomina de erro culturalmente condicionado, espécie de erro de proibição:

Não se pode exigir de todos o mesmo grau de compreensão da antijuridicidade. [...] pode haver casos em que o sujeito conhece a proibição e a falta de permissão, e, sem embargo, não lhe seja exigível que entenda a regra que conhece. [...] o indígena de uma comunidade que há séculos tem seus próprios ritos para funerais e sepultamentos, talvez incorra numa tipicidade contravençional ao violar as regulamentações sobre inumações, mas é muito duro exigir-lhe que abandone todas essas regras para acolher as nossas e reprovar-lhe porque não o tenha feito [...] Nestes casos, estaremos diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão [...] que eliminará a culpabilidade da conduta [...]. Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar a sua cultura no seu meio, e não

interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista, que escondem, ou exibem, a pretendida superioridade de nossa civilização industrial, para destruir todas as relações culturais a ela alheias.

Comentando o posicionamento desses autores, Castilho e Costa (2009, p. 60) destacam que referido erro pode assumir a forma de erro de compreensão, consciência dissidente e justificativa putativa, nos seguintes moldes:

Na primeira forma há uma dificuldade inata para a compreensão da proibição normativa. A pessoa pode conhecer a norma, mas razões culturais impedem que ela aja de modo diverso. Na segunda, a pessoa tem conhecimento da proibição e da ausência de permissão legal, mas não se lhe pode exigir sua interiorização. Na justificativa putativa um indígena vê o não-índio como inimigo, o que justifica atitudes contrárias ao direito que antecipam a ação inimiga.

Independentemente de classificações doutrinárias a respeito, ou da forma em que denominado o erro, deve-se entender que é incabível a aplicação irrestrita do Direito Penal ao índio. Deve-se, caso a caso, analisar se este foi capaz de internalizar o caráter proibitivo da conduta praticada e de determinar-se em observância ao Direito. E mais, averiguar se o contexto cultural em que inserido foi determinante para a conduta perpetrada e, em caso positivo, em que grau.

Não se pode criminalizar condutas que digam respeito à manifestação cultural de um povo indígena, isto é, que represente a expressão de seus valores, suas crenças e modos de vivência, ante a previsão contida nos arts. 215 e 231 da Constituição da República, que refletem preceitos de respeito à identidade e à diversidade culturais.

Conforme ensina Teixeira (2011), circunstâncias socioculturais influenciam no modo de compreensão da antijuridicidade da conduta, sendo que, no caso dos índios, boa parte das suas atuações resultam diretamente da cultura em que inseridos e, muitas vezes, além de serem consideradas

normais no seio da comunidade indígena, são incentivadas. Exclui-se, nesse caso, a reprovabilidade jurídico-penal incidente sobre a conduta, preservando-se a diversidade cultural.

Nessa direção, é o exemplo trazido por Pereira (2006, p.7):

A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinho para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a coloca nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona, não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não se iniciou. São razões que, goste-se ou não, não podem ser descartadas, sob pena de, em afronta à Constituição e a outros tantos documentos internacionais, se negar qualquer valor às asserções de verdade do outro.

Muitos procuram tipificar essa conduta como infanticídio (art. 123 do Código Penal), entendimento do qual não se comunga. Consoante bem elucida Cirino (2013) *apud* Rodrigues e Berro (2013)^[1], o interdito de vida de neonatos (prática também difundida na etnia Suruwaha) se insere no direito consuetudinário dessas comunidades enquanto norma não incriminadora, e, não sendo socialmente danosa à vida na sociedade Yanomami, nem afetando a estabilidade do grupo, não há que se falar em crime.

É importante salientar que para que o magistrado verifique, na hipótese concreta, se há condicionamento cultural como fator determinante para a prática da conduta formalmente típica, mostra-se indispensável um estudo antropológico, sendo indefensável a substituição deste por outros meios de prova.

Vale dizer que a análise sobre a cultura de outro (indígena ou não) não poderá partir de elementos exógenos e formais obtidos pura e simplesmente pela percepção do julgador, já que em nada contribui para a aferição da internalização dos valores pelo indivíduo.

Desse modo, a atuação do antropólogo no processo judicial é essencial, inclusive para fins de legitimação da sentença, pois ele atuará como verdadeiro tradutor cultural, promovendo um diálogo entre culturas, tornando o indígena inteligível na medida em que o faz entender, mesmo com as peculiaridades de seu ambiente cultural.

Por oportuno, Castilho e Costa (2009, p.61), destacam o seguinte:

Quando houver dúvida sobre a imputabilidade do indígena, o juiz deve se valer de exame médico-legal psiquiatra. Mas há outras situações em que a prova do fato não demanda perícia, mas a aplicação justa do direito depende de uma visão intercultural e multicultural. A necessidade da figura do tradutor cultural advém do fato de que a Constituição assegura às minorias étnicas o exercício de seus direitos sem que, para tanto, sejam obrigadas a assimilar os valores e instrumentos propiciados pela "comunhão nacional", denominação do todo homogêneo que pretende ver em si inseridas as partes dissidentes, apropriando-lhes os elementos diferenciadores. Se a eles é outorgado o direito de manter suas formas próprias de existência, o relacionamento com esses grupos, de modo a garantir seu direito à identidade, pressupõe a compreensão e respeito de suas formas de conhecer e relacionar-se com o mundo. Deve-se, assim, revelar o espaço ontológico do "outro", do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo porque subsumido ao universal. Se os juízes utilizam técnicos sempre que necessário para espancar dúvidas que fogem do seu conhecimento jurídico, o mesmo raciocínio não pode ser ignorado na avaliação da diversidade cultural, garantida pela Constituição Federal. Qual a repercussão que tem o fato objeto do processo para um grupo étnico ou para seus componentes? Afeta suas crenças, tradições e costumes? Qual o seu significado religioso, cultural e social para um determinado grupo étnico? Ou para o próprio indivíduo? Há algum elemento inerente à sua

cultura e à sua dinâmica cultural que possa ter causado ou contribuído para o evento? A diversidade cultural, costumes, tradições, crenças, línguas e organização social restam afetadas nas situações descritas? Esses questionamentos, entre outros, tornam evidentemente necessária a análise da complexidade do ambiente sociocultural para ter clareza em tais respostas. [...] A ausência de profissional capaz de estabelecer o diálogo intercultural faz com que o sistema judicial ignore a diversidade e aplique o direito sempre do ponto de vista étnico dominante. |

A despeito disso, quando os julgadores se valem de parecer antropológico é tão somente para aferir o grau de integração dos indígenas à sociedade circundante (ou até mesmo a imputabilidade) o que, como visto, é absolutamente equivocado. A jurisprudência pátria caminhou pouquíssimo em relação à responsabilidade penal do indígena, especialmente no que concerne à esfera da culpabilidade.

É muito comum verificar decisões nas quais se entende ser dispensável a realização de exame antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está “integrado” à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes, considerando-se que o indígena possuiria boa compreensão das regras da sociedade não indígena por sabe ler, escrever e possuir identificação civil, deixando-se de aplicar, nesses casos, a atenuante prevista no art. 56 da Lei n. 6.001/1973 a qual teria sua aplicação limitada aos indígenas em fase de “aculturação”, não sendo cabível sua incidência a silvícolas já “adaptados” à sociedade civil. (STJ, REsp 1129637 SC 2009/0119988-8, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 15/08/2013, T6 – Sexta Turma).

É com esse fundamento integracionista e etnocêntrico que se nega a presença do erro culturalmente condicionado: “não prospera a tese defensiva quanto ao erro de proibição quando o indígena apresenta razoável grau de instrução, conhece o vernáculo, já manteve relação de emprego, possuindo discernimento suficiente sobre os atos que praticou” (TJ-MS. Ap.

Crim. nº 2009.001001-5, Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia, Data de Julgamento: 31/03/2009, 1ª Turma Criminal).

Outrossim, é muito comum verificar decisões que condicionam a (in)imputabilidade penal do índio conforme o maior ou o menor contato deste com a sociedade dominante, dispensando-se o estudo antropológico, o que é lamentável por duas razões. A uma porque o índio não deve ser tratado como detentor de desenvolvimento mental incompleto pelo fato de pertencer a uma cultura diferente da maioria. A outra porque se há dúvidas quanto à higidez mental daquele, deve ser instaurado o pertinente incidente de insanidade mental e o indígena deve ser submetido ao adequado exame médico, e não à análise antropológica, esta última destinada a traduzir culturalmente a conduta praticada.

No específico, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que se há prova inequívoca de estar “o índio completamente integrado na civilização, sendo eleitor, habilitado para dirigir veículo, operador em instituição financeira, pode o Juiz prescindir do laudo antropológico para aferir a imputabilidade penal” (STJ - HC: 9403 PA 1999/0040887-0, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Data de Julgamento: 16/09/1999, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 18.10.1999 p. 242JBC vol. 46 p. 158JSTJ vol. 11 p. 354REVFOR vol. 352 p. 445RT vol. 773 p. 539).

Com efeito, é latente que a jurisprudência brasileira ainda se encontra presa aos retrógrados e não recepcionados conceitos constantes do Estatuto do Índio acerca da integração dos indígenas, pautando-se, como observado por Dotti (2010), em graus de adaptação do índio à maioria, criando-se uma espécie de fórmula para aferir a responsabilidade penal ou não do índio que tenha cometido crime de acordo com algumas circunstâncias, tais como alfabetização, relacionamento ou não com os demais membros da comunidade e compatibilidade maior, menor ou inexistente com os usos, hábitos e costumes da cidade onde vive.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático e Plural inaugurado a partir da Constituição da República de 1988 exige que todas as normas infraconstitucionais, especialmente aquelas de cunho penal, que se destinam a tutelar os bens

jurídicos mais importantes para a vida em sociedade, sejam interpretadas com o prestígio à diversidade cultural dos povos indígenas e pleno abandono da política integracionista.

É nesse sentido que, ante a ausência de previsão no Código Penal Brasileiro acerca da responsabilidade criminal do índio é inconcebível que o intérprete se valha de conceitos claramente não recepcionados pela atual Carta Política para aferir a culpabilidade daquele.

O fato de o indígena possuir título de eleitor, carteira de habilitação, falar a língua portuguesa, não retira a sua identidade de índio. A cultura indígena, assim como qualquer outra, é dinâmica e mutável, cabendo aos integrantes do grupo, por força do princípio da autodeterminação dos povos, definir suas próprias formas de organização. O que torna o índio como tal, assim como os outros povos tradicionais, é ser culturalmente diferenciado e assim se reconhecer.

É nesse ponto que é totalmente descabido falar em “índio integrado à comunhão nacional”, e aplicar-lhe o Direito Penal sem atentar-se às peculiaridades do caso. Diante da ótica do multiculturalismo não há cultura certa ou errada, melhor ou pior, há apenas diferenças entre elas que exigem ser respeitadas e mantidas. Do contrário, se estaria pressupondo uma superioridade da cultura da sociedade não indígena para com esta última, sob uma velada tendência de homogeneização social.

Do mesmo modo, a diferença sociocultural jamais pode servir para aferir se o índio é (in)imputável, já que a inimputabilidade, quando ocorre, dá-se pelas mesmas circunstâncias que as de todos os outros nacionais (art. 26, do Código Penal), assim como essa diversidade também não pode servir para criminalizar condutas praticadas como nítida expressão cultural, ante, frise-se, o amparo constitucional conferido à questão.

O que se deve analisar quando da aplicação da lei penal, no caso concreto, é se o indígena poderia compreender o real caráter antijurídico, segundo o Direito, da conduta típica por ele perpetrada, quando esta mesma conduta também se revela como manifestação cultural da comunidade a que pertence. Deve-se analisar, pois, se houve a incidência do que se denomina

erro culturalmente condicionado, retirando do indígena a compreensão do caráter proibitivo, já que para ele a conduta era socialmente tolerada, permitida ou exigida.

Desse modo, caso haja condicionamento cultural na prática da ação ou omissão formalmente típicas, o que somente poderá ser constatado por estudo antropológico, certo é que o índio não poderá ser responsabilizado penalmente pelo fato, já que excluída a reprovabilidade jurídico-penal sobre este e, portanto, a própria culpabilidade.

Os juízes e tribunais brasileiros precisam atentar urgentemente para a questão, abandonando a arraigada visão etnocêntrica e preconceituosa que rodeia a temática e conferir tratamento jurídico-penal aos indígenas condizentes com os preceitos constitucionais em vigor. Não se pode olvidar, no caso concreto, que se um indivíduo (indígena ou não) praticar fato antijurídico, mas sem a consciência da ilicitude, por estar a conduta inserida no contexto cultural a que pertencer, terá ele agido em verdadeiro erro de proibição.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal**. *Ir*. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. *Ir*. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9403/PA. Quinta Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em 16.09.1999. Publicado em DJ 18.10.1999. p. 242.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1129637. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em: 15/08/2013. Publicado em DJ 28.08.2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal nº 2009.001001-5. Primeira Turma Criminal. Relator Des. João Carlos Brandes Garcia. Julgado em 31/03/2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120. v. 1; 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que institui novo Código de Processo Penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 55-66, jul./set. 2009.

DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena – Hipóteses de responsabilidade e de exclusão. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010, p.49-79.

PASCHOAL, Janaína Conceição. O índio, a inimputabilidade e o preconceito. *In*: VILLARES, Luiz Fernando (coord.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010, p.81-91.

PEREIRA, Deborah Macedo D. de Brito. A Convenção 169 da OIT e o Direito à consulta prévia, livre e informada. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**. V.1, n.1, p.51-72, 2014.

_____. **O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade**. MPF, 2006. Disp. em: . Acesso em: 10 dez 2014.

_____. O estado pluriétnico. *In*: **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Laced, 2002. p. 41-47.

RODRIGUES, Priscilla Cardoso; BERRO, Maria Priscila Soares. A autodeterminação como mecanismo de realização dos direitos culturais: uma análise da responsabilidade penal do indígena à luz do direito brasileiro. *In* LEISTER, Margareth Anne; MORAIS, Fausto Santos

de; SILVA, Juvêncio Borges (coord). **Direitos fundamentais e democracia I**. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 36-65.

TEIXEIRA, R. G. Índios: A culpabilidade e o erro culturalmente condicionado. In: VITORELLI, E. (Org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.p. 189-216.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio: Lei nº 6.001/1973**. 2. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. V. 1. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOTAS:

[1] CIRINO, Carlos Alberto Marinho. Criminalização de práticas culturais indígenas: o caso Yanomami. In Krekeler, Birgit et al (Hrsg.) **Para quê serve o conhecimento se eu não posso dividi-lo? / Was nützt alles wissen, wenn man es nicht teilen kann?** Gedenkschrift für Erwin Heinrich Frank. Berlim: Ibero-Amerikanischen Institut Preußischer Kulturbesitz / Gebr. Mann Verlag, 2013. p. 313-339.

DELAÇÃO PREMIADA: ANÁLISE DO INSTITUTO SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

MARIANA ANTUNES VIEIRA: Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Sociais e Jurídicas Prof. Camillo Filho (ICF). Pós-graduanda em Direito Tributário pela UCAM.

RESUMO: As técnicas de elucidação da verdade em investigação criminal encontram grande espaço de discussão no cenário jurídico brasileiro. Entre elas, há imensa controvérsia sobre a utilização da delação premiada como efetiva prova ou simples meio de prova no processo penal. Assim, o presente estudo propõe-se a resolver as principais controvérsias sobre o tema, discorrendo, para tanto, sobre a origem, conceito, natureza jurídica, e histórico de utilização da delação premiada no direito brasileiro, com enfoque na análise de como esta técnica se manifesta no direito comparado.

Palavras-chave: Investigação Penal. Processo Penal. Provas. Direito Comparado. Delação Premiada.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada é uma técnica de investigação de infrações penais através da qual o Estado oferece benefícios para aqueles autores que confessarem e prestarem informações essenciais à rápida resolução do processo, atendendo aos princípios da celeridade e da economia processual e alçando as expectativas da sociedade na devida punição dos responsáveis pela prática do delito.

A delação premiada vem conquistando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, mas as legislações específicas que tratam sobre o tema não discorrem de forma suficiente, persistindo inúmeras dúvidas a respeito da aplicação do instituto, de seus benefícios, da possibilidade de retratação e principalmente sobre o seu procedimento.

O presente artigo se propõe a esclarecer as principais questões sobre a delação premiada enfatizando a sua previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, discutir-se-á em um primeiro momento sobre o que é delação premiada e quando ela surgiu, fazendo neste ponto uma verificação a respeito do direito comparado.

Em um segundo momento averiguar-se-á a natureza jurídica do instituto, observando se ele é prova em sí mesmo ou apenas um meio de obtenção de prova. Após isso, explorar-se-ão suas espécies, discorrendo sobre a diferença feita pela doutrina entre colaboração premiada e delação premiada.

Em um terceiro momento, explicar-se-ão todas as regras formais da delação premiada, dispendo sobre quem pode realizar a negociação do acordo, quais os seus requisitos, quais os efeitos que se produzirão com uma delação eficaz e como ocorrerá sua homologação pelo magistrado.

Finalmente, dispor-se-á sobre as leis específicas que trazem a possibilidade de se premiar aqueles acusados que auxiliam na persecução penal, prestando informações que possibilitem a descoberta de coautores e partícipes e localização de proveitos do crime, além de exibir alguns julgados dos tribunais superiores a respeito do tema.

2. HISTÓRICO DA DELAÇÃO PREMIADA

O instituto da delação premiada é bastante antigo, sendo presenciado no sistema anglo-saxão, do qual advém a expressão “Crown Witness”, ou “Testemunha da Coroa”, sendo também bastante utilizado nos Estados Unidos (*plea bargain*) e na Itália (*patteggiamento*).

Já no Direito Brasileiro, o instituto está presente desde as ordenações Filipinas (1603-1867), que em seu título VI definia o crime de “Lesão Magestade” (traição contra sua majestade, de violação da dignidade do soberano reinante ou contra o Estado), e no item 12 tratava da delação premiada. Vide na íntegra dispositivo acima mencionado:

E quanto ao que fizer conselho e condeferação (2)
contra o Rey, se logo sem spaço, e antes que per

outrem seja descoberto, elle o descobrir (3), merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho ou confederação.

E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stave de maneira para o não poder deixar de saber.

Percebe-se que as Ordenações Filipinas já previam a possibilidade de perdão judicial caso a confissão sobre realização do crime de "Lesá Magestade" fosse tempestiva. Caso feita em momento inadequado, quando o Rei já soubesse da prática do crime ou fosse inevitável a descoberta do mesmo, sob o delator iria incidir a pena referente ao crime.

Assim, a delação premiada passou a aparecer e ganhar força no contexto jurídico do Brasil ao longo do tempo, atuando em muitos movimentos populares, como por exemplo a Inconfidência Mineira (1789), em que um dos confidentes, Coronel Joaquim Silvério dos Reis, delatou seus companheiros do movimento com o intuito de obter o perdão de suas dívidas com a Fazenda Real.

Também, quando do golpe militar de 1964, foi utilizado reiteradamente o instituto da delação para descobrirem o nome daqueles que estavam contra o regime militar e quais eram seus planos contra o Estado.

No entanto, a atual delação premiada só foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição Federal de 1988, na lei dos crimes hediondos nº 8.072/90. Esta lei expressamente prevê a delação

premiada como causa de diminuição de pena em favor do autor e coautor ou participe no crime de quadrilha ou bando.

Depois desta primeira previsão legal, a delação passou a ser matéria de diversas leis. A título de exemplo, tem-se a lei do crime organizado nº 9.034/1995, lei de proteção à vítimas e testemunhas nº 9.807/1999, lei de lavagem de capitais nº 9.613/1998, lei de tóxicos nº 11.343/2006, lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo nº 8.137/1990, entre outras, que serão objeto de uma análise minuciosa no tópico 10 do presente artigo.

3. CONCEITO

A delação premiada conceitua-se como uma técnica de investigação que consiste na oferta de benefícios pelo Estado para aquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso.

Para Sanches (2014, p.72), a delação premiada:

Consiste na aplicação de diminuição da reprimenda ou na concessão do perdão judicial em favor de indiciado ou acusado, nas hipóteses em que por parte dele haja a efetiva colaboração no sentido de possibilitar a ampla e efetiva apuração de fatos criminosos praticados em grupo.

Já Aranha (1996, p.97) traz o seguinte conceito:

A delação, ou chamamento de corréu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa.

Embora muitos autores utilizem a expressão colaboração premiada como sinônimo de delação premiada, não se pode dizer que elas são a mesma coisa. Isso porque, a primeira é algo bem mais amplo do que a

segunda, de modo que se adota a ideia de que colaboração premiada é gênero, do qual delação premiada é espécie.

Tal afirmação se confirma pelo fato de que na colaboração premiada, o acusado, no curso da persecução penal, pode assumir a culpa, sem ter que indicar terceiros como coautores ou partícipes, bastando disponibilizar alguma informação que seja útil e eficaz para a investigação, como a localização dos proveitos do crime.

Já na delação premiada, é necessária a confissão da autoria por meio do delator além da indicação de outros envolvidos, ou seja, além da assunção de culpa, deve também delatar outras pessoas envolvidas no crime.

O Estado utiliza a delação premiada como uma forma de premiar aquele que colabora com a investigação criminal, de modo a indicar terceiros envolvidos com o delito, o local onde se encontra o proveito da prática criminosa, os planos para futura atuação do grupo, entre outras informações úteis ao processo.

Assim, a colaboração premiada e suas espécies, apesar de serem instiutos muito semelhantes à confissão do acusado, com ela não podem ser confundidas. Nesse contexto, Brasileiro (2015, p.728) afirma:

De se notar que uma simples confissão não se confunde com a colaboração premiada. O agente fará jus aos prêmios previstos nos dispositivos legais que tratam da colaboração premiada apenas quando admitir sua participação no delito e fornecer informações objetivamente eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não tinham conhecimento prévio, permitindo, a depender do caso concreto, a identificação dos demais coautores, a localização do produto do crime, a descoberta de toda a trama delituosa ou a facilitação da libertação do sequestrado. Por conseguinte, se o acusado se limitar a confessar fatos já conhecidos, reforçando as provas preexistentes,

fará jus tão somente à atenuante da confissão prevista no art. 65, I, alínea "d", do Código Penal. Nesse contexto, como se pronunciou o STJ, "apesar de o acusado haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa, incriminando seus comparsas, não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pois a materialidade, as autorias e o desmante lamento do grupo criminoso se deram, principalmente, pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.

Assim, é necessário observar no caso concreto se as informações prestadas pelo delator possibilitam a descoberta de fatos novos, que não seriam descobertos sem a sua colaboração, ou se os fatos já eram conhecidos ou de fácil conhecimento com a simples instrução processual. No primeiro caso, configure-se a delação premiada. Já no segundo, tal colaboração não passará de uma simples confissão do acusado, não lhe cabendo a concessão dos benefícios da delação premiada.

Brasileiro (2015, p.729) disciplina ainda que:

De todo modo, como a confissão funciona como circunstância atenuante (CP, art. 65,1, "d"), incidindo, pois, na segunda fase de aplicação da pena, ao passo que a colaboração premiada confere ao agente, em algumas hipóteses, uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase (CP, art. 68), há precedentes do STJ no sentido de que a aplicação simultânea desses benefícios legais é perfeitamente compatível, porquanto dotados de natureza distinta.

Logo, percebe-se que nada impede que os efeitos da confissão sejam aplicados juntamente com os benefícios da delação premiada. No entanto,

apesar de haver jurisprudência favoravelmente a esta tese, tal ideia não é pacífica nos Tribunais Superiores.

A delação premiada como instituto que instiga a indicação de comparsas passa a ser muito criticada pela doutrina brasileira, uma vez que é vista por muitos como um estímulo a uma conduta traidora, além de não possuir uma uniformidade em seu regramento, não podendo tal instituto ser utilizado pelo legislador na busca de solucionar os conflitos.

Sobre a ausência de um regramento próprio sobre a delação premiada, Damásio de Jesus (2005, p.16) alega que:

A falta de harmonia em seu regramento, ademais, pode gerar alguma dificuldade na sua aplicação. Questões como a incidência do benefício quando a “delação” é sugerida por autoridades públicas, a viabilidade de sua aplicação em sede de revisão criminal, entre outras, mereceriam um tratamento exposto em nosso Direito Positivo. Esses obstáculos poderiam ser ultrapassados mediante a elaboração de uma legislação específica, de modo a evitar discrepâncias normativas e suprir possíveis lacunas acerca do tema.

É exatamente por essa falta de legislação específica para a delação premiada que a mesma passa a ser utilizada muitas vezes sem a observância do devido processo penal, realizando-se práticas que visivelmente afrontam diretamente os princípios da indisponibilidade da ação penal, do contraditório e ampla defesa, da moralidade pública e da procriação das provas.

Desta forma, esta técnica continua a ser vista como uma forma útil de colaboração pela qual o Estado procura beneficiar aqueles acusados que prestam informações indispensáveis para a investigação criminal e responsabilização dos envolvidos, facilitando a persecução penal de crimes complexos.

Nesse sentido, Sanches (2014, p.74) afirma que “a delação premiada serve principalmente para o desbaratamento de organizações criminosas, diante de seu hodierno crescimento extraordinário e da forma de atuação que as caracteriza”, confirmando a utilidade da delação premiada para a apuração de fatos criminosos praticados em grupo.

4. DIREITO COMPARADO

O instituto da delação premiada não foi introduzido pelo Brasil no ordenamento jurídico mundial. Ele tem como raízes o Direito Europeu, tendo adentrado com bastante destaque também no ordenamento jurídico Norte Americano, onde foi consagrada a delação premiada na contemporaneidade.

4.1. A DELAÇÃO PREMIADA NOS PAÍSES EUROPEUS

4.1.1. Delação premiada na Espanha

A delação premiada foi introduzida no ordenamento jurídico Espanhol em 1988 com o advento da Lei Orgânica nº 3. Nesta lei, o instituto era utilizado apenas para combater o crime de terrorismo, sendo posteriormente ampliado para os crimes de tráfico de drogas, pelo Código Penal de 1995.

Com este código, para que a delação ocorresse de forma válida, passou-se a exigir inúmeros requisitos, como o abandono voluntário das atividades criminosas, a apresentação de comparsas às autoridades, a confissão, a colaboração efetiva, entre outros, o que acabou por dificultar a sua realização. Com o advento da Lei Orgânica nº 2003 um dos requisitos da delação premiada foi suprimido, passando a não mais ser exigido a confissão dos fatos, sendo, neste ponto, mais branda.

O instituto da delação premiada não tem norma disciplinadora no ordenamento jurídico espanhol, o que leva-o a ser bastante assistemático, tendo como objetivo o combate dos crimes em grupo, apresentando uma ligação muito estrita com o arrependimento do réu colaborador.

4.1.2. A delação premiada na Itália

O instituto em análise foi introduzido no Direito Italiano em 1974, com o advento da Lei nº 497, que visava o combate das Máfias Italianas. Após essa lei introdutória, em 1979 surgiu a Lei nº 625, alterada posteriormente em 1980, pela Lei nº 15, que visavam combater o terrorismo ou aversão da ordem democrática.

Nesta lei, o colaborador recebia benefícios pela delação eficaz, à ele deixando de ser aplicada prisão perpétua, tendo sua pena reduzida de um terço até a metade, além de outros benefícios.

No entanto, a delação moderna começou a existir com a Lei “Rognoni-La Torre”, em 1982, e em 1986 ocorreu a primeira delação premiada, que permitiu encontrar alguns chefes da mafia Italiana.

Assim, por atingir grandes mafiosos, a delação premiada passou a atingir negativamente o delator, agravando conflitos já existentes dentro das Máfias. Então, diante deste perigo a qual estava sujeito o delator, passaram a discutir a respeito da delação e de seus possíveis benefícios, sendo criado o Decreto-Lei nº 8 de 1991, convertido com modificação na Lei nº 82 de 1991, que trata sobre a proteção dos colaboradores e testemunhas do processo.

Constata-se que na Itália a delação é aplicada exclusivamente ao combate da Máfia Italiana, objetivando a concessão de benefícios em troca de informações essenciais à persecução criminal, além da proteção do colaborador e, obviamente, da sociedade como um todo.

4.1.3. A delação premiada nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a delação premiada é conhecida como “Plea Bargaining”, que consiste na possibilidade do Ministério Público negociar a pena do acordo, não havendo a possibilidade de absolvição do colaborador, remetendo tal acordo ao juiz, a quem é reservado apenas a possibilidade de homologá-lo.

Depois de realizada a instrução processual, mas antes de submeter o acusado ao julgamento, pode ser dada a oportunidade do réu confessar a prática do crime e delatar os seus companheiros. Uma vez optando por

realizar essa delação, o Estado poderá conceder a redução da pena do colaborador.

Dessa forma, a delação premiada passou a ser utilizada em um grande número de processos, sendo bastante aceita pelos americanos, já que permite a celeridade processual e a rápida solução dos conflitos, evitando complicações e prolongamentos indesejáveis.

5. NATUREZA JURÍDICA DA DELAÇÃO PREMIADA

A natureza jurídica de um instituto consiste na afinidade que ele tem em vários pontos com uma grande categoria jurídica, podendo ser incluído nela à título de classificação, ou seja, para se determinar a natureza jurídica da delação premiada, é necessário determinar a sua essência, passando a classificá-lo como uma das figuras existentes no Direito brasileiro.

O acordo da delação premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, que quando exitoso, possibilita a coleta de provas. Logo, apesar de alguns doutrinadores afirmarem que a delação premiada é um meio de prova, ela não constitui um meio de prova propriamente dito, sendo, na verdade, um meio de obtenção de prova.

Nesse context, Brasileiro (2015,p.746) observa que:

A colaboração premiada funciona como importante técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova. Por força dela, o investigado (ou acusado) presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova. Por exemplo, se o acusado resolve colaborar com as investigações em um crime de lavagem de capitais, contribuindo para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, e se essas informações efetivamente levam à apreensão ou sequestro de tais bens, a colaboração terá funcionado como meio de obtenção de prova, e a apreensão como meio de prova.

Tal posicionamento é confirmado pela lei 12.850/2013, que em seu capítulo II (da investigação e dos meios de obtenção da prova), art.3º, I, dispõe que em qualquer fase da persecução penal, será permitido vários meios de obtenção de prova, entre eles a colaboração premiada.

Isto posto, pela análise literal da lei e pela doutrina majoritária, adota-se o posicionamento de que a delação premiada não configura uma prova em si mesmo, tendo a natureza jurídica de um meio de obtenção de prova.

6. ESPÉCIES DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Como já disposto anteriormente, a colaboração premiada é gênero, tendo divergência doutrinária de quais seriam as suas espécies. Brasileiro *apud* Aras (2015, p.731) afirma a existência de quatro subespécies de colaboração premiada, sendo elas:

a) delação premiada (chamamento de corrêu): além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador;

b) colaboração para libertação: o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação;

c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;

d) colaboração preventiva: o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

No entanto, percebe-se que a classificação acima nada mais é do que uma subdivisão da delação premiada, uma vez que nesta, o colaborador além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, podendo também indicar o lugar onde está mantida a vítima, onde podem ser localizados os proveitos do delito, impedindo assim a continuidade delitiva. Então, no presente trabalho, adota-se a classificação da colaboração premiada como gênero, da qual suas espécies são delação premiada e acordo de leniência.

Sobre o conceito de delação premiada, não paira nenhuma dúvida, visto que o mesmo já foi amplamente exposto em tópico anterior. No entanto, vale discorrer a respeito do acordo de leniência. Segundo Camargo (2004):

O acordo de leniência, fruto da experiência norte americana, é o ajuste que permite ao infrator participar da investigação, com o fim de prevenir ou reparar dano de interesse coletivo. Alias, os Estados Unidos é o berço da cultura do livre comercio e da livre concorrência, tendo a lei Sherman, em 1890, proibido qualquer restrição ao comercio americano.

Este instituto é o acordo celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) e pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, que permite ao infrator colaborar nas investigações no próprio processo administrativo e apresentar provas inéditas e suficientes para a condenação dos demais envolvidos na suposta infração.

Em razão da colaboração, o agente tem os benefícios de extinção da ação punitiva pela administração pública, ou redução da penalidade imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ou seja, o acordo de leniência está inserido em um contexto de crimes econômicos, com o intuito de preservar a concorrência nas relações econômicas.

Assim, quando se tratar de crime contra a ordem econômica e houver um acordo celebrado em que participam a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a pessoa física ou jurídica autora da infração, tratar-se-á de acordo de leniência.

Fica, então, evidente a diferença entre o gênero colaboração premiada e suas espécies, delação premiada e acordo de leniência, sendo feita esta subdivisão apenas para efeitos didáticos, uma vez que muitos doutrinadores preferem utilizar o termo colaboração premiada para se referir tanto ao gênero quanto às suas espécies.

7. PROCEDIMENTO

Para que a delação premiada possa produzir efeitos válidos, ela deve seguir um procedimento pré-estabelecido na lei 12.850/2013. Discutir-se-á a respeito de todas as fases desse procedimento.

Inicialmente, o investigado, assistido por seu advogado, negocia o acordo de delação premiada com o Delegado de Polícia ou com o Ministério Público, não ocorrendo a participação do juiz nesta etapa de negociação do acordo. Os §§2º e 6º, do art.4º da lei 12.850/2013, disciplinam tal matéria da seguinte forma:

§2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art.28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Percebe-se, então, que o acordo de delação premiada pode ser feito entre o Ministério Público e o investigado ou entre o delegado de polícia e o investigado, sendo necessária, nesta hipótese, a manifestação do Ministério Público sobre o acordo firmado. Em ambas as situações, é imprescindível que o investigado ou acusado esteja acompanhado de seu defensor.

Neste ponto, o legislador tentou garantir ao investigado/acusado a possibilidade de realização de sua ampla defesa, colocando como requisito procedimental a presença do seu defensor a fim de prestar um auxílio na elaboração do acordo de delação premiada.

A não participação do magistrado nesta fase de negociações é uma forma de preservar a sua imparcialidade, pois caso ele interagisse nas negociações, haveria uma grave violação ao sistema acusatório.

Isto porque, as informações prestadas pelo colaborador poderiam levar o juiz a fazer concepções a respeito do próprio delator e de seus comparsas, e caso a negociação não resultasse no acordo de delação premiada, a confissão do delator já seria suficiente para fazer o juiz formar sua opinião sobre o caso.

Isto posto, uma vez concluídas as negociações, sendo exitosas, as declarações do colaborador serão registradas, em meio escrito ou audiovisual, e será elaborado um termo de acordo de colaboração premiada, que deve ser assinado por todas as partes e remetido ao juiz para a homologação. De acordo com o disposto no art.4º, §7º da lei 12.850/2013:

§7º Realizado o acordo na forma do art.6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz, para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Apesar do exposto nos §§2º, 6º e 7º do artigo supramencionado, discute-se a respeito da real possibilidade do delegado de polícia negociar e

assinar o acordo de colaboração, com o colaborador e seu defensor, enviando o termo para ser homologado pelo magistrado.

Ao realizar uma análise literal desses parágrafos, pode-se entender que, se o acordo fosse feito durante o inquérito policial, a autoridade policial teria legitimidade para celebrá-lo, sendo necessária apenas uma manifestação do Ministério Público. No entanto, a doutrina majoritária diverge deste entendimento, se posicionando no sentido de que a legitimidade para celebrar o acordo de delação premiada é exclusiva do Ministério Público, podendo o delegado de polícia sugerir o acordo, mas quem efetivamente vai decidir sobre a sua celebração e em quais condições será feito é o membro do órgão ministerial.

Os doutrinadores argumentam que apesar de o acordo precisar ser homologado pelo juiz, o delegado de polícia não tem capacidade postulatória para peticionar em juízo o requerimento de homologação. Além disso, a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, logo, somente ele pode decidir sobre a viabilidade da persecução penal.

Independentemente da posição doutrinária, do ponto de vista legal, uma vez previsto na lei a possibilidade de negociação e assinatura do acordo pelo delegado de polícia, não há nada que impeça que o mesmo seja, e o é, feito. Além disso, é importante ressaltar que o acordo de delação premiada deve obedecer à alguns requisitos formais, que serão analisados pelo juiz, antes da homologação. O art.6º da lei 12.850/2013 estipula os seguintes requisitos:

Art.6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I- o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II- as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III- a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV- as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V- as especificações das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Assim, além de obedecer aos requisitos acima expostos, a proposta deve especificar o benefício que poderá ser concedido ao delator. Mas, mesmo se todos os requisitos formais forem atendidos, segundo o exposto no art.4º, §8º da mesma lei "o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto", ou seja, o magistrado não fica vinculado aos termos da proposta formulada.

Então, para analisar o acordo, o juiz deve examinar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, ou seja, se os aspectos formais e procedimentais foram atendidos, se o acordo ofende dispositivos legais, e se o investigado ou acusado não foi coagido a assinar o acordo.

Desta forma, o juiz deverá se ater ao exame destes aspectos, não podendo assumir uma postura discricionária, adentrando à análise de conveniência e oportunidade da delação premiada, pois isso não é de sua competência.

Ademais, é importante observar que o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, exatamente para evitar que o delator possa ser identificado, o que poderia causar prejuízos irremediáveis tanto para a sua integridade física quanto para todo o processo investigativo do crime delatado. Vide o exposto no art.7º da lei 12.850/2013:

Art.7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art.5º.

Caso o juiz recuse a homologação do acordo, surge a dúvida a respeito de qual seria o recurso cabível. Isso porque, a lei nada prevê sobre o assunto, mas para resolver esse silêncio legal, a doutrina afirma que cabe, por analogia, recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, I, do Código de Processo Penal.

Assim, se não houver a recusa, após a homologação do acordo, se as informações prestadas pelo delator forem suficientes para obter os requisitos do art.4º e incisos, deverá ser aplicado o benefício penal ao colaborador. Estes requisitos são:

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

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

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

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

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

Mas, se for necessária a realização de medidas de colaboração, o §3º do mesmo artigo prevê que o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, sendo suspensos os prazos prescricionais.

Desta forma, mesmo depois de homologado o acordo, o delator poderá ser ouvido pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pela investigação, desde que sempre esteja acompanhado de seu advogado.

Se após todas as diligências for constatada a relevância da colaboração prestada, o órgão ministerial, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito, com a devida manifestação do MP, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao delator. Porém, se o juiz discordar deste pedido, poderá invocar o procedimento do art. 28 do CPP, remetendo a manifestação do membro do Ministério Público ao Procurador Geral de Justiça.

Por fim, após todas essas fases procedimentais, o juiz irá proferir uma sentença, que irá apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia, não sendo permitido proferir nenhuma sentença condenatória com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

8. EFEITOS

Conforme mencionado anteriormente, caso a delação premiada seja efetiva, resultando em um dos fins previstos na lei 12.850/2013, aplica-se ao colaborador os benefícios da delação premiada.

De acordo com o disposto nesta lei, o juiz poderá, a requerimento das partes (pois como já explicado, o acordo deve explicitar qual benefício deve ser aplicado ao caso), conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

Para a concessão de qualquer dos benefícios deverá ser observada a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Ou seja, os benefícios não serão concedidos aleatoriamente, devendo ser proporcionais à influência que a informação prestada teve na persecução penal.

Como efeito da delação, a lei 12.850/2013, em seu art.4º, §4º prevê a possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia nas hipóteses em que o colaborador não for líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

É importante frisar que esta possibilidade é extremamente criticada pela doutrina, que acredita ser uma afronta direta ao princípio da indisponibilidade da ação penal, ou seja, se o Ministério Público tem o poder-dever (e não apenas poder) de propor a ação penal pública incondicionada, não pode ficar ao seu critério dispor desta ação, já que isto vai contra o interesse da sociedade na completa elucidação do fato criminoso.

É importante observar que a delação premiada pode ocorrer na fase de inquérito policial, de investigação pelo Ministério Público, no curso da ação penal ou até mesmo após ela. Dessa forma, os benefícios que podem resultar da delação premiada vão depender também do momento em que a mesma é realizada.

É também efeito da delação premiada a proteção do colaborador e da sua família, quando isto se fizer necessário. Tal proteção serve como estímulo à realização da colaboração, visto que, por estar em um contexto de crimes organizados e complexos, a possibilidade do delator sofrer represália pelos seus comparsas.

9. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO

Questão bastante discutida é a respeito da possibilidade de retratação da delação premiada. O art.4º, §10 da lei 12.850/2013 admite a possibilidade de retratação, mesmo a proposta já tendo sido aceita. Entretanto, caso ocorra a retratação, o mencionado artigo ainda assegura que as provas autoincriminatórias produzidas pelo delator não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Mesmo com a possibilidade de retratação, não se pode esquecer que o acordo de delação premiada vai ser realizado por meio de recursos de gravação, sendo reduzido a termo. Então, uma vez a retratação sendo realizada, as informações prestadas já serão conhecidas pelo autor da ação penal e provavelmente também pelo juiz.

Logo, apesar de ocorrer a retratação, é possível que o juiz já tenha formado sua opinião a respeito do delator, o que pode influenciar negativamente no desenvolver do processo, sendo este um ponto bastante negativo da técnica em questão.

10. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

O instituto da delação premiada é expressamente previsto em inúmeras leis do ordenamento jurídico brasileiro, entre elas a lei do crime organizado, lei dos crimes hediondos, lei de proteção à vítimas e testemunhas, lei de tóxicos, lei dos crimes contra o sistema financeiro, entre outras. Passa-se a analisar cada uma dessas leis.

10.1. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS- LEI Nº 8.072/1990

O art.8º, §10 da lei dos crimes hediondos prevê que o participante ou associado que delatar à autoridade quadrilha ou bando, constituídos para a prática de crimes hediondos e assemelhados, possibilitando que sejam desmantelados, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Assim, ocorrendo uma delação eficaz que possibilite a dissolução da quadrilha ou do bando, a aplicação da redução da pena é obrigatória e fica

restrita a estes crimes, não podendo ser aplicada aos outros crimes praticados pelo grupo.

10.2. LEI DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E RELAÇÕES DE CONSUMO- LEI Nº 8.137/1990

Esta lei, em seu art.16, §único traz a regra de redução de pena de um a dois terços para a confissão espontânea daquele autor de qualquer um dos crimes nela prevista, que forem cometidos em quadrilha ou coautoria, desde que revele à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Observa-se que a Lei nº 12.529/2011, que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor, prevendo o acordo de leniência, traz o benefício do perdão judicial para aquele que identificar os demais envolvidos na infração e permitir a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Isto posto, este benefício é aplicada aos crimes contra a ordem econômica da lei 8.137/90 e aos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel.

10.3. LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS- LEI Nº 9.613/1998

Em se tratando de crimes de lavagem de dinheiro, o art.1, §5º da lei 9.613/1998 afirma que aquele que figura como delator, prestando informações espontâneas e eficazes, a qualquer tempo, pode ser beneficiado pela redução de pena de um a dois terços, que sera cumprida em regime inicial aberto, pelo perdão judicial e também pela substituição da pena privative por restritiva de direitos.

Ponto importante a ser frisado é que a lei exige para tanto a espontaneidade e não apenas a voluntariedade na realização do acordo, desta forma, a iniciativa deve partir exclusivamente do colaborador, sem ter nenhum tipo de interferência.

Neste sentido, Sanches (2014, p.78) afirma que "a finalidade da delação, neste caso, também é mista, pois que se busca a apuração das infrações penais e de sua autoria ou a localização dos bens, direitos ou valores, objeto do crime". Isto posto, em uma análise literal do art.1º, §5º da lei agora

analisada, percebe-se que o benefício de redução da pena pode ser aplicado mesmo se não ocorrer a indicação de coautores do crime.

10.4. LEI DA PROTEÇÃO À VÍTIMA E TESTEMUNHAS- LEI Nº 9.807/1999

Os arts. 13 e 14 da lei de proteção à vítima e testemunhas prevê duas modalidades distintas de delação premiada. O primeiro artigo expõe que:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Este artigo permite a concessão do perdão judicial para aquele que se adequa aos requisitos exigidos pela lei, ou seja, aquele primário que voluntariamente contribui para o alcance de qualquer dos resultados expostos no artigo acima transcrito, não precisando haver cumulatividade. Neste sentido, não há a necessidade de espontaneidade, bastando que o delator não tenha prestado informações mediante coação, ou seja, que as prestou de forma voluntária. Noutro ponto, o segundo artigo afirma que:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Ou seja, se o colaborador não se enquadrar nos requisitos do art.13, ainda poderá ter a sua pena reduzida de um a dois terços, de acordo com o exposto no art.14, bastando que a sua colaboração tenha ocorrido de forma voluntária.

10.5. LEI DE TÓXICOS- LEI Nº 11.343/2006

A lei das drogas traz o instituto da delação premiada com o efeito de diminuição da pena de um a dois terços, quando o investigado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal, resultando na identificação dos coautores ou partícipes no crime e na recuperação total ou parcial do produto da infração.

Assim, para que ocorra a delação, o ato deve ser eficaz e voluntário (não sendo exigida a espontaneidade) devendo haver a obtenção cumulativa dos resultados, ou seja, deve haver a identificação de coautores ou partícipes, além de ter a recuperação total ou parcial do produto da infração.

Sobre a identificação dos coautores ou partícipes, Távora (2014, p.446) explica que:

Basta que os demais coautores ou partícipes sejam identificados (a captura não foi exigida). Se o delator indica o nome de todos aqueles de que tem conhecimento, e descobre-se depois que outras pessoas estavam envolvidas sem que ele soubesse, como, por exemplo, o grande narcotraficante responsável pela droga que atuava na clandestinidade,

entendemos que ainda assim o benefício tem cabimento.

Logo, neste ponto a omissão da lei de drogas em disciplinar qual o tipo de informação prestada a respeito dos coautores e partícipes permitiu que a delação fosse aplicada a um número maior de casos.

10.6. CÓDIGO PENAL- ART.159, §4º

Neste artigo o Código Penal discorre sobre o crime de extorsão mediante sequestro, prevendo que uma vez havendo concurso de infratores, o concorrente que venha a delatar os seus comparsas à autoridade, possibilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Observa-se que o legislador nada falou a respeito de voluntariedade ou espontaneidade, de modo que elas não configuram requisitos essenciais para a realização desta hipótese de delação premiada. Além disso, o legislador utilizou o verbo “terá”, o que tornou obrigatória a diminuição da pena quando a colaboração resultar na libertação do sequestrado. Até porque, a delação ineficaz pode servir apenas como atenuante genérica.

10.7. LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS- LEI Nº 12.850

A lei das organizações criminosas, que já foi objeto de uma minuciosa análise no tópico 7 do presente artigo, discorre sobre a delação premiada e seus benefícios, determinando todo o seu procedimento e regras formais.

Esta lei determina que a delação deve ocorrer de forma voluntária (não sendo exigida a espontaneidade) e eficaz, ou seja, que possibilite a identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas por eles, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização, a prevenção de infrações penais delatadas, a recuperação total ou parcial do produto do crime e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Isto posto, não se pode esquecer que esta lei expressamente determina como essencial para a aplicação dos benefícios da delação apenas um dos resultados acima citados, não sendo necessário a cumulatividade.

11. REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

Os tribunais superiores já se manifestaram inúmeras vezes sobre o instituto da delação premiada, decidindo sobre aspectos como a diferença entre delação e confissão, necessidade de homologação judicial do acordo, incidência dos benefícios e até mesmo sobre os efeitos da retratação.

Neste contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, já se posicionou a respeito da aplicação da delação premiada da seguinte forma:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. NÃO APREENSÃO DE APETRECHOS OU DINHEIRO INDICADORES DA MERCÂNCIA ILÍCITA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ALMEJADA APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA ÍNSITA NO ART. 14 DA LEI 9.807/99. IMPOSSIBILIDADE. COLABORAÇÃO NÃO VOLUNTÁRIA E INSUFICIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Não se tem como negar que o conjunto probatório contido nos autos apresenta-se suficiente para imputar ao apelante a autoria do crime em tela, pois os contundentes depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante retratam, sem nenhuma dúvida, sua conduta, caracterizada pelo comércio de entorpecentes. 2. Também não procede sua afirmação de que não foi visto traficando a droga, bem como com ele não foram apreendidos quaisquer apetrechos ou dinheiro que comprovem a mercância ilícita, pois é cediço que o delito de tráfico se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo lá contidos, por se tratar de

crime de perigo abstrato e de caráter permanente, bastando para sua configuração tão somente o dolo genérico, com animus de traficar, de modo que o fato de adquirir, guardar, ter em depósito ou mesmo trazer consigo substância entorpecente ou qualquer outra que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito. 3. **Não há que se falar na aplicação da delação premiada, ínsita no art. 14 da Lei nº 9.807/99, pois, do exame dos autos, vê-se que as informações acerca do cometimento do crime em tela foram obtidas através de denúncia anônima feita ao disque-denúncia da polícia.** Ao abrir a porta de sua residência para os policiais, e após a revista no local e a descoberta da droga, o apelante, de fato, levou os agentes aos outros denunciados, mas o fez apenas para tentar livrar-se do flagrante delito. Ademais, por ocasião do inquérito policial, reservou-se ao direito de se manter em silêncio, e, já em Juízo, negou a autoria do delito, e disse apenas que a droga encontrada era de Railson e Izaque, os quais apenas pediram para dormir em sua casa, não sabendo se eles são traficantes. Assim, tem-se que sua colaboração, além de não ser espontânea e voluntária, não foi imprescindível para a investigação criminal e identificação dos demais denunciados. 5. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora (grifou-se). (TJ-PA - APL: 201430041644 PA, Relator: VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 24/06/2014, 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA, Data de Publicação: 27/06/2014).

No julgamento acima, o Tribunal entendeu por não aplicar os benefícios da delação premiada da lei nº 9.807/99 ao caso concreto, uma vez que as

informações prestadas pelo acusado já haviam sido obtidas através de uma denúncia anônima, ou seja, a delação não foi eficaz.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sobre a possibilidade de uma revisão criminal pelo Ministério Público em virtude da delação premiada realizada, decidiu que:

REVISÃO CRIMINAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL - DELAÇÃO PREMIADA - COLABORAÇÃO VOLUNTÁRIA DO BENEFICIÁRIO NA IDENTIFICAÇÃO DO PARTÍCIPE DO CRIME - LEI Nº 9.807/99 - PROVA NOVA SOBRE CIRCUNSTÂNCIA QUE AUTORIZA A REDUÇÃO DA PENA - ART. 621, III, DO CPP - REVISIONAL DEFERIDA. - Por força da interpretação dada ao art. 127, "caput", da Constituição Federal, o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar revisão criminal em favor do condenado. - O acusado que voluntariamente colabora na investigação para a identificação do coautor faz jus à redução da pena, conforme a regra do art. 14 da Lei 9.807/99. - Admite-se a ação revisional se, após a condenação, descobrirem-se circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena. (TJ-MG - RVCR: 10000150655025000 MG, Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 14/12/2015, Grupo de Câmaras Criminais / 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, Data de Publicação: 16/12/2015)

Percebe-se que o Tribunal admitiu a ação revisional após a condenação, pois o acusado voluntariamente colaborou com a investigação indicando um dos coautores. Assim, um vez preenchendo os requisitos da delação premiada (voluntária e eficaz), faz jus à aplicação do benefício, tendo sua pena reduzida.

O Tribunal Regional Federal da 4ª região também já se pronunciou sobre o tema em questão, analisando o efeito da homologação do acordo

na hipótese das informações não serem eficazes para a instrução processual. Vide o seguinte pronunciamento:

CORREIÇÃO PARCIAL. ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA. HOMOLOGAÇÃO. PRONUNCIAMENTO DE NATUREZA PRECÁRIA, PORQUANTO SUJEITO À VERIFICAÇÃO DA EFETIVIDADE E UTILIDADE DA COLABORAÇÃO. REVOGAÇÃO POSTERIOR. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE REPERCUTIR NA VALIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS SOB A ANTERIOR CHANCELA JUDICIAL. INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO FEITO. DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O instituto da delação premiada demanda a participação, efetiva e útil, do beneficiário na adequada composição da lide penal, mercê do contributo por ele prestado ao cabal esclarecimento dos fatos e da verdade, colaboração essa que terá seu valor devidamente examinado pelo juiz ao entregar a prestação jurisdicional. 2. Assim, ainda que haja prévia homologação judicial de acordo entre acusação e colaborador, a natureza precária de um pronunciamento nesse sentido desautoriza a ilação de que dele decorra um direito subjetivo aos pactuantes em verem aplicados pelo julgador os parâmetros definidos na composição, como que antecipando um juízo condenatório ao arrepio do devido processo legal. 3. Disso, no entanto, não decorre que o acordo seja um indiferente jurídico, ao contrário, a relevância do instituto reclama a percepção de parte do operador do Direito, que ele deve trazer ao colaborador alguma segurança na direção de que as autoridades públicas não se olvidarão de sua contribuição, bem assim à acusação de que as provas produzidas sob o manto da chancela judicial não terão sua validade infirmada. 4. Pedido de correção parcial deferido em parte, tão somente para que o acordo de delação premiada permaneça distribuído ao juízo a quo, ao qual

competirá o exame de seus termos no momento adequado, preservadas as cautelas necessárias à espécie.(TRF-4 - COR: 35047 PR 2009.04.00.035047-6, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 30/06/2010, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 13/07/2010)

Interessante esta opinião do Tribunal Regional Federal, visto que, segundo ele, mesmo ocorrendo a homologação de um acordo de colaboração, ainda assim o juiz pode deixar de aplicar os benefícios exigidos no acordo, quando as informações prestadas não forem mais úteis à persecução penal. Entretanto, mesmo não aplicando os benefícios exigidos, o juiz não poderá deixar de considerar o auxílio prestado pelo delator.

Dessa forma, percebe-se que a delação premiada é muito utilizada no processo penal brasileiro, e devido a falta de regulamentação extensa na legislação nacional a respeito deste instituto, ele é tema de inúmeros julgamentos dos tribunais superiores e de discussões doutrinárias.

12. CONCLUSÕES

Com o presente artigo foi possível discorrer de forma bastante sistemática do instituto da delação premiada, apresentando desde o seu contexto histórico até os mais recentes julgados dos Tribunais Superiores.

Primeiramente, ficou evidente que a colaboração prevista no ordenamento jurídico brasileiro tem suas raízes no ordenamento jurídico italiano e estadunidense, não sendo correto afirmar que a delação premiada é invenção do Brasil.

Ademais, esclareceu-se a grande diferença entre a delação premiada e a colaboração premiada, assim como entre elas e o acordo de leniência. Todavia, como qualquer outra classificação, a adotada pelo presente trabalho sobre as espécies de delação premiada tem natureza puramente doutrinária, não excluindo qualquer outra existente.

Após isso, explanou-se, minuciosamente, o procedimento para a realização de uma delação premiada válida, tomando por base o exposto na lei nº 12.850/2013, exatamente por ser a única legislação específica que trata sobre os aspectos formais da delação premiada. Este procedimento é bastante simples, podendo ser feito pelo Ministério Público ou delegado de polícia (com a manifestação do Ministério Público) e homologado pelo juiz, sendo sempre necessário que o acusado esteja acompanhado do seu defensor, sendo isto uma tentativa de observar o princípio da ampla defesa, e conseqüentemente, o do devido processo penal.

Citou-se ainda várias referências legislativas nacionais sobre o tema da delação premiada, enfatizando a diferença de cada uma delas e em qual hipóteses podem ocorrer, tendo como base sempre a conduta criminosa realizada e a observância de todos os requisitos previstos na lei para a realização efetiva do acordo.

Depois de tudo isso, explicou-se alguns julgados dos Tribunais Superiores sobre temas relacionados ao instituto da delação premiada, mostando quais as ideais centrais de cada um deles e a sua legalidade.

O presente artigo remata, finalmente, a ideia de que é preciso aprimorar a legislação brasileira que trata sobre o tema, pois as omissões aí presentes dificultam a aplicação e aceitação do instituto pela doutrina, que diverge a respeito da legalidade ou ilegalidade da delação premiada.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL, **Lei no 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>.

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

BRASIL. **Lei no 12.683 de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613/98, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em:.

BRASIL. **Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940; revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm >.

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: .

BRASIL. **Lei no 9.034/95**, de 03 de maio de 1995. Dispões sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:lei:1995-05-03;9034>.

BRASIL. **Lei no 9.613 de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em:.

BRASIL. **Lei no 9.807 de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: .

BRASIL. **Lei no 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em:

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <
[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm)>

CUNHA, Rogério Sanches. **Processo Penal II:** investigação preliminary, ação penal, ação civil ex delicto. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE CAMARGO, Marcelo Ferreira. O Acordo de Leniência no sistema jurídico brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/indez.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3963>. Acesso em abr 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio atual da delação premiada no direito brasileiro. Revista Prática Jurídica, a, IV, n.45, dez.2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal.** Niterói: Impetus, 2015.

A CURADORIA ESPECIAL NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

SILVIA PRIMILA GARCIA RASKOVISCH: Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: A partir da virada paradigmática promovida pela Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes e reafirmada pela Carta Magna, crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção e passam a sujeitos de direitos. Nesse contexto, insere-se, primordialmente, o papel da curadoria especial, a ser exercida, com exclusividade pela Defensoria Pública, no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Curadoria Especial; Defensoria Pública; Convenção dos Direitos das Crianças; Estatuto da Criança e do Adolescente;

1. INTRODUÇÃO

A partir da LC n 132/ 09, as atribuições de caráter coletivo foram ampliadas. Nesse sentido, a consolidação da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de demanda coletivas, a autorização legal para realizar a convocação de audiências públicas e para participar dos conselhos de direitos evidenciam que a atuação institucional da Defensoria Pública não mais se encontra limitada à defesa dos direitos subjetivos individuais das pessoas economicamente necessitadas.

Além disso, a atividade de difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico revela a preocupação do legislador em conferir à Defensoria Pública o papel de grande agência nacional de promoção da cidadania e dos direitos humanos. Nesse âmbito, inclui-se a função institucional atípica consubstanciada na curadoria especial. Objetiva-se, em última análise, a proteção de pessoas vulneráveis, independente da condição financeira.

São consideradas funções típicas aquelas exercidas com o objetivo de tutelar direitos dos hipossuficientes econômicos, tanto em âmbito judicial como extrajudicial. Por outro lado, serão atípicas aquelas que não se relacionarem com a deficitária condição econômica do sujeito. Nesses casos, o fator econômico é irrelevante para que a Defensoria Pública possa exercer suas funções, bastando apenas que a hipótese institucional esteja configurada.

Em sendo a dicotomia entre as funções institucionais típicas e atípicas resultado da interpretação do texto constitucional, o advento da emenda constitucional n 80/2014 traduz um novo marco de categorização, levando à conclusão de que as funções típicas não mais se referem unicamente à assistência jurídica integral e gratuita prestada aos economicamente necessitados. Tendo a Constituição passado a prever outras funções institucionais, no *caput* art. 134, devem elas ser também consideradas funções modernamente típicas.

Com isso, a promoção dos direitos humanos, a tutela coletiva e a garantia do regime democrático passam a integrar o rol de funções modernamente típicas, por derivarem diretamente do art. 134, *caput*, da CRFB.

Assim, as demais funções advindas da legislação orgânica que rege a Defensoria Pública e que não mantenham relação direta com a atuação prevista no *caput* do art. 134 da CRFB serão tratadas como funções modernamente típicas, a exemplo da curadoria especial e da atuação nos juizados especiais.

José Augusto Garcia ainda propõe a classificação das atribuições tradicionais ou tendencialmente individualistas, que se relacionam à hipossuficiência econômica. E não tradicionais ou tendencialmente solidaristas como aquelas que decorrem do solidarismo jurídico, a exemplo da curadoria especial, na esfera cível e a defesa de valores relevantes para o ordenamento jurídico.

Tratando-se, especificamente, da curadoria especial, impende consignar que na seara convencional, a Convenção dos Direitos da Criança, internalizada no ordenamento jurídico, através do Decreto n 99710/94, com

status de norma supralegal, compreende que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos. Tal perspectiva restou, igualmente, reafirmada no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme se observa dos trechos abaixo colacionados.

“Artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

“Art. 227 da Carta Magna. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [\(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010\).](#)”

“Art. 1º da Lei n 8069/90. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

Percebe-se, assim, que a doutrina da proteção integral surgiu em substituição ao modelo da situação irregular, que era fundado nos genéricos

conceitos de carência e delinquência. O modelo da situação irregular havia sido encampado pelo Código de Menores de 1979, em que o menor era tratado como objeto de tutela e não sujeito de direitos.

Neste sentido, os interesses das crianças e adolescentes devem ser considerados, ainda que colidentes com os de seus pais ou responsáveis e também nas hipóteses de ausência de representação ou assistência. E, também, quando da propositura da ação de destituição do poder familiar movida pelo Ministério Público.

Seguindo-se essa linha de ideias, impende compreender, adequadamente, o papel da curadoria especial exercido, com exclusividade, pela Defensoria Pública, conforma artigos 4º, XVI, da LC n 80/94 e 72, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

2. DA CURADORIA ESPECIAL NA HIPÓTESE DO ARTIGO 142, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N 8069/90

Consoante entendimento de Diogo Esteves [\[1\]](#) e Franklyn Roger, a curadoria especial possui caráter eminentemente protetivo, sendo destinada a assegurar a tutela dos interesses daquele cuja peculiar condição de vulnerabilidade poderia impedi-lo de ter plena ciência acerca do processo ou de exercer adequadamente a defesa de seus direitos em juízo.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, a especial condição de vulnerabilidade dos sujeitos de direitos, consubstanciada na incapacidade absoluta ou relativa, passa a justificar, excepcionalmente, a atuação da curadoria especial ante a ausência de assistência ou representação ou, ainda, na hipótese de colisão de interesses entre estes e seus representantes legais.

Nesse sentido, observa-se o artigo 142 do Estatuto, abaixo colacionado.

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

Infere-se, desta maneira, o reconhecimento, pela Lei n 8069/90, quanto à condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Tanto é assim que seus interesses serão preservados, ainda que colidentes com aqueles de seus pais ou responsáveis.

Tal atribuição compete à Defensoria Pública, através de função institucional atípica da curatela especial, insculpida no art. 4º, XVI, da Lei Complementar n 80/94, bem como no art.72, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Majoritariamente, entende-se com atípica porque independe da hipossuficiência econômica para sua incidência.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; [\(Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009\).](#)

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

Observa-se, assim, que, desde a alteração promovida pela Lei Complementar n 132/09, a função de curadoria especial já competia à Defensoria Pública. O Código de Processo Civil reafirmou, expressamente, tal

função, bem como delineou em dispositivos esparsos as hipóteses de incidência que, frise-se, são meramente exemplificativas.

A partir dessa linha de ideias, infere-se que os dispositivos legais supramencionados estão em consonância, pois que asseguram às crianças e adolescentes a tutela de seus direitos, ainda que haja dissonância com os interesses dos pais ou responsáveis.

Como exemplos, tem-se a hipótese de ação de investigação de paternidade *post mortem* movida pelo suposto filho em face dos herdeiros do autor da herança, incluindo-se a própria genitora no polo passivo, pois que herdeira a depender do regime de bens. Ora, indiscutivelmente, na hipótese, existe divergência de interesses entre o filho e sua genitora, fazendo-se imprescindível a curadoria especial, como representante processual.

Outro exemplo seria aquele em que uma pessoa relativamente incapaz, contando com dezesseis anos, pretende ingressar com ação de alimentos em face do genitor, mas existe discordância da genitora. Não se desconhece que os atos praticados por relativamente incapazes, desprovidos de assistência, são anuláveis, na forma do artigo 171, I, do Código Civil. Neste contexto, para que o legítimo direito a alimentos da menor seja preservado faz-se imprescindível a atuação da curadoria especial em favor relativamente incapaz, com vistas a que seja suprida a ausência de assistência da genitora.

Vale ressaltar que, ao fazer a defesa do réu, o curador especial pode apresentar uma defesa geral, não se aplicando a ele o ônus da impugnação especificada dos fatos (parágrafo único do art. 341 do CPC). Desse modo, o curador especial não tem o ônus de impugnar pontualmente cada fato alegado pelo autor

Conclui-se que a Defensoria Pública atuará como curadora especial tanto nas hipóteses de ausência de representação ou assistência, como diante da colisão de interesses entre representantes legais e crianças e adolescentes. Para tanto, o curador especial terá, inclusive, legitimidade para propor reconvenção em favor dos réus cujos interesses está defendendo.

Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa abaixo colacionada.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA. HONORÁRIOS PELO EXERCÍCIO DE CURADORIA ESPECIAL NÃO DEVIDOS.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte firmou-se no sentido de que o exercício da curatela especial é função institucional da Defensoria Pública, sendo-lhe vedado o recebimento de honorários pelo desempenho de tal função.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1236864 / RSAGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2011/0031061-2. 4ª Turma, Ministro Raul Araújo)

3. A CURADORIA ESPECIAL NAS AÇÕES DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público detém legitimidade para propositura de ação de destituição do poder familiar. Cinge-se a controvérsia em saber se, diante de uma demanda proposta pelo *parquet*, seria possível a atuação da defensoria pública para atuar na curadoria especial, com vistas à preservação dos interesses das crianças e adolescentes.

De acordo com a corrente da substituição ministerial exclusiva, nas demandas que objetivam averiguar a existência de situação de risco e realizar aplicação de medidas protetivas, os interesses da criança ou adolescente seriam defendidos pelo próprio Ministério Público, restando afastada a possibilidade de intervenção da curadoria especial.

Tal posicionamento vem sendo chancelado pelo Tribunal da Cidadania, conforme baixo colacionado.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MANEJADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL À LIDE. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AOS MENORES. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA DO 'PARQUET'.

1. A ação de destituição do poder familiar, movida pelo Ministério Público, prescinde da obrigatória e automática intervenção da Defensoria Pública como curadora especial.

2. "Somente se justifica a nomeação de Curador Especial quando colidentes os interesses dos incapazes e os de seu representante legal". (Resp 114.310/SP).

2. "Suficiente a rede protetiva dos interesses da criança e do adolescente em Juízo, não há razão para que se acrescente a obrigatória atuação da Defensoria Pública". (Resp nº 1.177.636/RJ).

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no Ag 1369745 / RJ

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2010/0206522-6. T3 - TERCEIRA TURMA. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO).

Na ação de destituição do poder familiar proposta pelo Ministério Público não cabe a nomeação da Defensoria Pública para atuar como curadora especial do menor. Não existe prejuízo ao menor apto a

justificar a nomeação de curador especial, considerando que a proteção dos direitos da criança e do adolescente é uma das funções institucionais do MP (arts. 201 a 205 do ECA). Dessa forma, é despicienda a participação de outro órgão para defender exatamente o mesmo interesse pelo qual zela o autor da ação. (STJ. 4ª Turma. REsp 1176512-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 1º/3/2012).

Todavia, segundo a corrente da participação concorrente ou democrática, conforme assevera Diogo^[2] Esteves, sempre que a demanda restar fundada em situação de risco ocasionada por ação ou omissão dos pais ou responsáveis, a atuação da curadoria especial será cogente, nos termos do art. 72, I, do CPC/15 e art. 142, parágrafo único, do ECA.

E, continua o mencionado autor, afirmando que, embora sejam titulares da relação jurídica substancial, as crianças e os adolescentes geralmente não possuem condições de exercer concretamente a postulação de seus direitos em juízo. Por essa razão, o ordenamento jurídico conferiu ao Ministério Público legitimação extraordinária para realizar a propositura e o acompanhamento das medidas judiciais que tenham como objetivo resguardar os direitos infanto-juvenis (art. 201, ECA).

Nesta senda, não necessariamente o melhor interesse do menor, vislumbrado pelo Ministério Público, coaduna-se com o efetivo interesse das crianças e adolescentes, em uma situação concreta, que, frise-se, possuem direito à convivência familiar e comunitária.

Esclareça-se, ademais, que o Estatuto prioriza medidas que efetivam a manutenção dos menores no seio da família natural, conforme art.19 do ECA. Inúmeras vezes, a suposta situação de risco confunde-se com a carência de recursos materiais, que, por sua vez, pode ser solucionada através da inclusão em programas assistenciais de transferência de renda.

Aliás, segundo o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar.

Assim, deve prevalecer entendimento no sentido de que se deve admitir a participação da Defensoria Pública como curadora especial, ainda que a ação de destituição do poder familiar tenha sido proposta pelo Ministério Público. Tal solução privilegia o processo democrático e assegura a efetiva proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Por fim, não há qualquer vedação legal quanto à possibilidade de a Defensoria Pública atuar como curadora especial, na hipótese.

4. CONCLUSÃO

A função atípica da Defensoria Pública, consubstanciada na curadoria especial, passou a contar com previsão expressa, no artigo 72 do Código de Processo Civil. Frise-se que a LC n 132/2009 já havia alterado a Lei n 80/94, com vistas a incluir tal atribuição dentre as funções institucionais da instituição, haja vista art. 4º, XVI, da LC n 80/94.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente houve ampliação do conteúdo previsto no artigo 72, I e parágrafo único, do CPC, pois que previu, expressamente, a atuação da Defensoria Pública, nas hipóteses de ausência de representação ou assistência, bem como diante da colisão entre interesses dos menores e seus representantes legais.

Tratando-se de ação de destituição do poder familiar, proposta pelo Ministério Público, em que pese entendimento jurisprudencial, majoritário, no sentido da desnecessidade da curadoria especial, tal posicionamento não merece prosperar.

Isso porque não necessariamente o melhor interesse vislumbrado pelo *parquetse* revela coincidente com os interesses das crianças e adolescentes. Nesse contexto, a atuação da Defensoria Pública, na atuação da curadoria especial, democratiza o processo e fortalece o interesse dos menores. Ademais, não se vislumbra vedação legal à atuação da Defensoria Pública, nessas hipóteses, de maneira que não se confere ao intérprete a possibilidade de estabelecer distinções onde o legislador não o fez.

Pelo exposto, sempre houver situação de vulnerabilidade processual de crianças e adolescentes, será conferida atuação da defensoria pública como curadora especial, em razão dos princípios da proteção integral, prioridade

absoluta, máxima proteção e especial condição da pessoa em desenvolvimento, conforme artigos 227 da Carta Magna e 1º, 3º, 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bibliografia

CINTRA, A., Grinover, A. & Dinamarco, C. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros. 2005

DIDIER Jr., F. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm. 2017

ESTEVES, Diogo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva. 2008

MORAES, A. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005

_____. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2005

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2004

NOTAS:

[1] ESTEVES, Diogo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág.509.

[2] ESTEVES, Diogo. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESAFIOS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO

LUÍSA CLAUDIA FARIA DOS SANTOS: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo - Unisal - U.E.

MARCIUS TADEU MACIEL NAHUR^[1]

(Orientador)

Resumo: O presente artigo faz uma perquirição sobre o enfrentamento da criminalidade organizada na atual sociedade. Por meio da análise das estruturas funcionais e dos modelos constituídos é possível ter uma breve noção do problema a ser enfrentado. Quando observados os aspectos políticos, econômicos e culturais desse fenômeno, automaticamente, o tema da segurança pública vem à tona. Como Estado Democrático Constitucional de Direito, o Brasil tem o dever de respeitar um arcabouço jurídico fundado em princípios intrínsecos aos Direitos Humanos, até mesmo quando se trata das cruéis organizações criminosas. Surge então, o dilema do combate e da repressão dentro dos limites éticos-jurídicos. Ao longo deste artigo, serão abordados aspectos práticos, filosóficos, políticos e sociais sobre um dos maiores inimigos da sociedade civil.

Palavras-chave: Crime organizado. Estado-nação. Prevenção. Repressão.

Abstract: This article makes a search the confrontation of organized crime in today's society. Through the analysis of the functional structures and the constituted models it is possible to have a brief notion of the problem to be faced. When the political, economic and cultural aspects of this phenomenon are observed, the issue of public security is automatically raised. As a Democratic Constitutional State of Law, Brazil has a duty to respect a legal framework founded on principles intrinsic to Human Rights, even when it comes to the cruel criminal organizations. Then arises the dilemma of combat and repression within ethical-legal limits. Throughout this article, practical, philosophical, political and social aspects will be approached about one of the greatest enemies of civil society.

Keywords: Organized crime. Nation-state. Prevention. Repression.

Introdução

A violência mais aguda e assustadora, nos tempos atuais, assume a feição de criminalidade organizada. A coletividade se mostra acuada e amedrontada com seu potencial maléfico de alta intensidade e em larga escala. Essa forma de prática criminosa articulada e sistêmica tem se infiltrado nos mais diversos segmentos da sociedade contemporânea. O enfrentamento dessa engenhosa atividade criminosa é um grande desafio às políticas públicas do Estado-nação. O crime organizado, bastante distinto do crime comum, não pode ser encarado de maneira desorganizada. O poder público não pode ser movido por imprevistos e amadorismos para seu enfrentamento mais efetivo e eficaz.

Os muitos e variados apelos sensacionalistas, com palavras e imagens que procuram seduzir os menos avisados, não podem ser assumidos de afogadilho por políticas públicas sérias e responsáveis para a prevenção e repressão do fenômeno social real, complexo e dinâmico da criminalidade organizada. Não faltam discursos verborrágicos, por todos os lados, recheados de soluções rasas, para um problema que está muito longe de ser simplista. Mais conhecimento sobre esse “monstro inteligente e poderoso”, e menos disputas ideológicas, é um ponto de reflexão que não pode e não deve faltar a todos aqueles que, de maneira direta ou indireta, estão envolvidos com o seu enfrentamento cotidiano, desde o nível dos planejamentos e programações até as concretas ações preventivas e repressivas a serem implantadas.

Nessa linha de raciocínio, inicialmente, serão alinhavadas as estruturas funcionais da criminalidade organizada, bem como diagnosticados os seus modelos constituídos. Em seguida, as atenções serão voltadas para o “poder paralelo” ou, mais precisamente, o “contrapoder” político, econômico e cultural que as facções criminosas exercem, com espantoso dinamismo e elaborada engenhosidade, nos mais diversos segmentos sociais e institucionais da vida contemporânea. Na etapa subsequente, analisar-se-á o enorme potencial ameaçador da criminalidade organizada, a ponto de

representar um ataque ao Estado-nação e um assombro à sociedade civil, fazendo ecoar uma espécie de “pedido desesperado de socorro” baseado no frágil senso comum da “lei da força”. Por último, então, discutir-se-ão os desafios ético-jurídicos colocados ao Estado Democrático de Direito, comprometido com a força da lei, e não com a “lei da força”, de enfrentar o desconcertante fenômeno da criminalidade organizada, com a máxima efetividade preventiva e repressiva, sem se desviar dos postulados republicanos da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

1. Criminalidade organizada: estruturas funcionais e modelos constituídos

O crime organizado é um fenômeno que vem se consolidando, ao longo do tempo e espaço, enquanto expande suas dimensões. Seu domínio ultrapassa os limites do território nacional, de forma que a ampliação dos seus horizontes é perfeitamente visível também nas relações sociais, econômicas e políticas internacionais (CABETTE; NAHUR, 2014, p.52-56). Atuando como um “contrapoder”, essas organizações tornaram as instituições estatais legitimadas reféns de sua própria vontade, seja pela corrupção de agentes públicos ou pelo medo que assola a população. Antes de aprofundar o estudo do tema, é imperioso delimitar o conceito legal de crime organizado, suas estruturas funcionais, e, posteriormente, os modelos constituídos, bem como suas diferenças.

No direito brasileiro, o conceito de organização criminosa se encontra na Lei nº 12.850/2013, que trouxe em seu artigo 1º, §1º [2] as seguintes características: I) associação de quatro ou mais pessoas; II) a forma estruturada e ordenada pela divisão de tarefas; III) o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos; IV) ou, que seu caráter seja transnacional. Outro importante diploma normativo que trata sobre o tema, é a Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil no ano de 2004 que trouxe importantes conceitos para o direito processual penal e serviu como subsídio para a elaboração da lei.

Em relação a esta definição, existe discussão doutrinária no que tange à relação entre os membros da organização, sendo de grande valia a exposição de tais posicionamentos. Deste modo, para a doutrina

especializada, a associação mínima de quatro pessoas exigida pelo diploma legal, requer uma estrutura organizada e com clara divisão de tarefas, mesmo que informalmente, sem exigir, no entanto, um alto grau de sofisticação ou uma estrutura verdadeiramente empresarial (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 29).

Em sentido diverso, parte da doutrina penalista declina ser necessário algum tipo de hierarquia, existindo uma espécie de escalonamento que permite ascensão no âmbito interno, em relação à chefia e aos chefiados. Na realidade, essa possibilidade de ascendência, acarreta na prática, sérios conflitos em decorrência das tentativas de usurpação do poder neste mundo paralelo, o que causa, muitas vezes, impactos inimagináveis, principalmente, no que diz respeito à segurança pública. Com base nessa discussão, surgem os paradigmas pelos quais a criminalidade organizada se manifesta, bem como suas peculiaridades (NUCCI, 2017, p.13-17).

Historicamente, o primeiro fenômeno que serviu como verdadeira fonte conceitual sobre o crime organizado moderno surgiu no século XIX, no momento em que se começava a falar sobre as máfias. Este modelo se caracteriza pela utilização de um sistema de poder baseado em vínculos políticos e sociais que atuam na zona fronteira entre a legalidade e a ilegalidade, com efetivo domínio territorial, dotada de hierarquia clara e sólida que exerce monopólio sobre mercados específicos. Outra vertente do mesmo paradigma aparece na versão do chamado *gangsterismo*, que é marcado pela atividade criminosa revestida do caráter violento, sempre mantendo conexões com os agentes públicos (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 75-76). O estilo mafioso exige de seus membros uma espécie de ritual, geralmente marcado por um "pacto de sangue" para o ingresso na "família", como prova de lealdade. Valorizam o silêncio, e, sobretudo, seu código moral (FALCONE; PADOVANI, 2012, p. 85-86). Apesar de parecer estar em desuso, permanece firme em algumas regiões do globo, principalmente no Oriente[3].

O segundo modelo é conhecido como "rede", e se constitui em uma estrutura horizontal, formada por pequenos grupos que atuam em campos específicos. Seu traço característico é a cooperação entre criminosos profissionais (até mesmo intelectuais) para a prática de crimes por meio de

recursos tecnológicos onde preservam o anonimato, sem exigir lealdade, visto que o seu ideal é a obtenção de lucro (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76).

Semelhante ao paradigma da rede, destacam-se as organizações terroristas que fogem um pouco à regra. O viés desses grupos, em muitos casos, não está relacionado estritamente à obtenção de lucro, ainda que não o descarte, mas sim à propagação de sua ideologia, nacionalismo e ou religião. Com brutalidade, são capazes de desestruturar regimes políticos, impor suas crenças, dominar povos e conquistar territórios de forma semelhante à expansão imperialista (ALMEIDA, et al., 2017, p. 19-24). Utilizam-se de recursos tecnológicos para a preservação do anonimato e de um capital intelectual sedimentado para recrutar membros por meio de um discurso eloquente, que estão dispostos a sacrificar suas vidas em prol de algo maior.

Já o terceiro paradigma é conhecido como endógeno, ou “infiltração às avessas”, pois descreve o fenômeno da inserção do crime organizado dentro da estrutura do Estado, com o escopo de garantir imunidade em relação aos delitos cometidos, facilitar atos de corrupção, e como consequência de estar bem próximo do centro de poder, manter-se “blindado” das ações repressivas e preventivas perpetradas pelo Estado (CARDOSO apud MASSON; MARÇAL, 2017, p. 42).

Em alguns casos, o crime organizado também atua como concorrente em licitações perante o Poder Público. Quando assume este aspecto, o último paradigma entra em questão e pode ser analisado sob duas percepções um pouco distintas.

A primeira, discutido pela doutrina na interpretação do próprio conceito, se refere à estruturação do crime organizado como uma verdadeira empresa, caracterizada por sua organização, hierarquia, “gestão de pessoas”, administração, etc., que tornam a atividade perfeitamente enquadrável nas disposições do Direito Empresarial brasileiro, só não sendo possível, devido à ilicitude de seu objeto (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76-79).

O segundo plano reveste-se de atividades lícitas, porém tem a finalidade de promover a lavagem de ativos, por meio da constituição de empresas, que atuam nos mais diversos ramos, e destacam-se pela prática

de crimes que manipulam diretamente o mercado financeiro, tornando-se conhecidos como os “crimes de colarinho branco”. Por meio de inteligência e utilização de alta tecnologia causam impactos significativos no plano econômico, atuando acima de qualquer suspeita (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 76-79).

De acordo com esse entendimento, pode-se até mesmo cogitar a hipótese da participação de pessoas jurídicas na constituição de organizações que criminosas, com a finalidade de criar artifícios para impedir a responsabilização de membros que permanecem ocultos (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 40). Entretanto, independente dos modelos constituídos pelas organizações contemporâneas, a macrocriminalidade pratica infrações penais que, segundo a doutrina, podem ser divididas em três níveis:

O primeiro nível engloba os crimes principais, que são aqueles que se destinam à obtenção dos proveitos em larga escala. São exemplos desses crimes: extorsões; tráfico de entorpecentes, armas e pessoas; contrabando e descaminho; jogos de azar; promoção e favorecimento à prostituição; receptações; sequestros; golpes econômicos contra o estado; cartelização de empresas e roubo de cargas (MENDRONI, 2016, p. 36-46).

Já os de segundo nível, são também chamados de crimes secundários, servem basicamente para “dar suporte” e garantir o sucesso dos crimes principais. Estes crimes, via de regra, não geram lucratividade, ao contrário, exigem muitas vezes a realização de gastos. São exemplos de crimes secundários: corrupção e concussão; ameaças e intimidações; diversos tipos de fraudes como estelionatos, falsificação de documentos, etc.; falsificação de moedas; fraudes contábeis e financeiras; crimes de informática; tráfico de influência; homicídios e lesões corporais graves (MENDRONI, 2016, p. 36-46).

Por fim, o crime de terceiro nível será sempre a lavagem de dinheiro, pois é este que traz o efetivo aumento da lucratividade e a transforma o capital advindo da ilicitude em lícito (MENDRONI, 2016, p. 36-46). É aqui que entram as “empresas criminosas”.

O campo de atuação é bastante variado, tendo em vista que a criminalidade também é adepta à lógica do mercado, que possui, em cada

país de atuação, seus vícios e suas “necessidades”. Em decorrência dessa estruturação, as facções organizam-se territorialmente para que o conflito (muitas vezes, sangrento) não atrapalhe a via negocial. É bastante comum a celebração de “parcerias” entre as organizações para dominar diferentes mercados e territórios, nos quais esse entrelaçamento é regido por restrições e delimitações que exigem total controle e disciplina.

Cabe também destacar outra faceta deste fenômeno, que se refere à incrível facilidade de adaptação, em toda e qualquer situação, configurando-se inimigo extremamente resiliente. Assim como o crime se coaduna com as inovações tecnológicas e os novos cenários do mercado financeiro, ele também se amolda ao ambiente do cárcere. É por isso que “o desafio do crime organizado nada tem a ver com o combate à criminalidade comum” (FREITAS, 2014). Desse modo, ele é considerado, então, um poder paralelo que atua onde o Estado não cumpre suas intrínsecas funções.

2. Facções criminosas: o “contrapoder” econômico, político e cultural

Em um estudo aprofundado sobre o crime organizado transnacional, alguns autores apontam que o fim da guerra fria foi um fator incisivo para sua expansão. A queda do regime socialista nos países europeus teve como consequência a abertura desenfreada do mercado, em que a criminalidade encontrou o cenário perfeito para sua ascensão, agora de maneira lícita. Em países assolados pela pobreza, passaram a se estruturar como verdadeiras multinacionais. Atuavam em diversos setores essenciais como pioneiros, pois de tinham dinheiro o suficiente para dar início aos investimentos na iniciativa privada, e também porque, até então, só o Estado detinha o controle de tais atividades (GLENNY, 2008, p. 10-15).

No decorrer dos anos, além dos crimes habituais já praticados, a macrocriminalidade já não se contentava em apenas lavar os ativos em suas próprias empresas, pois a tributação fazia com que “perdessem” boa parte do lucro. Assim, as técnicas foram aprimoradas, dando origem às *offshores*. Essas empresas são consideradas válvulas de escape para reduzir, ou até mesmo evitar o pagamento de altas taxas tributárias, por meio de aplicação de recursos em paraísos fiscais, que possuem uma coesa e consistente

política de sigilo sobre seus investidores. Sobre tais empresas, destaca-se o seguinte conceito:

[...] uma “offshore company” é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferente, “extraterritorial” em relação ao país de domicílio de seus associados. Mas a expressão é aplicada mais especificamente a sociedades constituídas em “paraísos fiscais”, onde gozam de privilégios tributários (impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos). E isso só se tornou possível quando alguns países adotaram a política da isenção fiscal, para atrair investimentos e capitais estrangeiros (POLACK, 2018).

Além de conseguir as benesses dos paraísos fiscais, o crime organizado investe pesado também nos chamados “crimes de colarinho branco” que afetam diretamente a ordem econômica. Tais crimes estão relacionados à prática de fraudes, uso indevido de informações privilegiadas, corrupção e outras atividades por pessoas que detêm importantes cargos políticos ou de influência no governo (BRANCO, 2014).

Ao passo que os investimentos do mundo criminoso prosperam, os Estados passam a atuar em último plano. Enfraquecidos, tentam desesperadamente tomar medidas repressivas no combate à criminalidade. Sem sucesso, os agentes públicos que já possuem uma terrível falha ética, acabam “mudando de lado” e passam a aceitar as regalias oferecidas pelo mundo sedutor do poder paralelo.

Desse modo, o crime organizado também investe na política. O patrocínio e financiamento de campanhas eleitorais espetacularizadas é uma das causas mais preocupantes que envolvem o Estado Democrático de Direito. A fraude e a corrupção maculam o processo eleitoral já em seu nascedouro, o que por consequência, causa danos irreparáveis à democracia e ao princípio republicano. Por sua vez, o princípio fundamental republicano significa intrinsecamente ter legitimidade para o exercício dos mandatos populares com renovação periódica, bem como a igualdade de acesso aos cargos públicos eletivos ou não, como forma de extinguir as estruturas

oligárquicas, mediante abolição de privilégios, o que com as campanhas milionárias, definitivamente, não é cumprido (PIZZOLATTI, 1997).

No que se refere ao controle, a Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária trouxeram balizas importantes para garantir a probidade nas eleições. Entretanto, é alarmante a preocupação das instituições em traçar estratégias para barrar a atuação das facções criminosas e manter a lisura do processo eleitoral[4].

Além do controle econômico e político, o crime organizado é também um poder que se relaciona com a cultura. Quando analisado sob este prisma, ele possui certas peculiaridades. Muitas facções têm seu nascedouro enraizado na cultura do país e região de origem (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 64-65).

Geralmente, elas respeitam “códigos morais” sólidos e ideologias que conquistam muitos adeptos. Apesar de ter sido o principal fator de expansão do império da ilegalidade, a globalização não conseguiu dismantlar seus traços culturais como fez em diversas regiões do planeta, pelo contrário, ajudou a propagá-los e reafirmá-los como identidade da facção. Essa identidade, em muitas vezes, define seu *modus operandi*. Neste sentido, destaca-se o seguinte raciocínio:

No que pese a criminalidade moderna possuir identidade multifacetária e poder ser examinada em perspectivas e profundidades diversas, pode-se verificar certos traços que guardam relativa correspondência entre suas várias manifestações, inclusive por seus atos simbólicos e desconcertantemente reproduzidos mesmo diante de diferenças e distâncias temporais, espaciais, regimes políticos e conformações sociais (CUNHA, 2011).

Assim, o modo de agir, seja com extrema violência ou não, a forma de tratamento de dos membros de sua comunidade ou de seus rivais, ou até mesmo a demanda da região de produtos ilícitos podem ser considerados um traço marcante do fator cultural. Outro ponto interessante para se analisar no aspecto cultural são as tatuagens. Em boa parte das organizações

criminosas, as tatuagens possuem significados simbólicos. Quando não fazem parte do ritual de iniciação, fazem referência à força, ao caráter ou a tenacidade do agente no seio da organização e, por outro lado, também exprimem a transgressão das regras impostas pela sociedade (MENDRONI, 2016, p. 598).

Observado sob mais um ponto diverso, o fator cultural atrapalha um pouco as tentativas do Estado em combater a macrocriminalidade. Com o amplo acesso a todo e qualquer tipo de conteúdo, a elaboração de filmes e seriados enaltecendo “figuras notórias” do mundo do crime como traficantes, *serial killers* ou ladrões[5], em muitas vezes, estimulam e impulsionam a atividade criminosa. A demonstração de um estilo de vida bem sucedido, em que o poder e o dinheiro são prioridades, somados ao *status* de celebridades, transformaram-se em ideais perseguidos pelas novas gerações (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 64-65). Assim, os criminosos passam a ser tratados como heróis e o Estado como o mais despiendo vilão.

Conjugando todos esses fatores, é possível constatar que, nos dias de hoje o que existe, é uma verdadeira “politização universal do crime” (GOMES, 2017, p. 131). A ferocidade com que o crime organizado se mistura com o mercado empresarial ao mesmo tempo em que investe seu lucro no cenário político e social, é algo emergente que precisa de resposta efetiva.

Diante do exposto, é passível de constatação que tal “assalto ao poder”, corrói o aparelho estatal, porque não consegue atender sua finalidade, visto que suas instituições são enfraquecidas gradativamente, não obtendo sucesso na instauração da ordem e aplicação da lei, em decorrência do domínio político, econômico e cultural da criminalidade organizada. Ao mesmo tempo, seu inimigo busca suprir a “carência” da presença do Estado, criando um emaranhado de regras, em que a sociedade se vê encurralada. Como resultado desse dilema, é preciso perpassar por uma análise dos desafios éticos-jurídicos enfrentados por aqueles que efetivamente desempenham sua função de forma legal e proba.

3. Estado atacado, sociedade civil assombrada: o senso comum da reação pela "lei da força"

A violência está em cena. Não esteve ausente ontem e continua frequente hoje. O passado-presente é uma “terra estrangeira, é terra de uma violência horripilante” (PINKER, 2013, p.29). Esse fenômeno alveja não somente o modo como a vida é vivida, mas também como ela é entendida. Para falar dessa violência, uma narrativa literária pode ajudar na sua melhor compreensão: Há dois reinos de terror. Um deles é forjado na paixão quente; o outro, no insensível sangue frio. Os calafrios se manifestam em ambos, em função do terror, seja ele de maior ou menos intensidade. Esse cenário sombrio só leva a tremer e a lamentar (TWIN, 2006, p. 3-5).

Não faltam episódios cotidianos que permitem enxergar, por via reta ou oblíqua, o desconcertante fenômeno da violência na sociedade contemporânea. A alta potencialidade de horror dos atos violentos espetacularizados e a comovente empatia com os vitimados, no entanto, podem servir como inibidoras para o pensar desapaixonado sobre esse real fenômeno da violência desestabilizadora da via social.

Essa maneira de encarar um problema de assombrosa tormenta para a coletividade pode até parecer fria e calculista, mas não significa, no fundo, falta de sensibilidade para com esse fenômeno assustador. Trata-se apenas de uma forma de pensamento que pretende escavar e esclarecer, com a máxima sensatez possível, o sentido da violência, a partir de três noções básicas: a violência subjetiva, a violência objetiva e a violência sistêmica (ZIZEK, 2014, p.22-23).

A primeira se apresenta como a de maior visibilidade. Ela é cometida por agentes identificáveis, capazes de aterrorizar o outro com suas ações violentas diretas e contundentes. A segunda se insinua e se consuma em ambientes de temor latente. Ela se caracteriza pela prática camuflada de comportamentos que passam despercebidos ou, quando notados por determinados grupos, acabam “normalizando” por segmentos mais influentes da sociedade. A terceira se reproduz como consequência de ações deletérias em estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais. Ela é capaz de gerar, em efeito cascata, exclusão de muitos e injustiça social.

Ainda que se conclame uma “cruzada” para se conter a violência, uma espécie de “pedido de socorro” desesperado, não é possível decodificar esse

fenômeno complexo, sem tentar entender a interação dinâmica de seus três tipos principais. As violências subjetiva, objetiva e simbólica não são ilustres desconhecidas entre si. Elas se entrecruzam na trama das ações violentas.

Todavia, não raras vezes, a violência consegue cristalizar o pensamento. Não deixa tempo para o ato reflexivo. É preciso fazer algo concreto, pois se reclama uma resposta pronta e eficaz. Se essa resposta não vem logo, costuma-se dizer que é muita falta de sensibilidade em relação aos dramas de uma sociedade acuada. Essa é uma leitura recorrente na sociedade atual. A violência não poupa a vida contemporânea de um “falso sentimento de urgência.” (ZIZEK, 2014, p.20).

Nos tempos atuais, o pânico disseminado por todos os lados, com engenhosa facilidade e espantosa velocidade, mobiliza a inclinação para uma reação imediata vigorosa, sobretudo, quando se é bombardeado pelas imagens midiáticas da violência. Nesse cenário, não falta o discurso clichê do Estado atacado e da sociedade assombrada.

O senso comum está nas poltronas; o sensacionalismo, no palco. Nesse “teatro dos horrores”, fica fácil introduzir propostas rasas para a questão estonteante da violência. A “lei da força”, como “solução de prontidão”, ecoa por todos os segmentos sociais. “Declaração de guerra” é o que muitos querem ouvir. O “banho de imagens” sugestiona o espectador para uma entrega submissa a emoções e sensações alastradas por um bombardeio de “cenas espetacularizadas” da violência, que prendem a atenção, embotando a verdadeira sensibilidade e a ativação do intelecto (LLOSA, 2013, p. 42).

A violência é real, não ilusória, mas não adianta se iludir. Não há solução preventiva e repressiva simplista para um fenômeno social complexo, dinâmico e envolvente como a violência, notadamente, quando ela assume a face da criminalidade organizada. Ela afronta o Estado e a amedronta a sociedade civil. O poder público é chamado a enfrentá-la com rigor e vigor.

As discussões sobre o Estado têm girado em torno de três visões diferentes: a institucionalista, a pluralista e a instrumentalista (CASTELLS, 1999a, p. 354). A primeira atém-se à autonomia das instituições públicas,

seguindo a lógica interna de determinado Estado. A segunda descreve a necessidade de reformas constantes do Estado, de acordo com a dinâmica de uma sociedade civil multifacetária. A terceira entende o Estado como a expressão de atores sociais que, em defesa de seus interesses, conquistam o poder de dominação.

De qualquer modo, independente da posição teórica adotada, a relação indissociável entre Estado e sociedade civil está sempre imbricada no contexto da nação. Não é por outra razão que se diz que o Estado-nação é a “estrutura da referência” (CASTELLS, 1999a, p. 354).

As organizações criminosas alcançam dimensão nacional e transnacional em qualquer lugar do mundo. Há facções criminosas com enorme poder nacional. Há redes criminosas com gigantesco poder transnacional.

A partir das bases locais, nacionais e étnicas, fundadas na identidade de grupos sedimentada em relacionamentos interpessoais de confiança/desconfiança, as organizações criminosas atuam em uma vasta gama de atividades ilícitas. O tráfico de drogas é o principal negócio, mas não é o único protagonista da economia global do crime: tráfico de armas, material nuclear, imigrantes ilegais, pessoas, órgãos, produtos piratas, biodiversidade engrossam as cifras das conexões perversas dessa pujante economia do mal. Por certo, a lavagem de dinheiro dá guarida a esse engenhoso sistema criminoso. Do ponto de vista do paradigma empresarial da criminalidade organizada, a economia do crime global e toda sua maléfica engenhosidade só fazem sentido se os vultosos lucros gerados puderem ser aplicados na economia formal. A lógica maliciosa é bastante óbvia. É preciso transformar o que é “dinheiro sujo” em “ativos financeiros limpos” (CASTELLS, 1999b, p. 211-216).

Além disso, as novas e poderosas tecnologias da informação e da comunicação também passam a ser consideradas na atuação da criminalidade organizada. Parece fora de dúvida que os aparatos tecnológicos ao alcance do bem estão também à disposição indiscriminada do mal. É o paradoxo inevitável da possibilidade do uso dual das tecnologias

da informação e da comunicação, que não deixa de ser uma espécie de “faca de dois gumes” (CARRAPIÇO, 2005, p. 15-17).

Ao se apropriar dessas novas tecnologias, a criminalidade organizada, como um fenômeno de enorme danosidade social, nos tempos hodiernos, tem mostrado maior capacidade de renovação de suas estratégias para a propagação de todo seu potencial malévolo. Já não surpreende dizer que essa criminalidade, com sofisticação tecnológica, se tornou um fenômeno comum. Mas, escandaliza ouvir que ela já se transformou em algo normal. Entre o comum e o normal há muita diferença. Definitivamente, ela não é normal, de modo algum.

Quando se fala em considerar o crime organizado pelo que ele realmente é, ou seja, um fenômeno violento incrustado na estrutura das sociedades contemporâneas, que se aproveita de suas fragilidades, sem quaisquer escrúpulos, então, podem ser visualizados sérios dilemas econômicos, políticos, sociais e culturais, por ele englobados, que não comportam pseudosoluções de curto, médio e longo prazo.

Já não se pode deixar de reconhecer a criminalidade organizada como uma nova realidade criminal muito desafiadora, com musculatura econômica, influência política, impacto social e presença cultural, orientando-se por logísticas empresariais, a ponto de ser uma espécie de contrapoder paralelo à ordem político-jurídica estabelecida.

A discussão sobre seu “poder de fogo” não pode ficar circunscrita, porém, à existência ou não desse “monstro tentacular”, ou mesmo sobre a urgência de se enfrentá-lo com toda a tenacidade. É necessário também tratar da forma como essa resposta será efetivada no âmbito da sociedade democrática com seus poderes constituídos (HASSEMER apud ZIEGLER, 2003, p. 69). Assim, o desafio está posto ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

4. Estado Democrático de Direito: os desafios éticos-jurídicos da prevenção e repressão pela “força da lei”

Antes de tudo, é preciso registrar que o Estado Democrático de Direito é mais do que apenas um Estado legislativo; ele é, sobretudo, um Estado

Constitucional. Como Estado Constitucional, envolve “um dever ser que incorpora uma série de elementos, fins, valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivo” (PEÑA FREIRE, 1997, p.38).

As normas-princípios trazem os limites que balizam as ações do Estado Constitucional Democrático de Direito, tornando-se garantias jurídicas que percorrem duas direções. De um lado, proteção da dignidade da pessoa humana e a tutela da cidadania; de outro, a institucionalização da exigência constitucional capaz de validar (validade jurídico-constitucional) a correção normativa das ações estatais.

No Estado Constitucional Democrático de Direito não cabe ignorar a necessidade de uma metodologia sincronizada com a centralidade de direitos e garantias fundamentais que não são apenas condicionantes axiológicos, mas também constituem “vínculos estruturais de toda a ulterior dinâmica política que implica o Estado democrático” (PEÑA FREIRE, 1997, p.64).

A opção por se viver dentro da ordem político-jurídica, em conformidade com princípios democráticos constitucionais, será uma exigência e consequência da adesão a valores declarados indispensáveis à igualdade de direitos reconhecidos a todos os cidadãos. Não se pode esquecer que a legitimação e a correspondente legitimidade do Estado Constitucional se dá pela relação interna entre democracia e direitos humanos (HABERMAS, 2003, p.67). Constituição e cidadania se tornam indissociáveis. A relação entre cidadania e direitos começou a acontecer, entre os séculos XVII e XVIII, por meio da formulação dos direitos civis (MARSHALL, 1950, p. 21-23).

Cabe à Constituição desempenhar o ponto de materialização dos valores mais elevados da cidadania tanto pela via mais aberta dos princípios, quanto pela via mais fechada das regras, concentrando em sua sistemática normativa o momento histórico-cultural vivenciado por determinada sociedade e, ainda, captando as necessidades socioculturais que reclamam a efetivação dos comandos normativo-constitucionais (DALLA-ROSA, 2002, p. 232).

A criminalidade organizada contemporânea confronta a Constituição e a cidadania. Mas, ambas constituem pilares do Estado Democrático de Direito, que se afirma pela “força da lei”, e não pela “lei da força”. Por mais severa que seja a afronta da criminalidade organizada à Constituição e à cidadania, o Estado Democrático de Direito não pode lhe dar respostas preventivas e repressivas fora dos limites ético-jurídicos que norteiam a civilidade.

Na contemporaneidade, a bandeira dos direitos humanos está hasteada no cume dos valores socioculturais, tornando-se a mais destacada referência dos direitos exponenciais para a sociedade como um todo, até mesmo uma espécie de “porto seguro para as ambições sociopolíticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos” (BITTAR, 2005, p. 84).

Não é demais lembrar que “o problema fundamental em relação aos direitos humanos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (BOBBIO, 1992, p.24).

A título de ilustração, quando se discute a temática da presença de prescrições éticas no texto da Constituição Federal brasileira (1988), há de se considerar o “avanço jurídico-democrático perpetrado por meio da introdução desse texto no ordenamento jurídico nacional” (BITTAR, 2005, p. 136). Basta uma leitura no seu primeiro artigo para se defrontar com a exigência de respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana pela República Federativa do Brasil (Art. 1º, I e III, CF/88).

A política pública criminal até agora elaborada e projetada para o enfrentamento da criminalidade organizada ainda se mostra com sérias deficiências. Proposta de “soluções mágicas” para problemas mais intrincados como este, não conseguem esconder suas fragilidades suas fragilidades, seus engodos e suas dissimulações, notadamente, quando são questionadas em termos de efetividade preventiva e repressiva, dentro de balizamentos ético-jurídicos constitucionais.

Um problema real e complexo como o da criminalidade organizada exige diagnóstico e prognóstico, com a proposição de medidas que tenham

algum impacto presente-futuro na modificação de uma realidade social subjugada por essa perversidade profissional. Não são admissíveis propostas míopes e amadoras para seu enfrentamento efetivo na sociedade contemporânea.

A criminalidade organizada já serviu para retóricas ideológicas. Mas, já passou da hora de ser menos ideológico e tratar da delicada questão das organizações criminosas com um pouco mais de racionalidade em termos de política pública.

O ponto de partida é entender que defesa nacional, segurança pública e justiça criminal não guardam, necessariamente, relações simétricas entre si. Se um alinhamento entre elas não é tão fácil, porque envolvem concepções distintas em certos aspectos, colocá-las todas dentro de um “pacote três em um” e apresentá-las como solução panacéica para o problema da criminalidade organizada é, no mínimo, amadorismo com receituário de efeito placebo.

Basta um pouco de lógica inicial para se perceber o que está em questão. Não se pode enfrentar com políticas públicas desorganizadas uma realidade muito bem estruturada como a da criminalidade organizada.

No império do fingimento, fica difícil discernir o real do ilusório, o provável do improvável, e o verossímil do inverossímil. Nem a mais brilhante luz solar tem sido capaz de derreter as tantas maquilagens feitas em torno da criminalidade organizada. Uma das passagens do Evangelho poderia ser lembrada em tempos tão difíceis de se falar com veracidade. É aquela em que Jesus disse com a notória clareza: “Tenho falado francamente ao mundo” (BIBLIA, 2006, p. 1889).

A franqueza pública precisa, com urgência, recuperar seu espaço na sociedade de “consciência plastificada”, na qual qualquer fala rasa e medíocre, mas embalada em discursos empolados e grandiloquentes, propagados por todos os lados, com retoques marqueteiros, acaba por reduzir os ouvintes e conquistar seu beneplácito. É a “turma dos falantes onipresentes”, de prontidão para conduzir os destinos de uma política pública impregnada de desatinos irracionais, que poderia dar uma pausa em sua verborragia estulta e refletir um pouco mais sobre a desumanização das

relações pessoais, a degradação da vida social e da intensificação da criminalidade, especialmente, em sua vertente mais nefasta e pernicioso, vale dizer, a criminalidade organizada de paradigma empresarial, enraizada na sociedade contemporânea.

O fenômeno real das organizações criminosas, nos tempos atuais, exige profunda reflexão crítica, coerente e criteriosa sobre a articulação de políticas públicas mais efetivas para prevenção e repressão, doravante, da criminalidade organizada. Não cabem receitas pseudoresolutivas imersas na idiotice daquelas que se encontram cristalizadas no “mesmo de sempre”, tal como expressa o termo grego *idíios* (CARVALHO, 2013, p. 17). Mais do mesmo para prevenir e reprimir criminalidade organizada, sem serviço de inteligência aguçada, informação qualificada, tecnologia ajustada e equipe articulada, no mínimo, é reconhecimento da própria idiotice.

Não se pode delinear uma coordenada política pública séria de prevenção e repressão à criminalidade organizada, com consistência, continuidade e credibilidade, quando se é movido pelo afogadilho e improviso.

A criminalidade organizada, a “película escura fixada no vidro” da sociedade contemporânea, com suas bases fincadas no poder econômico, político e institucional, tem dimensões locais, regionais e globais. Ela conta com a atuação de agentes dotados de grande capacidade de opressão social e cooptação de aliados exercendo todo tipo de influência perigosa e predatória nas mais diversas camadas da vida coletiva. Seus tentáculos forjam tantas alianças quanto forem necessárias para a conquista de proveitos e vantagens inimagináveis para suas redes de atividades ilícitas.

O Estado Democrático de Direito já não pode mais se equivocar nessa percepção, se pretende prevenir e reprimir a criminalidade organizada, com eficiência e eficácia, mas sem se desviar de seus postulados constitucionais ético-jurídicos tão caros à dignidade humana.

Conclusão

A violência tem muitas e múltiplas faces. A sua face mais ameaçadora, na contemporaneidade, assume a forma de criminalidade organizada, distinta do crime comum.

Não há como entender uma organização criminosa sem se ter uma nítida noção de sua estrutura de funcionamento e sem perceber que ela se caracteriza por modelos distintos, desde o mafioso ao empresarial, este último o mais recorrente no plano nacional e transnacional.

Nesse modelo empresarial, surgem muitas facções criminosas, na sociedade contemporânea, todas dotadas de um desconcertante “poder paralelo”. Elas demonstram enorme capacidade de desestabilização da “lei e da ordem”. Não é sequer exagero dizer que algumas dessas facções, de tão bem estruturadas, se tornaram até mesmo um contrapoder, apto a realizar o “assalto ao poder” com engenhosa pujança econômica, política e cultural. Por certo, toda essa força tentacular da criminalidade organizada não deixa de representar uma ameaça ao próprio Estado, além de assombrar a sociedade civil. Esse quadro de “tremor e terror” se converte em oportunidade de ocasião para o senso comum “pedir desesperado socorro” por uma urgente e enérgica “lei da força”.

No entanto, não se enfrenta nenhuma organização criminosa de forma amadora e improvisada. Prevenção e repressão de criminalidade organizada não são realizadas com posicionamentos ideológicos, embaladas por apelos sensacionalistas, mas com inteligência refinada, informação selecionada, tecnologia avançada e equipe integrada, articulando-se defesa nacional, segurança pública e justiça criminal, o máximo possível, sempre dentro dos balizamentos da força da lei. Assim, uma atividade eficiente e eficaz contra esse fenômeno perverso, complexo e dinâmico deve ser engendrada e executada nos limites ético-jurídicos do Estado Constitucional Democrático de Direito, respeitando-se os princípios fundamentais e indeclináveis da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Referências

ALMEIDA, Débora de Souza et al. **Terrorismo**: Comentários, artigo por artigo, à Lei 13.260/2016 e Aspectos criminológicos e político-criminais. Salvador: JusPodvim, 2017.

BIBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. Trad. de Samuel Martins Barbosa et. al. São Paulo: Paulinas, 2006.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Ética Jurídica**: ética geral e profissional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Sérgio Zoghbi Castelo. Crime do colarinho branco. **2014**.

Disponível em: . **Acesso em: 11 mar. 2018**.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 08 mar. 2018

_____. Decreto nº 5.015, de 12 março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Disponível em: . Acesso em: 09 mar. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada**: curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CARRAPIÇO, Helena. **O crime organizado e as novas tecnologias**: uma faca de dois gumes. São Paulo: Instituto de Defesa Nacional, 2005.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Trad. Klaus BrandiniGerhart. São Paulo: Paz e Terra, 1999a.

_____. **Fim do Milênio**. Trad. Klaus BrandiniGerhart e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999b.

CARVALHO, Olavo de. **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. **Criminalidade Organizada**: antigos padrões, novos agentes e tecnologias. 2011. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/pontourbe/1752>>. Acesso em : 03 mar. 2018.

DALLA-ROSA, Luiz Virgílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

FALCONE, Giovani; PADOVANI, Marcelle. **Coisas da Cosa Nostra**: a máfia vista por seu pior inimigo. Tradução de Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de. O crime organizado é pouco conhecido e estudado nas escolas de Direito brasileiras. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jun-08/crime-organizado-conhecido-estudo-brasil>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

GLENNY, Misha. McMáfia: **Crime sem fronteiras**. Trad. de Lúcia Boldrini. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O Jogo Sujo da Corrupção**. Bauru: Astral Cultural, 2017.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. Parte I, p. 67-82.

LLOSA, Mario Vargas. **A civilização do espetáculo**: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura. Trad. de Ivone Beneditti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARSHALL, T.H. **Citizenship and social class and other Essays**. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. **3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.**

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: **aspectos gerais e mecanismos legais**. **6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.**

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. **3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.**

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PINKER, Steven. **Os anjos bons da natureza humana**: porque a violência diminuiu. Trad. de Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PIZZOLATTI, Rômulo. Garantias processuais da lisura do processo eleitoral contra a influência do abuso de poder. Resenha Eleitoral – Nova série, v. 4, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes-impresas/integra/2012/06/garantias-processuais-da-lisura-do-processo-eleitoral-contra-a-influencia-do-abuso-de-poder/index210f.html?no_cache=1&cHash=3d64d1a7366a2f058b9af00369401f8b>. Acesso em: 11 mar. 2018.

POLAK, Sergio. Porque constituir Sociedades Offshore. 2018. Disponível em: . Acesso em: 11 mar.2018.

TSE pede investigação de facções e milícias infiltradas na política. **Revista Consultor Jurídico.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-08/tse-investigacao-faccoes-milicias-infiltradas-politica>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

TWAIN, Mark. **Um ianque na corte do rei Arthur.** Adap. De Rodrigo Espinosa Cabral. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZIEGLER, J. **Os senhores do Crime:** as novas máfias contra a democracia. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Violência:** seis reflexões laterais. Trad. de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal – U.E. de Lorena (SP). Delegado de Polícia da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo. Professor dos Cursos de Direito, História e Psicologia do Unisal (Lorena-SP) e dos Cursos de Filosofia e Teologia da Faculdade Canção Nova (Cachoeira Paulista-SP). E-mail: macielnahur@gmail.com.

[2] Art 1º [...] § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

[3] A título de exemplo, no mundo oriental as máfias conhecidas como as Tríades Chinesas, a Yakuza mantém suas tradições e rituais de iniciação, marcados pelo juramento de fidelidade aos membros que implica na coleta de um pouco de sangue do novato para celebrar a iniciação solene do agente.

[4] Em algumas declarações nos anos de 2016/2017, o então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, o ministro Gilmar Mendes demonstrou preocupação em promover a integração entre a Justiça Eleitoral e o Ministério da Defesa para promover investigações sobre a influência do crime organizado e das milícias nas eleições municipais nos estados do Rio de Janeiro, Amazonas, São Paulo e Maranhão.

[5] Hoje, alguns seriados se tornaram famosos por tratar justamente de figuras notórias como Pablo Escobar (Série Narcos); Charles Manson e Ed Kemper (ambos da Série Mindhunter). Outra série famosa nos dias de hoje, é a série espanhola chamada "La casa de papel" que supostamente trata do maior roubo da história.

SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES SOBRE A REPRESSÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE CRACK COMO POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL NA DIMINUIÇÃO DE CRIMES PATRIMONIAIS

BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:

Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins; Graduado em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduado em Direito em Administração Pública; Pós-Graduado em Ciências Criminais.

RESUMO: O presente artigo visa investigar sobre o crack, o uso e o tráfico ilícito desta substância, ainda, relacioná-lo a crimes contra o patrimônio, sobretudo o furto de pequena monta, na tentativa de elucidar um perfil de política pública e sua eficácia. A exegese inicia-se na espécie de droga investigada, passando à pessoa que dela é refém (usuário), e chegando à sua conexão com crimes patrimoniais. Em dialética, vislumbra-se a presente investigação à análise de algumas medidas de tratamento de viciados, análise da oferta/procura, bem como o debruçar sobre a resposta estatal através de programas e destinação de recursos, no intuito de se chegar a um apontamento eficaz, válido e eficiente de um paradigma dentro da seara da segurança pública.

PALAVRAS-CHAVES: crack; vício; tratamento; criminalidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda questões envolvendo a sistemática do uso de drogas (crack), relacionando-o em seu contexto social, tal seja, usuários, traficantes, compra, venda, uso, recursos financeiros; desaguando na lógica atual de atuação estatal frente esta problemática da segurança pública, analisando possíveis alterações de destinação de esforços para atingimento de metas legais já delineadas. Para tanto, a pesquisa terá o caminho de investigação teórica. O objetivo geral é refletir sobre as atuações estatais através de suas políticas públicas na seara da segurança pública e sua atuação quanto ao tráfico ilícito de crack, traçando um paralelo com as

intenções legislativas e, ainda, a intrínseca relação deste com crimes patrimoniais. A problematização se galga em identificar políticas públicas apontadas pela legislação sobre o tema investigado, verificar as medidas para concretização destas por parte do Estado, e analisar se há uma preterição da repressão pelas forças policiais quando da destinação dos recursos estatais; ainda, verificar uma possível correlação entre o tráfico ilícito de crack com crimes patrimoniais. Por fim, vislumbra-se uma investigação firmada, e com atenção, em políticas públicas, sobretudo do contexto da segurança pública, gerando, neste aspecto, valorosa colaboração com a sociedade de maneira geral, a qual capta cotidianamente os efeitos negativos do tráfico ilícito de drogas já há algumas décadas. Assim, a pesquisa se justifica diante das pretensões firmadas em lei sobre o assunto e da avaliação de sua eficácia dentro do contexto da segurança pública.

DESENVOLVIMENTO

O crack

Entre as espécies de drogas vislumbra-se a substância conhecida popularmente como crack, a qual encontra-se inserida nas substâncias psicoativas sintéticas. Tem-se que *“o crack é uma droga de coloração branca, que obteve essa denominação devido ao som gerado no momento em que o produto entra em contato com o fogo”*. (ESCOHOTADO, 1997, p. 156). Assim, devido o ruído produzido pela porção petrificada dessa substância quando de sua incineração, ela foi apelidada e identificada como “crack”, sendo mais comumente encontrada em porções esbranquiçadas tendentes ao amarelo.

Tem-se que para a sua produção há o pisoteio de folhas de coca misturadas com querosene, as quais, maceradas em ácido sulfúrico diluído, chega-se à pasta-base de cocaína. Desta pasta, adiciona-se bicarbonato de sódio, chegando-se ao crack. Neste ponto, observe-se que o crack advém de um mesmo processo no qual a cocaína é produzida, sendo que em algum ponto da produção se guina para esta ou para aquela substância, não sendo o crack o resto de uma produção de cocaína. Quanto ao uso, temos que *“as formas mais comuns de uso do crack são a queima da substância juntamente com cinzas de cigarro ou mesmo com maconha (...) cachimbos*

de vidro, ou pipas improvisadas". (ALBURQUEQUE, p. 20, 2010) São também conhecidas como "*maricas*" os cachimbos improvisados confeccionados pelos usuários.

Ainda sobre o uso, há defensores de um certo ritual para o usuário desta substância, advindo a ideia de que "*o ritual que antecede o uso parece fazer parte do prazer oferecido pela droga. O preparo do cachimbo, onde é utilizado material caseiro, (...) é uma fase importante na busca do prazer*". (NAPPO, 1999, p. 2019).

Na busca desse prazer, o usuário desta substância, tal seja, o crack, experimenta a construção de uma dependência química, tendo fator relevante o elemento da fissura. Tem-se que "*a satisfação não aceita prazos, nem substituição de objetos. A falta a ser não parece provocada por um objeto não nomeável e irrecuperável, mas por um artifício, que, sobre o invólucro do objeto da demanda, mascara o sujeito do desejo*". (LEITE, 1999, p.16)

A fissura, conforme aventado cientificamente acima, detém um prisma de significado na cultura do usuário de crack, é a vontade exacerbada de uso da droga novamente, uma espécie de vontade fisiológica, como se fosse propriamente uma "*necessidade fisiológica*". Desta forma, é perceptível a alteração comportamental dos usuários neste estágio de fissura, gerando amplas ações, criminais ou não.

Ao longo dos anos a relação do consumidor de drogas com o vendedor traficante varejista veio se adequando a realidades de repressão ou de ausência dela. O Brasil, dada a longa fronteira e a proximidade com países produtores de coca, viu o uso do crack assolar os municípios com vendas comumente verificadas de preços que variam de cinco a dez reais a unidade (pedra/lasca).

Como parâmetro, encontramos na literatura menções de que no Japão, na década de 90, o quilograma da cocaína era vendido no mercado escuso pelo valor de cem mil dólares, na Espanha por trinta mil dólares e, em Miami, dado o avanço Colombiano sobre aquele território, treze mil dólares. (CAMPOS, 2014)

Ressalta-se que a América Latina detém os três maiores produtores de folhas de coca do mundo: Peru, Bolívia e Colômbia, todos próximos ao Brasil, o qual detém uma larga malha viária e aérea que possibilita grande consumo e, ainda, ser rota para Europa e Ásia.

O usuário de crack

A quantidade de droga que um indivíduo viciado em determinada substância utiliza por dia é ponto de partida para a identificação da sua conduta típica, por exemplo, quando um cidadão é encontrado pelas forças policiais portando substância proscrita.

Para verificação da importância em delimitar determinadas substâncias proscritas, tem-se a importante contribuição a informação de que, por exemplo, no Estado do Paraná, a *“maconha e cocaína, seja esta última na forma de sal ou de crack, correspondem a 97,86% das apreensões”*. (GOMES, 2014)

Neste sentido, de acordo com a Pesquisa Nacional sobre o Uso do Crack realizada por meio de parceria entre a SENAD/MJ e a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, o uso diário de um indivíduo viciado em crack é de 11 até 16 pedras. (GOMES, 2014)

A referida pesquisa destaca, no entanto, que não há como definir de forma minimamente precisa o peso em gramas e o conteúdo do que cada usuário denomina “pedra”. Desse modo, há uma subjetividade intrínseca às definições

utilizadas pelos próprios usuários. Inobstante a ressalva feita pela pesquisa, a Informação Técnica nº 023/2013 SETEC/SR/DPF/RS, constata que cada pedra de crack pode variar de 0,1 a 1,5 gramas. (GOMES, 2014)

Adiante, considerando o exposto acima, temos que, em um dia de vida, o indivíduo viciado no crack detém um gasto diário de R\$110,00 (cento e dez reais) a R\$160,00 (cento e sessenta reais), gerando, ao fim de um mês,

um valor entre R\$3.300,00 (três mil e trezentos reais) a R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais). Nota-se, nesta esteira de pensamento que o valor de custeio do vício é de quase 5 vezes o salário mínimo atual, o qual é de R\$954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais). (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018)

Observa-se até este ponto, que a demonstração em linhas do acima evidenciado em um gráfico x e y não tem ponto de interceptação, pois temos uma necessidade do usuário muito além da condição de vida de um brasileiro médio. Em escala de quase cinco para um, a necessidade vence a realidade mínima em uma consideração de mundo ideal onde o sujeito sob enfoque detém um emprego e auferir como rendimentos um salário mínimo por mês, sem nenhum desconto de alimentação, ou seja, uma tópica ideal, apenas para parâmetro da presente investigação.

Considerando que 78.68% dos usuários de crack são homens, ainda, que 31,32% tem idade entre 18 a 24 anos, que 57,60% estudaram da 4ª a 8ª do ensino fundamental, que 19,55% foram apenas alfabetizados, e que apenas 2% dos usuários de crack detém curso superior, conforme estudo da Fundação Oswaldo Cruz realizado no ano de 2014 (ICICT/FIOCRUZ, 2014), estamos, na verdade, com uma realidade muito aquém da delineada hipoteticamente no parágrafo anterior. Ainda, temos números de 39,04% do total de usuários de crack residindo nas ruas, o que descreve uma situação de penumbra e completa incapacidade financeira.

Em desenvolvimento à ideia lançada alhures, progride-se à investigação, ou levantamento, de qual a fonte de renda aferida por esses usuários de crack, ou, *stricto sensu*, de onde provém a poder de compra dos usuários, ou de parte deles? Neste sentido, a Fundação FIOCRUZ produziu interessante enfoque em sua pesquisa, vejamos:

Atividades ilícitas, como o tráfico de drogas e furtos/roubos e afins, foram relatados por uma minoria dos usuários entrevistados, 6,42% (IC95%:4,28-9,53) e 9,04% (IC95%:7,11-11,42), respectivamente. Mesmo assim, não se observou serem essas a fonte de renda principal dos usuários de crack e/ou similares, segundo o informado. Cabe aqui ressaltar que provavelmente

existe aqui uma subnumeração dessas atividades ilícitas, embora não seja possível estimar em que medida isso ocorreria. (FIOCRUZ, p. 56, 2014)

Observe que, mesmo sendo uma subnumeração conforme citada acima, temos que cerca de 15 por cento dos usuários admitiram atividades ilícitas para adquirir dinheiro direta e indiretamente para a compra de drogas, fato que já denota um número expressivo em um contexto de análise fria de dados estatísticos. Outro dado para indicar a subnumeração é que a mesma pesquisa aponta que 48,80% dos usuários de crack já foram presos alguma vez na vida. (FIOCRUZ, p. 65, 2014). Desses 48,80%, apenas 39,83% foram presos por crimes patrimoniais, o que já elevaria a quase 20 por cento dos usuários totais com envolvimento diretos (já com passagens policiais) por crimes contra o patrimônio, o que comprova, como já dito, a subnumeração.

Adiante, necessita-se averiguar o enlace construído pelas drogas e pela violência, ou seja, o que esta simbiose produz no plano fático social.

A droga e a violência

A relação drogas/violência referenciada por GOLDSTEIN (1985) estipula três vertentes: a primeira decorre dos efeitos psicofarmacológicos das drogas, sendo que em razão destes efeitos alguns indivíduos podem se tornar irracionais a ponto de agirem com violência. A segunda insere-se na formação da compulsão econômica, enquadrando aqui nosso recorte de pesquisa, envolvendo o potencial que a dependência da droga tem na incidência de crimes contra o patrimônio. A terceira, por fim, é a violência sistêmica, relacionada à dinâmica do comércio de drogas, vendas, controle de territórios entre outros aspectos.

Neste ponto, ressalta-se que alguns usuários de drogas acabam por seguirem em alistamento a atividades criminosas para angariarem fundos para a compra de drogas. Preferimos, neste viés, o entendimento de aquisição de bens para troca por dinheiro para a compra de drogas, ou a troca direta de bens pela droga, e não o entendimento de que se trata de um crime para o "sustento", pois não será a ausência da droga que fará o

indivíduo perder o seu vício nela, sendo, na verdade, um crime para o gozo do vício, e não para o sustento dele.

A Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas

No âmbito do Ministério da Justiça, ligado ao executivo federal, houve a criação da Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas (SENAD), criada originalmente pela Medida Provisória 1669, de 1998, e depois transferida para a estrutura do ministério em 2011. Entre suas atribuições, entre outras, constam as seguintes:

(...) articular e coordenar as atividades de prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e de dependentes de drogas e as atividades de capacitação e treinamento dos agentes do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas; apoiar as ações de cuidado e de tratamento de usuários e dependentes de drogas, em consonância com as políticas do Sistema Único de Saúde e do Sistema Único de Assistência Social; desenvolver e coordenar atividades relativas à definição, à elaboração, ao planejamento, ao acompanhamento, à avaliação e à atualização de planos, programas, procedimentos e políticas públicas sobre drogas; (...) (BRASIL, 2007)

Neste passo, como política pública, há anos a atenção vem sendo dada no setor de prevenção e tratamento, sendo que o SENAD viabilizou o Programa Crack, o qual tem em seu bojo, o compêndio de informações sobre a droga e seus efeitos, a prevenção, superação e o tratamento. Nota-se que a repressão sequer é aventada no principal programa sobre drogas e saúde pública do Brasil.

O SENAD então, mesmo estando no Ministério da Justiça, é apoiado por órgãos da saúde e da assistência social, mas não há, nenhum desenho macro no sentido da repressão.

Pelo Sistema Único de Saúde, tem-se as Unidades Básicas de Saúde/centros de saúde, que *“oferecem atendimento médico, e/ou de outros*

profissionais que farão uma primeira avaliação do usuário para que ele inicie o tratamento na própria unidade ou seja encaminhado para o serviço especializado” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Tem-se os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), onde há um “serviço especializado de atenção aos usuários que oferece atendimento médico psiquiátrico, psicológico e de outros profissionais, distribuição de medicação e apoio para as famílias” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018). Ainda, há o Consultório na Rua, que oferecem “atendimento aos dependentes químicos ocorre um ambulatório móvel por equipe formada por médicos, psiquiatras, enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos e pedagogos” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

Ainda no Sistema Único de Saúde tem-se o Programa de Redução de Danos, com *“ações preventivas e de acolhimento, como avaliação, atendimento e encaminhamento para rede de saúde e de assistência social” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018); o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), com “equipes compostas por profissionais de diferentes áreas de conhecimento, que atuam junto aos profissionais das equipes de Saúde da Família” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018); o **Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas III (CAPS ad 24 horas), que aponta um “serviço específico para o cuidado, atenção integral e continuada às pessoas com necessidades em decorrência do uso de álcool, crack e outras drogas” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018); ainda, o **Centro de Atenção Psicossocial para Infância e Adolescência (CAPSi), com o “serviço que acolhe crianças, adolescentes e jovens até 25 anos de idade, com transtornos mentais e/ou com problemas em decorrência do uso de álcool, crack e outras drogas, observando as orientações do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018); as Enfermarias Especializadas, as Unidades de Acolhimento Adulto (UAA), Unidades de Acolhimento Infanto-juvenil (UAI) e, por fim, as Comunidades Terapêuticas, as quais “oferecem atenção e cuidado aos adultos, de ambos os sexos, com necessidades em decorrência do uso de álcool, crack e outras drogas, que apresentem quadro clínico estável” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018) .*****

Junto ao Sistema Único de Assistência Social, temos os Centros de Referência de Assistência Social e os Centros de Referências Especializada de Assistência Social.

Pois bem, analisemos outra faceta do mesmo prisma, ou seja, de onde vem recursos para a sustentabilidade dos programas de atenção aos usuários de drogas, o FUNAD.

O Fundo Nacional Antidrogas é gerido pela SENAD, e tem seus recursos constituídos de dotações do orçamento da União, de doações, de recursos de qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico de drogas de abuso ou utilizado em atividades ilícitas de produção ou comercialização de drogas, após decisão judicial ou administrativa tomada em caráter definitivo.

Nesta ótica, tem-se que os recursos deste fundo são aptos a ações, programas e atividades de repressão (grifo nosso), tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes de substâncias psicoativas. Temos autores que entendem o inverso, que a "*rede pública de saúde gasta milhões e milhões de reais com dependentes de droga, mas seu consumo não colaborou com nenhum centavo aos cofres públicos*".(CAMPOS, 2014, p.125)

Continuando a investigação, temos junto ao Portal da Transparência do Governo Federal que no ano de 2017, 39% (trinta e nove por cento) dos contratos/convênios do FUNAD foram celebrados com Entidades Sem Fins Lucrativos, 9% (nove por cento) celebrados com Organismos Internacionais, e 7% (sete por cento) com Fundo Público. Ainda, temos apenas 22% (vinte e dois por cento) de recursos contratados com a administração pública estadual, e destes, temos que entre as 10 (dez) maiores receptoras de recursos são unidades de Secretarias de Saúdes (estaduais), demonstrando de sobremaneira que existe uma preponderância da prevenção e tratamento na destinação de recursos para o enfrentamento às drogas.

Em contrapartida a essa política pública, observou-se em 2005, no II Levantamento Domiciliar sobre Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, houve o apontamento de que 0,7% dos entrevistados usaram crack uma vez na vida, e 0,1% dos entrevistados usaram crack no último mês/e no último ano. Em 2012, conforme Pesquisa Nacional Sobre o Uso do Crack, 0,81% da população nas capitais informaram o uso de Crack.

A Segurança Pública

Temos que a Segurança Pública que tem um objeto definido, qual seja: a manutenção da ordem pública. Para tanto, os órgãos encarregados de exercê-las, tais sejam, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civas, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, atuam para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. No tocante à segurança, temos que esta "*tem em vista a convivência pacífica e harmoniosa da população, fundando-se em valores jurídicos e éticos, imprescindíveis à existência de uma comunidade*". (CARVALHO, 2011, p. 1227).

Dentro deste sistema de segurança pública, faz-se menção o trabalho das polícias judiciárias, ou seja, as polícias que atuam na atividade repressiva, tais sejam: Polícias Civas e Polícia Federal.

Observe-se como exemplo o Estado do Tocantins, a Polícia Civil do Estado do Tocantins detém uma Delegacia Especializada no Combate ao Narcotráfico – DENARC/Palmas, sendo que os cerca de 270 mil quilômetros quadrados de extensão e os 139 municípios são atendidos por apenas uma unidade especializada que conta com apenas um Delegado de Polícia, conforme informações contidas no sítio eletrônico da Secretaria de Segurança Pública do Tocantins. (SECRETARIA DA SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, 2018)

Outro exemplo, o Estado de Minas Gerais, a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais detém um Departamento Especializado de Combate ao Narcotráfico, composto de seis delegacias de polícia que atuam na capital do Estado. Não há nenhuma outra unidade avançada, sendo que Minas Gerais detém 853 municípios e 586 mil quilômetros quadrados. (POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2018)

Esses poucos recursos disponibilizados pelo Estado na repressão acabam por propiciar uma forte condição para o tráfico ilícito de drogas organizado no Brasil, gerando uma base de construção para os narcotraficantes:

Diversas razões fizeram do Brasil um local propício às atividades de trânsito e exportação; entre eles: falta de uma política séria e eficaz no combate a esse tipo de crime (...) insuficientes condições de policiamento, com um efetivo muito baixo para vigiar fronteiras, portos e aeroportos; falta de pessoal especializado e de equipamentos adequados, e outros. “grifo nosso” (STEIMAN, apud CAMPOS, 2014, p. 129)

Frisa-se que a repressão é tratada como aspecto subalterno, mas a redução de oferta se tratava desde o início da consolidação das políticas públicas sobre o tema como a principal proa. A Resolução n.3, de 27 de outubro de 2005, do CONAD, aprovou sua Política Nacional sobre Drogas, e a respeito da redução da oferta de drogas dispôs:

As ações contínuas de repressão devem ser promovidas para a reduzir a oferta das drogas ilegais e/ou de abuso, pela erradicação e apreensão permanentes destas produzidas no país, pelo bloqueio do ingresso das oriundas do exterior, destinadas ao consumo interno ou ao mercado internacional pela identificação e desmantelamento das organizações criminosas. (MARCÃO, 2009, p. 10)

A Lei 11343 de 2006, conhecida como Lei de Drogas, trouxe nova roupagem legal para o enfrentamento de drogas no país, avançando em diversos aspectos com relação ao diploma legal anterior. Com a nova lei, houve toda uma nova sistemática para a SENAD, bem como para o FUNAD, considerado, assim, um marco de atuação do problema do tráfico ilícito de drogas.

Mesmo assim, no Brasil não temos, por exemplo, uma DEA (Drug Enforcement Administration) dos Estados Unidos da América, ou seja, não há uma polícia específica para a investigação das organizações voltadas ao narcotráfico, mas, sim, unidades especializadas dentro de cada corporação investigativa, que, como demonstrado acima, sofrem sem conseguir atingir objetivos devido a ausência de destinação de recursos.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho partimos, a priori, em analisar o crack, conceituando-o, identificando-o e o parametrizando, vez que se trata de denominação social dada a uma substância advinda da cocaína. Após, debruçamos sobre o usuário do crack e sobre a fissura criada com o vício nesta substância, chegando até o efeito financeiro, ou seja, vinculamos o uso do crack e o usuário do crack, apontando os contornos econômicos gerados por esta simbiótica relação.

Adiante, a pesquisa guiou-se pela relação entre a violência e as drogas, estipulando alicerces para, em conjunto com a demonstração estatística, demonstrar a relação de crimes patrimoniais e a atuação do usuário de crack,

Em terceiro tempo, analisamos o enfrentamento governamental deste problema de segurança pública junto à Secretaria Nacional de Políticas Antidrogas, averiguando a destinação de recursos e a proa de atividade dos órgãos ligados.

Em quarto momento, direcionamos a análise sobre a Segurança Pública, envolvendo os seus órgãos e o sucateamento de órgãos importantes dentro do sistema proposto legalmente.

Desta forma, no decorrer desta investigação se demonstrou que a atuação estatal com suas políticas públicas detém a proa de ação em três vertentes quando frente às drogas: repressão, prevenção e tratamento.

Observamos, no processo de análise, que a grande fatia orçamentária é destinada a ações governamentais de tratamento e prevenção, sendo destinado pequena monta à ações repressivas.

Após, chegamos à informação de que, em que pese as ações de tratamento e prevenção serem a base de ação estatal, esta não conseguiu frear o crescimento de usuários de drogas, sobretudo do crack, usado como parâmetro em parte do trabalho.

Continuamos a análise sobre as polícias investigativas e sobre a terrível realidade que as assola em níveis estruturais, de pessoal e de equipamentos, atuando de forma mísera em relação ao objeto drogas.

Nesta convicção, chega-se a resolução de que o aumento de destinação de recursos para combate ao tráfico ilícito de drogas através de suas forças policiais se trata de medida urgente a ser tomada como política pública. A própria lei estabelece um tripé formado pela prevenção, tratamento e repressão, sendo que nenhuma destas metas pode conseguir chegar ao objeto de redução dos efeitos sociais nocivos se manejados separadamente, e, dois deles também não serão capazes. Assim, somente com a atuação maciça dos três prismas (prevenção, tratamento e repressão) ter-se-á uma alteração da realidade social.

A destinação de recursos específicos para as unidades que reprimem o tráfico ilícito de drogas é medida que incidirá diretamente na redução de crimes patrimoniais, conforme investigado, sendo, então, caminho trilhado para o sucesso a implementação de medidas que favoreçam esse espectro.

As policiais investigativas sofrem devido a poucos investimentos que acabam impossibilitando uma derrogada de oferta de drogas, gerando o sentimento comumente conhecido como “enxugar gelo” entre os policiais. Como não há uma polícia específica para o enfrentamento do narcotráfico, dotar as unidades de cada polícia investigativa de suprimentos, pessoal, diárias, equipamentos, veículos é função primordial para atuação a contento.

Diante do exposto, conclui-se que as políticas públicas no tocante à Segurança Pública não podem ser suprimidas por ações de tratamento e prevenção, devendo ser destinado, também, em números páreos, a ações de repressão qualificada.

REFERÊNCIAS

ALBURQUEQUE, Bernado Starling. Idade doida da pedra: configurações históricas e antropológicas do crack na contemporaneidade. In: SAPORI, Luis Flavio; MEDEIROS, Regina (Org.). CRACK: um desafio social. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2010.

BRASIL. Decreto n. 6.061, de 15 de mar. de 2007. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça e dá outras providências. Brasília/DF, mar 2007.

CAMPOS, Rui Ribeiro. Geografia política das drogas ilegais. Leme: Editora JHMIZUNO, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 17. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ESCOHOTADO, Antônio. O livro das drogas: usos e abusos, desafios e preconceitos. São Paulo: Dynamis Editorial, 1997.

GOLDSTEIN, P. The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework. Journal of drugs, v. 14, 1985. Disponível em <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/002204268501500406>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

GOMES, Maria Tereza Uille. Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006. Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014.

LEITE, M. Cocaína e crack: dos fundamentos ao tratamento. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Políticas Sobre Drogas: tratamento. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/programa-crack-1/tratamento>>. Acesso em 22 de jul. 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Salário mínimo. Disponível em . Acesso em 25 de ago. 2018.

NAPPO, Solange Aparecida. Análise qualitativa do uso de cocaína: um estudo em São Paulo. IN: LEITE, Marcos da Costa; ANDRADE, Arthur Guerra. Cocaína e crack: dos fundamentos ao tratamento. Porto Alegre: Artmed, 1999.

II Levantamento Domiciliar sobre Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil – 2005. Coordenação: José Carlos F. Galduroz – São Paulo: Páginas & Letras Editora, 2006.

Pesquisa Nacional Sobre o Uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras? / Organizadores: Francisco Inacio Bastos, Neilane Bertoni. – Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Unidades. Disponível em . Acesso em 28 de ago. 2018.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. Governo Federal. Disponível em <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/orgaos/30912?ano=2017>>. Acesso em 22 de jul. de 2018.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS. Polícia Civil. Disponível em <<https://www.ssp.to.gov.br/>>. Acesso em 22 de jul. 2018.

UMA RELEITURA DO DIREITO À TRÉPLICA NOS DEBATES DO TRIBUNAL DO JÚRI

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-graduado em Ciências Criminais e em Direito Eleitoral pela PUC Minas. Pós-graduando em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC Minas. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: neste artigo o autor realizou um estudo sobre os debates em plenário do tribunal do júri. Seu objetivo principal foi defender que o direito à tréplica pela defesa pode ser utilizado sem vinculação ao uso da réplica pela acusação. A partir da estratégia de pesquisa qualitativa, foi empregado o método dedutivo. Para suporte à elaboração do trabalho, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. O trabalho foi desenvolvido em três capítulos. O primeiro fez um breve apanhado histórico do tribunal do júri, o segundo analisou os princípios constitucionais que norteiam esse tribunal e o terceiro fez uma análise do procedimento especial do tribunal do júri, destacando seus aspectos mais relevantes ao presente estudo. Ao final do último capítulo o autor apresenta um posicionamento crítico fundamentado partindo dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da plenitude de defesa para concluir, a despeito de divergências, que a defesa poderá ir à tréplica sem vínculo ao uso efetivo da réplica da acusação.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Plenitude de Defesa. Tréplica.

ABSTRACT: in this article the author conducted a study on the plenary debates of the jury's court. Its main purpose was to defend that the right to a rejoinder by the defense can be used without being bound by the use of the rejoinder by the prosecution. From the qualitative research strategy, the deductive method was used. To support the elaboration of the work, the bibliographic research technique was used. The work was developed in three chapters. The first made a brief history of the jury, the second analyzed the

constitutional principles guiding this court and the third made an analysis of the special procedure of the jury, highlighting its most relevant aspects to the present study. At the end of the last chapter the author presents a critical position based on the principles of the adversary, the ample defense and the full defense to conclude, despite differences, that the defense can go to the rejoinder without link to the effective use of the replica of the accusation.

KEY WORDS: Criminal Procedural Law. Jury court. Fullness of Defense. Rejoinder.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 Justificativa. 1.2 Dos Objetivos. 1.3 Referencial teórico. 1.4 Metodologia de pesquisa. 2. Breve apanhado histórico do tribunal do júri. 2.1 Síntese dos antecedentes tidos como mais remotos. 2.2 Síntese da instituição do tribunal do júri no direito brasileiro. 3. Dos princípios constitucionais que norteiam o tribunal do júri. 4. Procedimento especial do tribunal do júri. 4.1 Dos debates. 4.2 Do direito à tréplica à luz do contraditório, da ampla defesa e da plenitude de defesa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tribunal do júri representa “uma instituição de apelo cívico, demonstrativa da importância da cidadania e da democracia na vida em sociedade.” (NUCCI, 2011, p. 42). Contudo, mais que sobre a natureza do júri, com suas reconhecidas virtudes e inegáveis imperfeições, este trabalho visa analisar o julgamento realizado em plenário, pois este é o momento mais aguardado por todos, e o clímax se dá exatamente com os debates orais. Como se sabe, é nessa fase que os jurados tomam conhecimento das teses utilizadas pela acusação e pela defesa.

O convite da discussão do tema cuida de definir que o direito à tréplica pela defesa durante os debates em plenário do tribunal do júri pode ser utilizado sem vinculação ao uso da réplica pela acusação. Assim, é na tréplica que esse trabalho vai focar.

Para o desenvolvimento do tema, o trabalho será dividido em três capítulos, sendo feito no primeiro um breve apanhado histórico do tribunal do júri. Não obstante esse histórico ser secundário ao tema proposto neste trabalho, entende-se que o conhecimento da evolução do júri ao longo do tempo também serve de esteio para aguçar questionamentos jurídicos e políticos desse tribunal atualmente.

No segundo capítulo, será importante ingressar na análise dos princípios constitucionais que norteiam o tribunal do júri. Para tanto, serão valiosas as obras de renomados autores de nosso direito pátrio. No terceiro capítulo, haverá uma análise do procedimento especial do tribunal do júri, destacando seus aspectos mais relevantes ao presente estudo. Ao final do último capítulo será feita uma abordagem crítica sobre a temática, dando especial atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e da plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, "a"), sem obstar o tratamento dado pela literatura a respeito do tema em estudo.

1.1 Justificativa

É de se notar a oportunidade desse estudo, pois, atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5295, de 2009, que busca alterar a redação do § 4º, do art. 476 do Código de Processo Penal (CPP), a fim de possibilitar que durante os debates no tribunal do júri, a defesa possa fazer uso da tréplica, independentemente da utilização ou não do tempo destinado à réplica, pela acusação.

Seja como for, o certo é que esta questão deve merecer uma reflexão mais profunda, que finda por servir de base a uma importante questão, adiante enfrentada, qual seja: é possível o direito à tréplica pela defesa sem a vinculação do uso da réplica pela acusação nos debates do tribunal do júri? A resposta a essa indagação será a nossa missão no presente estudo.

O que faremos aqui será defender, para dizer em uma única frase, o direito de sempre haver nos debates do júri o uso da tréplica pela defesa. Esse estudo trará para o plenário do tribunal o seu grande maestro: o *princípio da plenitude de defesa*. Na verdade as peculiaridades do julgamento pelo tribunal popular, onde jurados leigos julgam "seus pares"

por convicção íntima, impuseram a necessidade de cercar a defesa do réu de maiores garantias, devendo, por isso mesmo, a defesa ser a mais completa possível, como a dizer, plena.

1.2 Dos Objetivos

O objetivo geral deste artigo visa fundamentar que o direito à tréplica pela defesa poderá ser utilizado durante os debates em plenário do tribunal do júri, ainda que não haja o uso da réplica pela acusação.

A título de objetivos específicos, pretende-se:

- a) analisar a origem histórica do tribunal do júri;
- b) examinar a legislação atinente ao tema;
- c) identificar os posicionamentos divergentes de ilustres autores em Direito Penal e Processual Penal sobre a temática em estudo;
- d) realizar uma abordagem crítica sobre a ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da plenitude de defesa durante os debates em plenário do júri brasileiro.

1.3 Referencial Teórico

O presente artigo adota como referência teórica alguns trabalhos jurídicos publicados pelo professor e advogado Jader da Silveira Marques, que trazem à tona uma reflexão sobre o tema, intitulados: *A Réplica e a Tréplica nos Debates do Tribunal do Júri*. Revista IOB de direito penal e processo penal, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 169-170, out./nov. 2008; *Tréplica sem réplica no júri: por que não?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 23, n. 268, p. 7-8, mar. 2015; *Lealdade e Paridade de Armas: tréplica sem réplica no tribunal do júri*. Florianópolis: Empório do Direito, 17 out. 2016. Nos ensinamentos desse ilustre autor:

Por qualquer ângulo que se veja a questão, não há justificativa para o acusador deter o poder de dizer o procedimento, em prejuízo da defesa, pois, no embate das teses, ele poderá usar da faculdade da réplica

quando entender que isto é importante para a melhor apreensão da tese acusatória. A defesa, por outro lado, não dispõe da mesma possibilidade. (MARQUES, 2015, p. 7).

Por sua vez, a doutrina majoritária no direito brasileiro entende que não pode haver nos debates do tribunal do júri a tréplica, sem réplica, pois isso obedece a uma lógica dialética. Portanto, trata-se de um tema de embate na doutrina. Resta dizer, ainda, que a jurisprudência ainda não cristalizou entendimento sobre o tema proposto. No entanto, para haver uma contribuição real para o júri brasileiro e os possíveis rumos jurisprudenciais a serem seguidos é de suma importância o aprofundamento da discussão desse assunto.

1.4 Metodologia de Pesquisa

A partir da estratégia de pesquisa qualitativa, foi empregado o método dedutivo, no qual se partiu de preceitos gerais consagrados no Direito para características especiais do assunto abordado. Para suporte à elaboração do trabalho, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica e da legislação. Para tanto, foram analisados dados secundários (artigos científicos, periódicos, julgados e livros de doutrina jurídica de renomados autores, especificamente de direito processual penal).

Enfim, considerando a amplitude e complexidade do tema, verificou-se a necessidade de proceder-se a uma pesquisa interdisciplinar abordando conceitos e institutos de variados ramos do Direito, tais como Filosofia Jurídica, Teoria do Direito, Direito Penal e Processual Penal e Direito Constitucional.

2. BREVE APANHADO HISTÓRICO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O tribunal popular, hoje denominado tribunal do júri, já experimentou ao longo do tempo variadas formas que permitiram a participação popular direta em julgamentos de pessoas acusadas por cometimento de crimes. Verifica-se na doutrina uma grande imprecisão sobre sua origem na história da humanidade. Apesar de toda divergência, há certos

posicionamentos que se afiguram mais importantes, seja em razão de seu valor histórico, seja em razão de sua aceitação nos dias atuais. Vejamos, pois, o que mais se destaca na doutrina.

2.1 Síntese dos antecedentes tidos como mais remotos

Sem muitas delongas, conforme se observa a controvérsia na doutrina em relação à origem do tribunal do júri como instituição histórica, parte dos autores imputa o embrião desse instituto nas antigas civilizações, especialmente, nas leis do Profeta Moisés, que teria vivido segundo muitos historiadores em torno do século XV a.C.

As leis mosaicas foram às primeiras que mostraram que os julgamentos eram feitos por grupos de pessoas e não por um julgador apenas. Ligados à origem do povo de Israel, os livros do Pentateuco (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) continham ordens e proibições morais, civis e religiosas onde o julgamento se dava pelos pares e em nome de Deus, num sistema político-religioso que subordinava o magistrado ao sacerdote.

Esses cinco livros fazem referências ao Tribunal Ordinário, ao Conselho dos Anciãos e ao Grande Conselho d'Israel (TUCCI, 1999, p.14). A propósito, apenas para ilustrar, é o livro de Êxodo da Bíblia, em seu capítulo 18, versículos 25 e 26, *in verbis*:

25 Escolheu Moisés homens capazes, de todo o Israel, e os constituiu por cabeças sobre o povo: chefes de mil, chefes de cem, chefes de cinquenta e chefes de dez.

26 Estes julgaram o povo em todo tempo; a causa grave trouxeram a Moisés e toda causa simples julgaram eles. (Ex 18, 25-26)

Por sua vez, outra corrente doutrinária mais liberal, atribui a origem do júri, dado a sua característica de tribunal democrático popular, a Grécia antiga, por volta do século V a.C., ocasião em que o incremento da participação popular nas decisões do governo, os discursos em praça pública

e o aprimoramento da retórica permitiram o lançamento das bases desta instituição (MAMELUQUE, 2009, p.33).

O ilustre autor Rogério Lauria Tucci (1999), em obra que serve de referência no tema da origem do tribunal do júri, explica que na Atenas Clássica o *Areópago* –tribunal ateniense que julgava os homicídios premeditados e sacrilégios – era formado por antigos *arcontes* – antigos magistrados gregos – que seguiam apenas os ditames de sua consciência e eram guiados pela *prudência* de um senso comum jurídico.

A *Heliéia*, por sua vez, era um tribunal popular composto por um número significativo de *heliastas* – cidadãos representantes do povo que se reuniam ao ar livre – que ouviam a defesa do réu e depois julgavam todos os crimes que não fossem de sangue. Em Esparta, os *Éforos* (juízes do povo) tinham atribuições semelhantes às dos *Heliastas* (TUCCI, 1999, p. 13-14).

Autores mais conceitualistas atribuem que o autêntico embrião do tribunal popular, isto é, de determinação do julgamento do ser humano, integrante da comunidade, por seus pares, reclama, no mínimo, uma certa estruturação, por mais rudimentar que seja, e, também, a observância de regras, ainda que poucas, mas previamente estabelecidas.

Essa situação, assim concebida, só teve lugar, para Tucci (1999, p. 16), nos áureos tempos do império romano, mais precisamente no segundo período evolutivo do sistema acusatório do processo penal, em que o júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecido por *quaestio*, que tinham a finalidade de investigar e julgar. Segundo o autor, a primeira *quaestio* foi instituída pela *Lex Calpurnia*, do ano 149 a.C., e com o decorrer do tempo esse grupo adquiriu natureza permanente e passou a ser denominado *quaestiones perpetuae* e se projetou a *accusatio*, carecedora da figura do acusador particular.

Não é demais lembrar que o “julgamento de crimes por pessoas comuns foi praticamente extinto na Idade Média, haja vista que a monarquia e a Igreja Católica, não permitiam a delegação de poderes a membros da sociedade.” (SILVA, 2010, p. 26). Entretanto, lembra Tucci (1999, p. 25), citando estudo de Arthur Pinto da Rocha, que existiram entre os povos

bárbaros, em especial, os germânicos, tribunais populares bárbaros e feudais muitos antigos conhecidos como *vehmicos*. A nosso ver, por ser o direito medieval um sistema de “ordens” que subordinava a lei aos reis e aos senhores feudais, não haveria como perdurar o júri na Idade Média.

Sem embargo, vale destacar observação feita já nas primeiras décadas do século passado pelo autor Firmino Whitaker sobre o instituto do júri:

O jury em sua simplicidade primitiva, remonta às primeiras épocas da humanidade. Qualquer que fosse a dúvida levantada nas tribus errantes, sem leis positivas e autoridades permanentes, a decisão era proferida pelos pares dos contendores. Constituída melhor a sociedade e estabelecida a divisão de poderes, na qual se incluía a faculdade de aplicar leis e administrar justiça por magistrados especiaes, o jury ficou com suas attribuições limitadas. (WHITAKER, 1930, p. 8).

Independentemente da polemização sobre a origem do júri, a corrente com maior número de adeptos aponta que os sistemas de julgamentos referidos nos tempos de Moisés, na Antiga Grécia e no Império Romano consistiam tão-somente em formas de julgamentos pelos pares, que não equivaliam de modo nenhum ao tribunal do júri atual, pois este reivindica um juiz imparcial, normas e preceitos jurídicos. Desse modo, a origem desse instituto se deu somente na Inglaterra, quando foi editada a *Magna Charta Libertatum*, ao tempo do Rei João Sem Terra no período sucessivo ao IV Concílio de Latrão, que havia sido convocado pelo Papa Inocêncio III para o ano de 1215.

A *Magna Charta Libertatum* aboliu as *Ordálias* ou *juízos de Deus* que era uma prática muito antiga e que foi amplamente utilizada na Idade Média. As *ordálias* consistiam em submeter o acusado de algum crime a uma prova – normalmente dolorosa ou perigosa – que indicaria ou não a sua inocência, pois se acreditava na intervenção divina durante a provação proposta que impediria o mal imposto pela *ordália* (provação pelo fogo, pela água quente, pela água gelada e outras degradantes situações físicas).

Enfim, da Inglaterra o tribunal do júri se espalhou pelo continente europeu, principalmente devido ao fato desse tribunal se opor aos julgamentos despóticos até então realizados, sendo o júri uma forma de proteção social. Apresentando em cada povo as peculiaridades que atendessem ao sistema jurídico-penal local, o tribunal do júri ganhou notoriedade na França com a Revolução de 1789, principalmente pela impopularidade e desconfiança nos tribunais formados por juízes togados.

Hodiernamente, a Itália, Portugal, Espanha e outros, utilizam o sistema *escabinado*, em que tanto os juízes leigos quanto os togados votam, diferenciando-se do tribunal do júri tradicional em razão de não possuir o juiz togado direito de voto. Nesse diapasão, a *Magna Charta* inglesa costuma ser tida como o documento histórico mais remoto de consagração do júri, até mesmo em razão da forte influência que exerceu na formação do Direito no sistema *common law*.

2.2 Síntese da instituição do tribunal do júri no direito brasileiro

No direito brasileiro, atendendo ao pedido do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, Dom Pedro de Alcântara de Bragança (Dom Pedro I), então Príncipe Regente do Reino do Brasil, editou o Decreto de 18 de junho de 1822 que criou o tribunal do júri para o julgamento dos crimes de imprensa, que podia ser revisto somente por clemência real.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, inspirada no direito inglês, fortaleceu o instituto do júri colocando-o no título pertinente ao Poder Judicial para julgar infrações cíveis e criminais (art. 151). A composição do júri seria por juízes e jurados, estes se pronunciariam sobre o fato e aqueles aplicariam as leis (art. 152).

Destaca-se nesse período, também, uma lei de 20 de setembro 1830, inspirada no júri inglês, que criou o “júri de acusação” e o “júri de julgamento”. Em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império, que ampliou sobremaneira as atribuições do júri. O júri de acusação foi abolido em 1841, pela Lei nº 261 que reformou o Código de Processo Criminal.

Na primeira Constituição republicana em 1891 o tribunal do júri foi mantido (§ 31 do art. 72), sendo criado, ainda, o júri federal (Decreto 848, de 1890). Por conseguinte, todas as Constituições brasileiras, com ou sem ampliação dos dizeres, mantiveram a instituição do júri: art. 72, § 31, da Constituição de 1891; art. 72 da Constituição de 1934; art. 141, § 28, da Constituição de 1946; art. 150, § 18, da Constituição de 1967; e o art. 153, § 18, da Emenda Constitucional nº 01, de 1969.

Insta lembrar que a Carta de 1937, que inaugurou o período do Estado Novo, nenhuma referência fez ao júri, daí surgindo opiniões sobre sua extinção, até que no Decreto-lei nº 167, de 1938, que regulou a instituição do júri, houve o esclarecimento de que o tribunal popular fora mantido pelo preceito genérico do art. 183 previsto na referida Constituição (TUCCI, 1999, p. 32).

Nos dias atuais, o legislador constituinte de 1988 teve maior preocupação com o instituto do tribunal do júri, colocando-o sob a proteção da cláusula pétrea, ao figurar-se dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII). Frise-se, ainda, que o júri está disciplinado pelos artigos 406 a 497 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689/08.

Já agora, o tribunal do júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, colegiado e heterogêneo, composto por um juiz togado, que o preside, e vinte e cinco jurados. Estes são pessoas leigas, de nacionalidade brasileira, maiores de dezoito anos, idôneas e alfabetizadas, que são sorteadas dentre os alistados, dos quais sete, também por sorteio (com participação das partes pelo sistema das recusas), constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento (art. 447 CPP).

Os jurados possuem o dever de decidir sobre o fato por convicção íntima. Em relação ao exercício funcional os jurados podem responder por concussão, corrupção, prevaricação, além de outros delitos pertinentes aos funcionários públicos (art. 445 CPP), aplicando-se, ainda, aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.

Em que pese a competência do júri ser constitucional ela não é absoluta. Basicamente nos casos de competência especiais por prerrogativa de função, estabelecido diretamente pela Constituição Federal, a autoridade será processada e julgada pelo respectivo foro especial e não pelo tribunal do júri. Isso porque, quando ambas as competências forem constitucionais, prevalece a jurisdição superior do tribunal. Frise-se que a prerrogativa deve estar prevista na Constituição Federal, pois se estiver em Constituição estadual ou lei ordinária prevalece a competência constitucional do Júri. Nessa mesma linha foi editada a Súmula nº 721 do STF: "A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual".

Vale ainda consignar que o júri, como instituição reconhecida pela Constituição, é uno, mas "por razões pertinentes à competência em razão da matéria, da pessoa ou do local onde ocorreu o crime, pode ser integrado à Justiça Comum da União (*Júri federal*) ou à Justiça Comum dos Estados da Federação (*Júri estadual*)." (CAMPOS, 2010, p. 12).

3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM O TRIBUNAL DO JÚRI

A moderna noção de Estado Democrático de Direito, como Estado constitucional, não se coaduna mais com o mero Estado legal, regulado por leis, mas como um modelo material de organização política. Em outros termos, "toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos" (BITENCOURT, 2011, p. 55).

Buscando uma breve definição para o vocábulo "princípio", tem-se que este provém do latim *principium*, que significa: base, origem, início. Etimologicamente, princípio tem vários significados. Para o propósito deste trabalho, vale destacar "o de ser um momento em que algo tem origem; é causa primária ou o elemento predominante na constituição de um todo orgânico" (NUCCI, 2011b, p. 23).

Nessa linha de pensar, a Constituição Federal consagrou de forma cristalina os princípios do **contraditório** e da **ampla defesa** no inciso LV do artigo 5º, segundo o qual: "aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 2018b, p. 16).

Muito mais que dar unidade, harmonia e coerência a todo o sistema jurídico, o contraditório e a ampla defesa – que são intimamente ligados – garantem todas as medidas necessárias para que as partes possam influir sobre a formação do convencimento do juiz, com todos os meios e recursos que lhe sejam essenciais.

Inegável na doutrina que além da dimensão formal do contraditório que se desdobra no direito à informação e garantia de ser ouvido – reação –, deve ser observado, ainda, a sua dimensão substancial que representa uma participação efetiva das partes no processo capaz de influenciar a decisão do magistrado, que deve em contrapartida apreciar todos os elementos de argumentação e de prova deduzidos no processo.

Grosso modo, a **ampla defesa** corresponde à dimensão substancial do contraditório. “O direito de defesa, em sua significação mais ampla, é direito latente em todos os preceitos emanados do Estado, pois constitui o fundamento primário e básico da segurança jurídica estabelecida pela vida social organizada” (MARQUES, 1997, p. 487).

Antes de mais, faz-se uma breve ressalva. No rastro de uma decisão justa, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados de forma excepcional no inquérito policial sempre que houver produção de provas urgentes, cautelares e antecipadas que não poderão ser repetidas em juízo.

Continuando, a ampla defesa, como garantia individual, contempla tanto a autodefesa quanto a defesa técnica, a cargo de defensor constituído ou dativo. Exige-se, pois, defesa obrigatória do réu, ainda que revel (artigo 261 c/c 497, V, do CPP).

Acresça-se, por oportuno, que “O fato de o réu ter defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba no processo, atividade efetiva do advogado no sentido de assistir o acusado” (FERNANDES, 2007, p. 299). Nesse sentido é a Súmula nº

523 do STF, *in verbis*. “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Pois bem! Quando se trata do júri, não basta assegurar ao réu a ampla defesa e o contraditório. Com sapiência, o constituinte estabeleceu no art. 5º, inciso XXXVIII, quatro princípios processuais que devem ser respeitados, sob pena de se violar o devido processo legal:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; (BRASIL, 2018b, p. 15).

Em bom Português! No júri é necessária maior cautela! Por isso mesmo, o legislador constituinte buscou assegurar ao acusado a **plenitude de defesa** (art. 5º, XXXVIII, “a”), ou seja, uma defesa mais vasta que deve ser exercida no seu grau máximo, de maneira absoluta, perfeita, sob pena de ser dissolvido o Conselho de Sentença. É importante salientar aqui, que o tema da plenitude de defesa será abordado novamente no item 4.2, quando será analisado o direito à tréplica nos debates do júri.

Outro princípio constitucional regente no júri é o **sigilo das votações** (art. 5º, XXXVIII, “b”). Por este princípio entende-se que os jurados decidem a causa por meio de votações secretas, não se identificando a maneira como votou cada cidadão leigo. Visa tal princípio preservar a imparcialidade do julgamento, de modo a deixar os jurados livres e isentos para decidirem o destino do acusado, longe de qualquer interferência que possa haver à vista do público (FERNANDES, 2007, p. 188).

Na prática, o julgamento pelos jurados se dá em plenário, esvaziado, ou em sala especial, longe das vistas do público, que continuaria em plenário, conforme dispõem o *caput* e § 1º do art. 485 do CPP com redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008:

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação.

§ 1º Na falta de sala especial, o juiz presidente determinará que o público se retire, permanecendo somente as pessoas mencionadas no *caput* deste artigo. (BRASIL, 2018a, p. 120).

Há uma discussão na doutrina, hoje superada pela ampla maioria, de que o sigilo das votações violaria o princípio constitucional da publicidade nos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (art. 5º, LX e art. 93, IX). Frise-se que o próprio texto constitucional – em ambos os dispositivos – traz ressalva acerca do sigilo.

A Constituição também estabeleceu a **soberania dos veredictos** (art. 5º, XXXVIII, "c"), isto é, a decisão coletiva dos jurados, chamada de veredicto, não pode ser mudada em seu mérito por qualquer tribunal togado. Essa garantia foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1946 e mantida na Constituição de 1967. Contudo foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, gerando grande controvérsia à época.

É certo que o júri é soberano, mas isso não significa que possa passar ileso ao controle de suas decisões. Há durante o processo um prévio controle judicial sobre a admissibilidade do julgamento, sobre a competência e sobre a ocorrência de excludente de ilicitude (FERNANDES, 2007, p. 190).

Nesse trilhar, não caracteriza ofensa à soberania dos veredictos dos jurados o fato de ser possível encaminhar o réu a novo julgamento, pois apesar do constituinte ter imposto o respeito à votação dos jurados não pretendeu que a decisão fosse única (FERNANDES, 2007, p. 190-191).

Há que se considerar, ainda, controvérsia na doutrina acerca do tribunal togado ingressar no mérito, em sede de revisão criminal, para absolver o réu condenado pelo júri. Dentre os variados argumentos na doutrina ressalta-se o de que a revisão criminal é garantia implícita da Constituição e, entre duas garantias, deve prevalecer a mais favorável à liberdade, no caso a garantia da revisão sobre a garantia da soberania dos veredictos.

Não há como negar que a decisão soberana do povo precisa ser respeitada na sua integralidade. Se a participação popular por meio do júri é tão enaltecida por muitos, como mecanismo do exercício da cidadania, deve-se outorgar ao tribunal popular a última decisão nos casos de crimes dolosos contra a vida (NUCCI, 2011b, p. 31). Destacam-se, ainda, as palavras de Guilherme de Souza Nucci (2011b, p. 30-31):

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredito, proferindo outro, quanto ao mérito. (NUCCI, 2011b, p. 30).

[...] Ademais, quem pode garantir que, quando o tribunal togado der provimento a uma revisão criminal, absolvendo o réu, está realizando a autêntica justiça? Quem pode asseverar que a melhor avaliação da prova foi feita pelos magistrados de toga e não pelos jurados? Se a resposta for: “mas são os juízes togados os que conhecem o direito e, portanto, melhor sabem aplicá-lo”, permitindo-nos apontar a opção político-legislativa, pois há, no Brasil, o Tribunal do Júri, com soberania, para decidir determinados casos. Portanto, pouco interessa o conhecimento jurídico de qualquer magistrado, mas o fato de que a vontade popular precisa ser acatada. (NUCCI, 2011b, p. 31).

Noutra dimensão, por maior que seja o esforço discursivo em torno da soberania dos veredictos, tal princípio não tem nada a ver com o famigerado *in dubio pro societate*, que autoriza uma condenação com base na dúvida. Oportuno, nesse momento, fazer uma rápida crítica sobre esse tema, pois segundo a doutrina tradicional, na primeira fase do procedimento deve o juiz guiar-se pelo “interesse da sociedade” em ver o réu submetido ao tribunal do júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, o juiz decide a favor da sociedade, encaminhando o julgamento ao júri.

Fato é que ao lado da presunção de não culpabilidade (ou de inocência), como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, está o princípio do *in dubio pro reo* que corrobora a atribuição de todo o ônus probatório ao acusador e reforça a regra de que somente quando houver fortes elementos probatórios de autoria e materialidade pode o juiz pronunciar o réu. Portanto, o *in dubio pro societate* não possui amparo legal quando da decisão de pronúncia. Como é certo também que tanto a presunção de não culpabilidade quanto o *in dubio pro reo* não podem ser afastados do rito do tribunal do júri (LOPES JR., 2014, p. 564).

Ora, sabe-se que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria delitiva, até porque a pronúncia é um juízo de probabilidade e, após ela, quem efetivamente julgará são os jurados. Mas se o juiz estiver com dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá aplicar o *in dubio pro reo* por não ter sido atendido o requisito legal. Nessa mesma diretriz, é ditosa a lição de Aury Lopes Jr. que, por sua precisão, merece transcrição literal:

Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do *in dubio pro societate*?

Nenhuma. Não existe.

[...]

Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para,

burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. (LOPES JR., 2014, p. 1025-1026).

Em que pese isso tudo, foi reservada ao júri **a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida** (art. 5º, XXXVIII, "d"). O intuito do constituinte ao fixar a competência mínima foi garantir a permanência do instituto no cenário jurídico, evitando, assim, qualquer ação no sentido de suprimi-lo (NUCCI, 2011b, p. 33). Ainda segundo Guilherme de Souza Nucci (2011), o legislador constituinte de 1946 já havia optado por inserir os crimes dolosos contra a vida no contexto do júri, *in verbis*:

A Constituição de 1946 já havia definido a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 141, § 28). E, naquela ocasião, "deveu-se à vontade dos coronéis do sertão, que, mandando matar seus oponentes, desejavam o julgamento dos seus mandatários no Tribunal do povo. Assim ocorrendo, a pressão pela absolvição seria intensa, atendendo aos anseios políticos da época e da região." (NUCCI, 2011b, p. 33).

Cumprе recordar que o art. 74, § 1º, do CPP define a competência do tribunal do júri de forma taxativa, quais sejam: homicídio doloso em suas diversas modalidades (art. 121, caput, §§ 1º e 2º), o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127). A Constituição de 1988 (art. 125, § 4º) também atribui ao tribunal do júri a competência para o processo e o julgamento de militares dos Estados, em casos de crimes militares definidos em lei, quando a vítima for civil.

Saliente-se que o delito de latrocínio, extorsão mediante seqüestro, estupro com resultado morte e demais crimes em que se produz o resultado morte, mas que não se inserem nos "crimes contra a vida", não são julgados no tribunal do júri, salvo quando houver conexão ou continência de

causas (arts. 76, 77 e 78, I, CPP) entreesses delitos ou qualquer outro de natureza diversa com um crime doloso contra a vida.

Um ponto ainda digno de nota é o fato do texto constitucional não impedir que, por meio de lei ordinária, se amplie o rol de crimes que poderão ser apreciados pelo tribunal do júri. “Por encontrar-se sob a proteção da cláusula pétrea, o júri não pode ser extinto, mas pode ter a competência ampliada” (NUCCI, 2011b, p. 33).

Em suma, não se pode esquecer, que os princípios que norteiam o tribunal do júri não excluem as demais garantias e direitos humanos fundamentais previstos na Constituição e em tratados e convenções internacionais, os quais devem ser respeitados de forma ampla, não podendo ser mitigados ou interpretados de maneira restrita (SILVA, 2010, p. 36).

4. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri é bifásico ou escalonado (dividido em duas fases). Atentos a tal distinção, será feita uma rápida pincelada sobre essas fases procedimentais examinando os seus aspectos mais relevantes ao presente estudo.

A primeira fase, *iudicium accusationes* (juízo ou formação da acusação), tem por finalidade averiguar se existem provas sérias e coerentes, produzidas em juízo, de ter o réu praticado um delito que autorize seu julgamento pelo júri. Aliás, é na instrução preliminar que será avaliada a viabilidade da acusação que, no caso concreto, se realiza em duas oportunidades distintas, a primeira durante o recebimento da denúncia e a segunda na decisão de pronúncia, onde o juiz analisa novamente a viabilidade da pretensão acusatória, mas, dessa vez, com base nos elementos colhidos sob o manto do contraditório.

Tal etapa procedimental, prevista nos arts. 406 a 421 do CPP, é o filtro do procedimento do júri. Desenvolve-se entre o recebimento da denúncia ou eventual queixa-crime e o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, de impronúncia, de desclassificação ou absolvição sumária (LOPES JR., 2014, p. 1017).

Com o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, inicia-se a segunda fase do rito, *iudicium causae* (juízo da causa), que se desenvolve praticamente em uma audiência única de instrução, debates e julgamento em plenário. É prevista nos arts. 422 a 424 e 453 a 497 do CPP e progride, desde a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para apresentarem rol de testemunhas, juntarem documentos e requererem diligências, até o julgamento realizado em plenário.

Concluídos os debates, o juiz presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos. Feitos os esclarecimentos necessários, passa-se para o momento em que serão formulados os quesitos, proferida a votação e, em seguida, proferida a sentença que será lida em plenário pelo presidente (CAMPOS, 2010, p. 22).

Ambas as fases do rito do júri têm etapas postulatorias (de requerimentos pelas partes), de instrução (de produção de provas e argumentação) e de julgamento (decisão). Dito isto, constata-se que o trabalho da acusação e da defesa desenvolve-se durante toda a instrução do processo. No entanto, quando o julgamento é levado perante a Corte Popular, concentram-se nos debates orais os momentos culminantes, quando a prova é dissecada e são expostas as teses das partes.

Não se pode esquecer, entretanto, que o julgamento em plenário é complexo e invariavelmente longo, exige horário rigoroso para o início dos trabalhos e não tem horário para terminar. Às vezes avança pela madrugada. Segundo Leopoldo Mameluque (2009, p. 40), o juiz presidente tem o dever constitucional de zelar pela soberania e competência do tribunal do júri e pela plenitude de defesa do réu. Compete-lhe, ainda, dirigir os debates, regulando os tempos, verificar se as teses da acusação e da defesa são possíveis de quesitação, atentar-se aos requerimentos das partes e redigir as perguntas a serem formuladas aos jurados.

4.1 Dos debates – arts. 476 a 481 do CPP

Encerrada a instrução (o último ato será, sempre, o interrogatório do acusado), começam os debates. Inicialmente, a palavra será concedida à

acusação (art. 476). Em plenário do júri, o Promotor de Justiça irá articular a sua acusação verbalmente, expondo o seu conteúdo, as provas e os argumentos jurídicos nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante (CAMPOS, p. 189). Compete-lhe, no entanto, não ficar adstrito unicamente à busca da condenação, pois havendo dúvida, pode expressar aos jurados a sua opinião sobre o caso no sentido da absolvição.

Quanto à ordem dos debates, havendo assistente da acusação, este deverá falar depois do Promotor de Justiça (art. 476, § 1º). Caso se trate de ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública (quando a ação pública não for intentada pelo Ministério Público no prazo legal) falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Promotor de Justiça, salvo se este houver retomado a titularidade da ação, nos termos do art. 29 do CPP (art. 476, § 2º).

Finda a fala da acusação, terá a palavra a defesa (art. 476, § 3º). Ademais, é comum a divisão da tribuna do júri por dois ou mais advogados, como estratégia e por conveniência de defesa. A respeito desse tema, é a lição de Leopoldo Mameluque:

Neste sentido, há advogados que são mais técnicos, do ponto de vista da dogmática penal e reservam-se para discussão dos temas relacionados ao direito e há outros, que são mais eloquentes, atuando em plenário somente na análise dos fatos e no convencimento dos jurados. (MAMELUQUE, 2009, p. 57).

Importante pontuar que depois de longa experiência, começaram as leis a limitar os tempos dos debates. Nos dias atuais, o CPP disciplina que na primeira fase dos debates o tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e na fase complementar dos debates de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica (art. 477).

Ressai claro que havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, deverão combinar entre si a distribuição do tempo, cabendo ao juiz, na falta de acordo, decidir pela divisão proporcional. Na eventualidade de haver mais de um acusado, se forem julgados todos (ou mais de um deles) na mesma

oportunidade, cada parte terá direito a mais uma hora, totalizando assim, duas horas e trinta minutos; a réplica e a tréplica sofrerão acréscimo do dobro do tempo previsto, perfazendo um total de duas horas para cada parte (art. 477, §§ 1º, 2º). Não obstante, se pode dizer, que:

[...] a regra admite importante exceção: caso haja extraordinária necessidade – comumente em casos complexos e em que há vários acusados –, a defesa poderá requerer prorrogação razoável de seu tempo, com o intuito de abarcar todas as suas teses de forma irrepreensível e pormenorizada. (SILVA, 2010, p. 165-166).

Emerge do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008, que a acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário (art. 476, § 4º):

Art. 476. Encerrada a instrução, será concedida a palavra ao Ministério Público, que fará a acusação, nos limites da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante.

§ 1º O assistente falará depois do Ministério Público.

§ 2º Tratando-se de ação penal de iniciativa privada, falará em primeiro lugar o querelante e, em seguida, o Ministério Público, salvo se este houver retomado a titularidade da ação, na forma do art. 29 deste Código.

§ 3º Finda a acusação, terá a palavra a defesa.

§ 4º A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário. (BRASIL, 2018a, p. 117).

Uma leitura mais atenta é suficiente para fazer notar que o CPP não faz qualquer menção ao direito à tréplica ser vinculado ao efetivo uso da réplica. No entanto, vigora o entendimento de não haver tréplica, sem réplica. Sobre esse tema, abordaremos de forma detalhada em tópico específico (item 4.2).

Conforme bem salientado por Nucci (2011b, p. 213), somente poderá ser reinquirida aquela testemunha que não tenha sido dispensada após seu depoimento quando da instrução em plenário, bem como que a reinquirição deverá ocorrer dentro do tempo destinado para sustentação da parte que requereu a reinquirição. Não fosse assim, a parte poderia abusar, aumentando consideravelmente o seu tempo de manifestação.

É mister dizer que durante os debates no plenário do júri, onde se consagra o princípio processual da oralidade, o legislador visou garantir o controle da transparência e fidelidade da fundamentação exposta, determinando no art. 480 do CPP que as partes e os jurados poderão, a qualquer momento, por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar o esclarecimento de questões fáticas (LOPES JR., 2014, p. 321-322).

A prática tem permitido a ocorrência do "aparte", que constitui o direito que a parte possui de interromper a fala da outra, para dizer algo. Devido à força do costume e da tradição o aparte sagrou-se previsto na reforma de 2008 do CPP como parte integrante dos debates, sendo concedido até três minutos para cada aparte requerido, atribuindo ao juiz presidente o seu controle (art. 497, XII) (NUCCI, 2011b, p. 210).

Quanto à leitura de peças, preocupou-se o legislador na reforma de 2008 do CPP em atenuar o imenso enfado que era ouvir horas e horas de leitura de depoimentos. Agora, permite-se somente a leitura de peças que se refiram às provas colhidas por carta precatória e às cautelares, antecipadas ou não repetíveis (art. 473, § 3º).

Com o intuito de se evitar práticas abusivas, tão disseminadas até então, que ocorriam em plenário com o intuito de induzir os jurados a condenar o réu, o legislador restringiu às partes, sob pena de nulidade, o uso de referências, como a decisão de pronúncia (e posteriores, confirmatórias), a

determinação judicial do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado e ao silêncio do réu ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo (art. 478). Também não pode ser lido documento ou exibido objeto que não tenha sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte (art. 479).

Um aspecto interessante refere-se à polêmica sobre a “inovação da tese defensiva na tréplica”. Ao contrário do que indica boa parte da jurisprudência e doutrina, entendemos que a defesa poderá também, na tréplica, trazer uma configuração jurídica defensiva ainda não aventada (SILVA, 2010, p. 166). Ressalta-se que pela plenitude da defesa, o réu pode arguir qualquer tese que possa levar à absolvição ou à atenuação da pena, ainda que expostos no momento da tréplica (NUCCI, 2011b, p. 213-214).

Ademais, não há, nem na antiga nem na nova redação, a proibição da inovação da tese defensiva na tréplica. A principal objeção à inovação da tese concentra-se na potencial ofensa ao contraditório, pois o órgão acusatório não mais poderia se manifestar sobre o que foi sustentado. Essa questão foi tratada com muito acerto por Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2011b, p. 214):

[...] Ora, demanda ressaltar que uma das partes há de falar por último, pois seria infundável o julgamento quando se buscasse ouvir, sempre, a cada nova interpretação do mesmo fato, a parte contrária. Por ser mais lógico e adequado à plenitude de defesa, é natural que o defensor seja o último a se manifestar.

[...] É o que se dá no procedimento comum, perante o juiz singular. As partes, finda a colheita da prova, expõem, em alegações finais, a sua versão sobre a necessidade de condenação ou absolvição do réu. Primeiramente, manifesta-se o órgão acusatório. Na sequência, abre-se vista à defesa. Após, é momento destinado ao magistrado para a sentença. Não se retorna o prazo à acusação para apresentar seu ponto

de vista sobre o alegado na peça de defesa. Se assim ocorresse, haveria de, outra vez, falar o defensor. Inexistiria um fim, pois, indefinidamente, cada parte poderia levantar argumento jurídico novo, dando ensejo à pretensa aplicação do contraditório. O mesmo procedimento deve ocorrer no júri. As partes usam o tempo proporcionado pela lei para expor todas as teses possíveis, avaliando as provas existentes. Os jurados escolherão as que mais os convencer. (NUCCI, 2011b, p. 214).

Destarte, fica mais do que caracterizado que em qualquer caso, a defesa é sempre a última a se pronunciar. O autor Rodrigo Fauz Pereira e Silva (2010, p. 166) afirma que a defesa pode utilizar-se de todos os meios legítimos para desempenhar seu papel. Até porque, precipuamente, à acusação, em qualquer procedimento, cabe provar os fatos que articulou e não, necessariamente, conhecer as teses defensivas para contra-atacar. Ademais, uma tese nova poderá surgir, ou ser confirmada, justamente em decorrência da réplica.

4.2 Do direito à tréplica à luz do contraditório, da ampla defesa e da plenitude de defesa

Dando prosseguimento ao tema principal, é fundamental o entendimento, conforme já explanado anteriormente, que no júri, não basta a *ampla defesa* (inciso LV) cabível em todos os procedimentos, inclusive os administrativos. No tribunal do júri a ampla defesa é dilatada para a *plenitude de defesa* (art. 5º, XXXVIII, "a"), ou seja, uma defesa mais vasta que deve ser exercida no seu grau máximo, de maneira absoluta, perfeita, sob pena de ser dissolvido o Conselho de Sentença. Portanto, apesar de correlatos, a plenitude de defesa adquire uma amplitude ainda maior que a ampla defesa.

Enriquecendo esse assunto, preleciona com objetividade o autor Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 187-188):

Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando

em conta principalmente o fato de que, diferente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento, de ofício, admitir em favor do acusado tese não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem. Assim, há que se exigir mais do advogado no júri, e, daí, a necessidade de que se garanta ao acusado a plenitude da defesa, ou seja, uma defesa completa. Trata-se de garantia especial e que se aplica à fase do plenário. (FERNANDES, 2007, p. 187-188, grifo nosso).

Destacamos, novamente, as palavras do autor Guilherme de Souza Nucci que adverte:

Ampla é algo vasto, largo, copioso, enquanto *pleno* equivale a completo, perfeito, absoluto. Somente por esse lado já se pode visualizar a intencional diferenciação dos termos. E, ainda, que não tenha sido *proposita*, ao menos foi *providencial*.

O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa *perfeita*, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos. (NUCCI, 2011b, p. 25).

No fundo, não se deve interpretar as normas, mormente princípios, partindo-se do pressuposto de que contêm palavras ou frases inúteis e repetidas. Cai por terra, pois, qualquer afirmativa no sentido de que a ampla defesa e a plenitude de defesa possuam o mesmo significado (NUCCI, 2011b, p. 24). É importante pontuar a fala de Rodrigo Faucz Pereira e Silva (2010, p. 33), em termos que não permitem melhor exposição, por isto reproduzidos:

A plenitude de defesa adquire uma amplitude ainda maior que o princípio da *ampla defesa*. A defesa

plena deve ser *completa, perfeita, absoluta*, ou seja, deve ser possibilitada ao acusado a utilização de todas as formas de defesa possíveis, causando, inclusive, um desequilíbrio em relação à acusação. Em havendo conflito entre o *princípio do contraditório* e a *plenitude de defesa*, esta última deve imperar. (SILVA, 2010, p. 33).

A importância da plenitude de defesa abarca o momento da escolha dos jurados e continua no plenário do júri abrangendo: a formação do Conselho de Sentença, com o direito às recusas e a possibilidade de conhecer os jurados; os debates; a formulação e a votação dos quesitos. Ao juiz incumbe o controle da defesa eficiente, declarando, quando se fizer necessário, o réu indefeso, ou admitindo, se for imprescindível, a inovação na tréplica da tese de defesa, ou ainda, a tréplica quando não houver réplica (FERNANDES, 2007, p. 188).

Ainda dentro desse prisma, é preciso considerar que, se no processo comum a defesa não atuar convenientemente, nem sempre precisará o juiz declarar o réu indefeso, pois ao vislumbrar poder absolver o réu na sentença assim deverá agir de ofício. Já no tribunal do júri, como bem explanado por Nucci (2011b, p. 25-26), configura-se ofensa a defesa plena quando se constata a deficiência técnica do advogado na sustentação das teses, pois os jurados, por serem pessoas leigas, apenas votam, condenando ou absolvendo, sem qualquer fundamentação. No processo comum o magistrado deve fundamentar suas decisões, expondo, portanto, as razões que o levou a condenar o réu. No entanto, tal sistema não ocorre no júri.

Nessa vereda, como corolário do princípio da plenitude de defesa, teve o CPP cuidado especial com o réu considerado indefeso, pois nessa situação atribuiu ao juiz presidente do tribunal do júri nomear ou constituir novo defensor ao acusado, dissolvendo o Conselho de Sentença e designando novo dia para o julgamento (art. 497, V).

A respeito de uma postura humanista no julgamento realizado no tribunal do júri, aduz Guilherme de Souza Nucci (2011b, p. 27):

[...] Quer-se o Tribunal Popular atuando no Brasil, onde vigora o direito codificado e os operadores do Direito passam anos e anos estudando códigos e leis especiais, porém, os jurados, em poucas horas de debate, devem decidir a sorte de alguém – condenando ou absolvendo – lastreados em *argumentos*, expostos pelas partes. E tais sustentações precisam ser absolutamente equilibradas? Por certo que não. Há que se ter a postura, até mesmo humanista, de permitir ao réu uma defesa perfeita. (NUCCI, 2011b, p. 27).

Veja-se agora o reverso da medalha: vigora na doutrina majoritária o entendimento de que não pode haver tréplica sem réplica. Este aspecto, aliás, é da tradição do julgamento pelo tribunal do júri no Brasil, e muitos autores defendem que não pode haver tréplica, sem réplica, pois isso obedece a uma lógica dialética. Na voz de Walfredo Cunha Campos (2010, p. 209):

Pode haver tréplica sem réplica? Entendemos que não, pois seria um contrassenso lógico imaginar-se uma resposta a algo que não foi produzido (a réplica pelo promotor). O advogado deve expor todos os seus argumentos quando de sua fala, para que não corra o risco de não haver a tréplica. (CAMPOS, 2010, p. 209).

Também se posicionando por essa falta de lógica o autor Guilherme de Souza Nucci assim se manifesta: “A lógica dos debates impõe a conclusão de ser a réplica um direito exclusivo da acusação, que, se utilizado, acarreta o direito natural à tréplica, em homenagem ao contraditório e à ampla defesa.” (NUCCI, 2011a, p. 204). Segue, ainda, esse mesmo autor, explicando que:

[...] discordamos da visão de quem procura interpretar os tempos da réplica e da tréplica como períodos autônomos e independentes, de sorte que, se o promotor não for à réplica, possa a defesa fazer uso da tréplica de qualquer jeito. Ora, o debate no júri obedece a uma lógica dialética. Manifesta-se a acusação. Após, rebatendo, fala a defesa. Se, e somente

se, houver necessidade de esclarecimentos da acusação, em relação ao que expressou a defesa, vale-se, então, da réplica. Se esta for usada, o diálogo chama à tréplica. Porém, finda a manifestação defensiva, inexistente a réplica, com qual razão surge o direito à tréplica? Afinal, treplicar significa responder a uma réplica. Ausente esta, inexistente, por óbvio, o direito à contra-argumentação. (NUCCI, 2011a, p. 858).

Apesar do interessante raciocínio dos autores supracitados, percebe-se, ainda, um exame raso pela doutrina sobre esse tema. Explico! É comum em muitos doutrinadores, ao se depararem com algum ponto de vista novo ou que vai totalmente de encontro ao paradigma vigente rejeitá-lo completamente. Do mesmo modo, um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questiona as “tradições” que com o passar do tempo se tornam “preceitos absolutos”.

No caso em tela, os defensores da vinculação entre tréplica e réplica estruturam-se na ideia de uma “ordem dialética”. Com a devida *venia*, talvez para esses autores a questão somente fosse resolvida se houvesse uma reclassificação com outro nome para os dois momentos de falas que cada parte tem em plenário.

O fundamental é compreender que a adoção dessa “ordem dialética” não é um princípio peculiar ao do júri. Ao menos não o vislumbramos reiterado no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. No caso concreto, essa “ordem dialética” representa mais um resquício de práticas inquisitoriais, ainda tão arraigadas no sistema contemporâneo e na forma de pensar de muitos daqueles que atuam no processo penal.

Não obstante uma lógica puramente formal mostrar a impossibilidade do uso da tréplica sem o uso da réplica, não haveria, por outro lado, incompatibilidade em considerar como autônomos esses momentos (réplica e tréplica) sob uma dimensão material. Destacamos, ainda, o entendimento do autor Aury Lopes Jr. que também questiona à vinculação entre tréplica e réplica, *in verbis*.

Contudo, em que pese ser majoritário o entendimento, questionamos: Por que não pode haver tréplica sem réplica? Qual a base legal desta “tradição” do júri brasileiro, de que somente haverá tréplica se o Ministério Público decidir ir para réplica? Deixar ao poder discricionário do acusador não é uma quebra da igualdade? Uma fragilização do contraditório? Não viola a garantia constitucional da “plenitude de defesa”? A despeito de majoritário entendimento em sentido diverso, pensamos que há uma violação inequívoca do devido processo. (LOPES JR., 2014, p. 1056).

Mais a mais, no rastro de uma interpretação adequada, questiona-se: onde está previsto no CPP que o direito à tréplica é vinculado ao uso da réplica pela acusação? Em ponto algum. Uma leitura menos preguiçosa já seria suficiente para fazer notar que não se deve relativizar o direito da plenitude de defesa do réu a partir de uma pseudomenor ofensa a uma estrutura dos diálogos em debate.

Na esteira da proposição dada pelo artigo 476, § 4º, do CPP, identificam-se os períodos de réplica e de tréplica como períodos autônomos e independentes. Isso quer dizer que além da acusação, a defesa também pode requerer a concessão detempo complementar (tréplica) desde o início dos debates.

Nesse mesmo sentido, escreve com maestria Jader Marques:

Acontece que o § 4.º prevê que a acusação poderá replicar e a defesa (poderá) treplicar. Estaria a lei vinculando a tréplica à réplica? Muitos dizem que sim. Respeito, mas não me convence. Repita-se o que diz o § 4.º: *“A acusação poderá replicar e a defesa treplicar, sendo admitida a reinquirição de testemunha já ouvida em plenário”*.

Se o juiz questiona o promotor quanto ao desejo de usar a faculdade da réplica e a resposta é negativa, o que impediria o magistrado de questionar o defensor quanto à faculdade de ir à tréplica? Nada. (MARQUES, 2016, p. 1).

Outro aspecto de importância envolve o Projeto de Lei da Câmara nº 5295, de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, que acabaria com qualquer discussão, pois busca modificar o § 4º do art. 476 do CPP, permitindo a acusação replicar e a defesa treplicar, independentemente da utilização ou não do tempo destinado à acusação para réplica. Ao apresentar referido projeto de lei a Deputada Federal Dalva Figueiredo – PT/AP citou um trecho de artigo publicado pelo advogado Jader Maques, *in* “A Réplica e a Tréplica nos Debates do Tribunal do Júri – Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal – 52 – Out-Nov/2008”, o qual também é referência sobre o tratamento dado pela literatura ao tema em estudo.

Sobre a modificação pretendida por esse projeto de lei, vamos além. A atual redação do § 4º do art. 476 já permite à defesa requerer o direito à tréplica, independentemente da réplica. Lembremos mais: a adoção da diferenciação (réplica e tréplica) possui um significado prático, sem dúvida, mas, sobretudo, há uma visão calcada na Política Criminal, impondo a necessidade de cercar a defesa do acusado de maiores garantias, devendo, por isso mesmo, a defesa ser a mais completa possível, como a dizer, plena.

Insta relembrar que o tribunal do júri assegura a participação popular direta de cidadãos leigos nas suas decisões de caráter jurisdicional. Por isso, é essencial que a defesa se valha de todos os instrumentos que puder. Não se trata aqui de confundir defesa plena com defesa ilimitada, nem mesmo não se defende, em hipótese nenhuma, o uso de métodos antiéticos ou ilegais. Ao contrário, sustenta-se o fiel cumprimento da lei e o respeito ao princípio da paridade de armas que deve reger o processo penal.

Nunca é demais lembrar que não há direitos absolutos e supremos no Direito, merecendo haver coexistência harmônica entre todos. Decerto, no plano material, há clara afronta ao princípio da paridade de armas, como nos dizeres de Marques esta questão “deve merecer um novo tratamento, pois,

no plano material, o acusador poderá utilizar a faculdade da réplica como estratégia processual, apta a gerar prejuízo para a defesa do acusado e permitir o alcance do resultado condenatório.” (MARQUES, 2015, p. 7).

Aliás, essa artimanha não é muito rara nos julgamentos, muitos acusadores, em determinadas situações, deixam de ir à réplica quando verificam pelo teor dos debates que a defesa está guardando argumento para a tréplica. Daí emerge, como consequência, que a acusação poderá dispor do tempo, já que pode desde o início decidir pela continuidade ou pelo encerramento dos debates iniciais. Bem por isso, Marques (2016, p. 1) também faz uma importante observação sobre a lógica do processo penal de que a defesa deve falar por último:

O simples “não” da acusação à pergunta do juiz sobre o desejo de usar a réplica, simbolicamente, representa uma manifestação eloquente da postura do órgão acusador sobre o andamento dos trabalhos no Júri e representa, de certa maneira, uma burla à lógica do processo penal de que a defesa deve falar por último. Quando a acusação dispensa a réplica, calando a defesa, deixa marcado aos membros leigos do conselho de sentença que o processo está pronto para julgamento na visão de quem fez a imputação.

E o interesse da defesa, tem importância? O processo está pronto para julgamento na visão do defensor? (MARQUES, 2016, p. 1).

O autor arremata dizendo: “Há uma situação (indevida) de superioridade de quem acusa, incompatível com a ideia de um processo penal fundado na paridade de armas, na igualdade das partes, no equilíbrio das forças” (MARQUES, 2016, p. 1).

Também nesse diapasão acentua Aury Lopes Jr. (2014, p. 1056):

Sérios problemas terá o advogado de defesa se não for capaz de expor claramente suas teses na primeira fase dos debates, deixando o restante para a

tréplica. Isso porque, se o acusador perceber essa falha e não optar por fazer a réplica, os debates serão encerrados e não haverá mais oportunidade para a defesa falar. (LOPES JR., 2014, p. 1056).

Nesse ponto, a defesa sempre deverá estar preparada para atuar com menos tempo de exposição aos jurados, pois só poderá contar inicialmente com o período destinado à primeira fala em plenário, sendo temerário já contar com o prosseguimento dos debates.

Mais do que nunca, ainda que o órgão acusatório não tenha ido à réplica, deve o defensor requerer a concessão do direito à tréplica quando for necessário mais tempo para continuar a exposição da sua tese (defesa plena). Caso o juiz presidente indefira o pedido, incumbe ao defensor fazer constar o cerceamento de defesa em ata e levar pela via recursal o debate aos tribunais superiores.

Vê-se que em todos os ramos do Direito, profissionais cismam em glorificar a legislação infraconstitucional, como se a Constituição estivesse num patamar inferior. Portanto, “de nada adianta a conquista histórica de uma Constituição limitadora dos poderes estatais e verdadeiramente democrática, se a aplicação é restrita.” (SILVA, 2010, p. 41).

A toda evidência, já está na hora dos exercitores do Direito adotarem com mais simpatia a tese da tréplica sem réplica. É, justamente, experimentando uma mudança de perspectiva que os profissionais do Direito podem rever seus paradigmas para questionar uma situação que seria aparentemente contraditória ou paradoxal.

Nesse passo, coaduno com a posição da corrente “ainda” minoritária da doutrina pátria. O direito à tréplica nos debates do tribunal do júri precisa ser consolidado como um legítimo direito do réu. “A atuação sob o manto da plenitude de defesa envolve o resguardo de posições francamente favoráveis ao réu. Não se pode, no Tribunal Popular, abrir mão desse incansável mister.” (NUCCI, 2011b, p. 164).

Finalmente, não resta dúvida que a plenitude de defesa ficaria mais bem ancorada no tribunal do júri se o direito à tréplica nos debates fosse um

direito fundamental. Ora, não se pode admitir, ainda mais no Estado Democrático de Direito, que o uso do tempo complementar de debate pela defesa (nomeado pela lei como, tréplica) seja vinculado à exclusiva avaliação e vontade de quem acusa.

5. CONCLUSÃO

Ante todos os fundamentos expostos nos tópicos anteriores, sustentamos com toda a convicção que o direito à tréplica nos debates em plenário do tribunal do júri é um direito fundamental, decorrente, dentre outros fatores, da plenitude de defesa.

Desse modo, buscou-se com este trabalho contribuir para uma releitura do direito à tréplica nos debates do tribunal do júri mais acorde aos postulados do contraditório, da ampla defesa e da plenitude de defesa, principalmente quando se sabe que o CPP deve passar pelo filtro constitucional, haja vista o constituinte ter sido claro e extremamente garantidor em relação à defesa do acusado.

E por isso que se tem a clara noção de que nos debates do tribunal do júri a defesa poderá sempre treplicar, independentemente da utilização ou não do tempo destinado à acusação para réplica.

Pela tradição jurídica brasileira, a melhor solução que se apresenta para o presente caso seria a via legislativa, onde inclusive já há um projeto de lei em tramitação, mas enquanto tal medida não for concluída, caberá a dogmática o papel de discutir o tema, o que se espera ter contribuído por meio desse estudo.

Enfim, no presente trabalho, não se buscou esgotar o assunto sobre o qual nos propusemos discorrer, tendo a clara noção de que sua total aplicação está condicionada às decisões de nossos órgãos judiciais, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689/1941** [recurso eletrônico]. Brasília: Senado, 2017. 187 p. Disponível em: . Acesso em: 09 set. 2018a.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil** [recurso eletrônico]: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado, 2017. 522 p. Disponível em: . Acesso em: 09 set. 2018b.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

ÊXODO. Português. In: **A Bíblia Sagrada**: Antigo e o Novo Testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. 2ª ed. rev. e atual. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

FIGUEIREDO, Dalva. **Projeto de Lei da Câmara nº 5295, de 2009**. Altera a redação do § 4º, do art. 476 do Código de Processo Penal, a fim de possibilitar que durante os debates no Tribunal do Júri, a defesa possa fazer uso da Tréplica, independentemente da utilização ou não do tempo destinado à Réplica, pela acusação. Disponível em: . Acesso em: 09 set. 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAMELUQUE, Leopoldo. **Manual do novo júri**. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, José Frederico. **A Instituição do Júri**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, J. S. **A Réplica e a Tréplica nos Debates do Tribunal do Júri.** Revista IOB de direito penal e processo penal, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 169-170, out./nov. 2008.

MARQUES, J. S. **Lealdade e Paridade de Armas:** tréplica sem réplica no tribunal do júri. Florianópolis: Empório do Direito, 17 out. 2016. Disponível em: . Acesso em: 09 set. 2018.

MARQUES, J. S. **Tréplica sem réplica no júri:** por que não? Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 23, n. 268, p. 7-8, mar. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 10ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri.** 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2011b.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e. **Tribunal do júri:** o novo rito interpretado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá 2010.

A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA REPRESENTAR POR MEDIDAS CAUTELARES DURANTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

ADILSON JOSÉ BRESSAN: Especialista em Ciências Penais. Especialista em Segurança Pública. Delegado de Polícia de Entrância Final em Santa Catarina.

O presente ensaio aborda de maneira sucinta e objetiva o tratamento dispensado pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, que cuida da reforma do Código de Processo Penal, ao poder de representação concedido ao delegado de polícia na condução das investigações criminais.

O Projeto de Lei nº 8.045/2010, da Câmara dos Deputados, deriva do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal, e ao dispor sobre as diligências investigativas prevê:

“Art. 25. Incumbirá ainda ao delegado de polícia:

[...]

VI – representar acerca da prisão preventiva ou temporária e de outras medidas

cautelares, bem como sobre os meios de obtenção de prova que exijam pronunciamento judicial.”^[2]

Representar, no sentido aqui analisado, significa levar ao conhecimento do Judiciário determinada situação, com um pedido de aplicação de certa medida, no curso da investigação.

Trata-se do que se costuma chamar de capacidade postulatória do delegado de polícia, o que nada mais é do que a possibilidade de comunicação direta com o juiz competente, legalmente conferida àquele que é o responsável pela apuração das infrações penais.

Portanto, a previsão de o delegado de polícia, presidente do inquérito policial, pleitear diretamente em Juízo, provocando a atuação judicial, foi mantida na proposta de reforma do Código de Processo Penal.

Advirta-se, desde logo, que o assunto é controvertido, havendo duas posições a respeito, uma contrária ao poder de representação do delegado de polícia, encampada pelo Ministério Público, e outra que defende a prerrogativa, sustentada pelos próprios delegados.

Aqueles que se posicionam contrariamente à proposição legal, dizem que se trata de uma grave deturpação do sistema acusatório a lei conferir legitimidade processual a quem não é titular da ação penal, de modo que a representação do delegado de polícia deveria ser endereçada ao Ministério Público e não ao Judiciário.^[3]

Sustenta-se que, para poder prosperar, a representação do delegado de polícia precisa de manifestação favorável do Parquet, que detém a titularidade da ação penal pública e capacidade para postular em Juízo.

Chega-se ao ponto de se considerar inconstitucional eventual decretação de cautelar deferida por magistrado, em decorrência de representação do delegado de polícia, no caso de o Ministério Público ter se posicionado contrariamente à medida. Diz-se que em tal caso haveria afronta ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que dá ao Ministério Público o *status* de senhor da ação penal, aí abrangidas as medidas cautelares.^[4]

No entanto, muitos são os argumentos em defesa da prerrogativa conferida ao delegado de polícia, começando pelo fato de que a própria lei, em alguns casos, permite que sujeitos não dotados de capacidade postulatória busquem judicialmente determinadas medidas, como acontece com o requerimento da vítima na Lei 11.340/2006, quando pede medidas protetivas de urgência, e a impetração de habeas corpus, por qualquer pessoa.

Ademais, o delegado de polícia, enquanto presidente do inquérito policial e condutor das investigações é quem tem as melhores condições de analisar se determinada medida é ou não necessária para uma adequada apuração do fato criminoso.

Além disso, é bom lembrar que o inquérito policial não é instrumento de acusação, e, sim, meio de elucidação da materialidade, autoria e

circunstâncias do delito, servindo em muitos casos para inocentar eventual suspeito, daí porque não serve apenas ao Ministério Público, mas também à defesa e, especialmente, à justiça.

E tem mais, o delegado de polícia tem formação jurídica, assim como os juízes, os advogados e os membros do Parquet, e é o dirigente da Polícia Judiciária, incumbida, constitucionalmente, da apuração das infrações penais.

Ora, se a Constituição da República Federativa do Brasil dá ao delegado de polícia a missão de comandar as investigações, implicitamente confere os meios necessários para o ideal desempenho desse mister, invocando-se, desta forma, a conhecida teoria dos poderes implícitos.

Aliás, vale lembrar que o poder de representação conferido ao delegado de polícia não está só no Código de Processo Penal, muito pelo contrário, é repetido em várias leis, demonstrando que é intenção do legislador dar ao condutor das investigações os instrumentos necessários para o seu trabalho.

Neste sentido, há previsão de representação pelo delegado de polícia na Lei 9.296/1996 (art. 3º, I), na Lei 7.960/1989 (art. 2º), na Lei 11.343/2006 (art. 60), entre outras.

Na mesma linha de argumentação, oportuno mencionar a orientação de Eugênio Pacelli de Oliveira de que as cautelares no Processo Penal não se equiparam às do Processo Civil, por isso não exigem os requisitos de parte legítima e capacidade postulatória.^[5]

Pois bem, analisados os argumentos, apesar das respeitáveis opiniões daqueles que se posicionam contrariamente ao poder de representação do delegado de polícia, referido posicionamento, a nosso ver, não pode prosperar.

A representação pelo delegado de polícia é medida de inteligência legislativa, calcada no interesse público, em benefício da justiça, e necessária para a efetividade e eficácia das investigações criminais.

Por todo o exposto, somos do entendimento de que acerta o legislador ao manter, na proposta de reforma do Código de Processo Penal, o exercício da representação pelo delegado de polícia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABETE, Eduardo Luiz Santos. **A representação autônoma do delegado de polícia pelas medidas cautelares.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10883. Acesso em: 27 mar. 2018.

Ministério Público Federal. **Modernização da Investigação Criminal – Proposições legislativas.** Disponível em: https://ead.dpf.gov.br/anpnet/pluginfile.php/59303/mod_resource/content/2/MPF_Modernizacao_investigacao_criminal.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

NETO, Francisco Sanini. **Representação do Delegado de Polícia e sua (dês)vinculação ao parecer do MP.** Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943746/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-mp>. Acesso em: 27 mar. 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Disponível em: https://ead.dpf.gov.br/anpnet/pluginfile.php/59304/mod_resource/content/2/Reforma%20do%20CPP_Texto%20final%20no%20Senado_PLS%20156_2009.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

[1] Delegado de Polícia Civil. Especialista em Segurança Pública. Especialista em Ciências Penais. Pós-graduando em Direito de Polícia Judiciária.

[2] Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. Disponível em: https://ead.dpf.gov.br/anpnet/pluginfile.php/59304/mod_resource/content/2/Reforma%20do%20CPP_Texto%20final%20no%20Senado_PLS%20156_2009.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

[3] Ministério Público Federal. **Modernização da Investigação Criminal – Proposições legislativas.** Disponível em: https://ead.dpf.gov.br/anpnet/pluginfile.php/59303/mod_resource/content/2/MPF_Modernizacao_investigacao_criminal.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

[4] NETO, Francisco Sanini. **Representação do Delegado de Polícia e sua (dês)vinculação ao parecer do MP.** Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943746/representacao-do-delegado-de-policia-e-sua-des-vinculacao-ao-parecer-do-mp>. Acesso em: 27 mar. 2018.

[5] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

"RECEBERAM-SE EM CASAMENTO OS CONTRAHENTES MARIDO E MULHER": VESTÍGIOS DA VIDA FAMILIAR DE ESCRAVOS NA FREGUESIA SANTANA DE CAETITÉ. (1831-1855/ 1876-1888)

ELVISLANE TEIXEIRA SANTANA:

Graduada em História pela Universidade do Estado da Bahia (2010 - 2014). Tem como principais linhas de pesquisa temas relacionados à escravidão e família. Tem experiência na área educacional. Atua como educadora no Município de Caetité desde 2009. Já lecionou para o Ensino Infantil e Fundamental I e II. Atualmente cursa bacharelado em Direito pelo Centro Universitário - FG (UniFG).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo reconstituir experiências de vida familiar de escravos e os possíveis significados de relações sociais desenvolvidas a partir de casamentos de cativos ocorridos na Freguesia Santana de Caetité, entre os anos de 1831 a 1855 e de 1876 a 1888. Através de uma análise comparativa das informações pesquisadas nos dois recortes temporais destacados foi possível identificar tipos de formação dos pares, aumento ou diminuição dos números de casamento entre escravos nos diferentes períodos estudados e algumas escolhas e significados dos próprios escravos. Toma-se como base para essa pesquisa as fontes eclesiásticas, em especial os registros de casamentos e batismos, por meio destes, vislumbrou escravos que, apesar da condição imposta pelo cativo, formaram famílias, reconstituindo assim, suas trajetórias de vida e luta pela liberdade. Também se fez uso de doutrinas conceituadas e artigos científicos que dispõem acerca da escravidão e famílias de escravos. Esta pesquisa faz-se necessária na medida em que analisa as fontes documentais que nos conduzem a diversas reflexões sobre a família escrava e a forma como essas uniões ocorriam. Possibilitando compreender ainda que as uniões legítimas existiram entre os escravos, no entanto, não era a única forma de organização familiar existente, e nem a mais predominante na região estudada.

Palavras-chave: Escravidão; Uniões Matrimoniais; Famílias.

Abstract: *The present work aims at reconstituting family life experiences of slaves and the possible meanings of social relations developed from captive marriages that took place in the Freguesia Santana de Caetité between the years 1831 to 1855 and from 1876 to 1888. comparative analysis of the information researched in the two temporal cutouts highlighted it was possible to identify types of pairs formation, increase or decrease of marriage numbers between slaves in the different periods studied and some choices and meanings of the slaves themselves. The ecclesiastical sources, especially the records of marriages and baptisms, have been used as a basis for this research, through which they have glimpsed slaves who, despite the condition imposed by captivity, formed families, thus reconstituting their life trajectories and struggle for freedom. Also made use of doctrines reputed with regard to slavery and families of slaves. This research is necessary insofar as it analyzes the documentary sources that lead us to several reflections on the slave family and the way in which these unions took place. Making it possible to understand that legitimate unions existed among slaves, however, it was not the only form of family organization that existed, nor was it the predominant one in the region studied.*

Keywords: Slavery, Unions Matrimonial, Child.

1. INTRODUÇÃO

A temática proposta por este trabalho faz parte de uma nova abordagem historiográfica, que compreende os cativos como sujeitos de sua história, propondo devolver ao escravismo sua "historicidade", como sistema construído por agentes sociais múltiplos e heterogêneos, deste modo, objetiva investigar experiências de vida familiar, especificamente sobre a formação dos arranjos matrimoniais desses sujeitos na Freguesia Santana de Caetité^[1] nos anos de 1831 a 1855 e 1876 a 1888^[2], fazendo uma comparação entre os diferentes momentos históricos e percebendo as permanências e rupturas ou aumento e diminuição dos números de casamentos nos diferentes períodos estudados. Este estudo visa compreender a importância e possíveis significados dessas experiências familiares, bem como a forma como se davam a formação desses pares.

Considerando a historiografia atual brasileira, percebe-se que, apesar de existirem vários estudos sobre o tema escravidão, ainda é consideravelmente pequeno o número de produções que analisam a família escrava na região alto sertaneja, sobretudo na Freguesia Santana de Caetité. Pesquisas recentes tratam esta temática, como é o caso dos trabalhos da historiadora Maria de Fátima Novaes Pires, que aborda o alto sertão da Bahia no oitocentos. Ainda contemplando essa região, a pesquisadora Gabriela Amorim Nogueira apresenta reflexões sobre famílias escravas para o *Certam de Sima do Sam Francisco*, no século XVIII^[3]. Destaca-se também o trabalho da historiadora Napoliana Pereira Santana, que enfoca a família e microeconomia escrava no Sertão do São Francisco (Urubu – Ba) no período de 1840 a 1880, e ainda, Fernanda Ferreira Dias, que escreve acerca das relações de compadrio constituídas por escravos na Freguesia Santana de Caetité de 1827 a 1831.

Na esteira destes estudos, esta pesquisa visa abordar especificamente a região da Freguesia Santana de Caetité, apresentando elementos parciais a respeito das relações de matrimônio entre escravos. Dessa forma, reconstituir vestígios de trajetórias de populações negras nesta freguesia, no alto sertão da Bahia^[4], reconstituindo valores, hábitos e costumes dos negros, sobretudo, no que tange às uniões matrimoniais.

Sob uma nova ótica interpretativa que compreende os cativos como agentes históricos e sociais, as fontes de pesquisa indicam pistas para compreender a ação dos escravos enquanto sujeitos de suas histórias de vida. As fontes eclesiásticas, em especial os livros de casamentos e batismos, oferecem as bases para esta pesquisa, confirmando que os escravos constituíam famílias mesmo estando sob a condição de cativos.

Considero, neste estudo, as estratégias de sobrevivência construídas pelos escravos da Freguesia Santana de Caetité, que visavam conquistar novos espaços e ampliar suas relações sociais através do casamento, desconstruindo a ideia de que as ações dos cativos e suas escolhas estavam diretamente ligadas à vontade de seus senhores. A análise apresentada neste trabalho traz reflexões sobre essas práticas familiares, buscando compreender os possíveis significados dessas uniões para os cativos e seus senhores.

De acordo com alguns estudos historiográficos^[5], uniões matrimoniais foram uma realidade constante entre a população escrava do Brasil, mesmo com todas as dificuldades impostas pelo regime escravista para a constituição dessas relações entre homens e mulheres presos ao cativeiro. Para pesquisadores como Robert Slenes (1999) os escravos não perderam a noção de família e parentesco ao serem transformados em mercadoria e trazidos à força para o Brasil, muito pelo contrário, tentaram incorporar sua cultura e seu modo de vida no novo continente. Slenes (Ibid, p.147) observou que, “[...] encontrando, ou forjando, condições *mínimas*, para manter grupos estáveis no tempo, sua tendência terá sido de empenhar-se na formação de novas famílias conjugais, famílias extensas e grupos de parentesco ancorados no tempo”.

Pode-se constatar o negro como ser atuante e possuidor de valores, identidade, atitudes, desejos, configurando-se assim, como sujeitos históricos. E, como assinalou Slenes (Ibid, p. 109), “[...] valorizavam a família conjugal estável, lutando com empenho para formá-la e frequentemente conseguiam realizar essa meta [...], quando haviam condições propícias para isso”. Neste trabalho de pesquisa analisaram-se traços de lutas e resistências vivenciados pela família, especificamente, na Freguesia de Santana de Caetité que configurava-se como um grande centro distribuidor, transformando-se em grande polo de agricultura, pecuária e mineração que, por meio de rotas comerciais pelo rio São Francisco escoavam a produção do sertão para a capital da província, dentre outros destinos.

A economia local era mantida por meio das lavouras de subsistência, a pecuária e o artesanato em couro e metais^[6]. Os escravos tinham participações importantíssimas nesse contexto, estando envolvidos diretamente nessas dinâmicas econômicas, participando das mais diversas atividades comerciais, desde a produção ao transporte de mercadorias.

O contexto escravista brasileiro vivia um momento importante. Em 1830, o Brasil deveria abolir o tráfico transatlântico, devido a acordos firmados com a Inglaterra, no entanto, esses acordos só foram cumpridos 20 anos depois, em 1850, por pressões inglesas. A partir desse período, o Brasil não poderia mais trazer escravos da África para abastecer suas fazendas, e a

solução encontrada para amenizar a carência de mão-de-obra em grandes fazendas, foi o tráfico interprovincial. Desse modo, muitos escravos do Norte e Nordeste foram vendidos para abastecer as fazendas de café do Sul e Sudeste. Muitos escravos de Caetité estiveram envolvidos nessa dinâmica de compra e venda interprovincial, como salientou Maria de Fátima Novaes Pires (2009), apontando que, o alto sertão teve participação ativa nessa comercialização de cativos entre províncias, cativos da Freguesia Santana de Caetité foram levados para outras províncias para as matas do café.

As fontes arquivadas no Centro Paroquial de Caetité - CEP e no Arquivo Público Municipal de Caetité - APMC^[7] apontam vestígios que reforçam a ideia de que os escravos, apesar da condição em que foram submetidos desde o início do século XVI no Brasil, não deixaram de buscar meios de sobrevivência.

Os livros de registros de casamentos utilizados como base para esta pesquisa possibilitaram um horizonte de interpretações sobre a escravidão na Freguesia Santana de Caetité, no entanto, esses dados nos revelam apenas pequenos indícios, despontando muito pouco acerca dos sujeitos sociais identificados nesta pesquisa. Na maioria dos registros consta somente a data em que o casamento foi realizado, o nome dos contraentes, de seus proprietários e as testemunhas. Os registros não apontam localidade, filiação, idade, condição social dos escravos e de seus pais, e na maioria dos casos não informam suas origens. Essa carência de informações dificultou bastante a pesquisa, impossibilitando de se fazer uma análise mais aprofundada acerca dos sujeitos localizados neste estudo e a apresentação de dados mais contundentes.

Os livros de registros de batismos se fizeram indispensáveis, na medida em que as informações dos registros de casamentos eram insuficientes e, como mencionado anteriormente, traziam pequenos indícios da vida familiar cativa, de modo que se tornava quase impossível de se traçar trajetórias familiares. Esses registros apresentam maiores informações – além do nome do escravo, trazem ainda o nome dos pais, padrinhos e proprietários e, em alguns deles, apontam a condição social dos escravos que participavam da cerimônia – que confrontados com os registros de casamentos, foi possível localizar algumas famílias que foram constituídas

por meio de uniões legítimas e que duraram por longos anos. Também foi possível perceber várias mães que batizaram seus filhos (em alguns casos, mais de uma criança), porém não se casaram, o que evidencia uma opção dessas cativas por um tipo de união que não se via a necessidade de legitimação.

A análise das fontes documentais nos conduz a diversas reflexões sobre a família escrava. Uma delas, diz respeito à constituição familiar, ou seja, a forma como essas uniões ocorriam. É importante compreender que as uniões legítimas existiram entre os escravos, no entanto, não foi a única forma de organização familiar existente, e nem a mais predominante na região estudada.

Por meio do cruzamento das informações coletadas nos registros de batismos e casamentos, foi possível acompanhar algumas trajetórias de cativos, e compreender o casamento e o batismo enquanto estratégias de sobrevivência e sociabilidade.

Os registros de batismos foram essenciais para compreender as relações afetivas entre os casais cativos, já que fornecem dados acerca da procedência do filho, se natural ou legítimo. Por meio da análise desses registros foi possível identificar inúmeras mães que não tiveram seus nomes fixados nos registros de casamento, possivelmente por viverem em uniões consensuais.

2. UNIÕES LEGÍTIMAS E CONSENSUAIS: POSSÍVEIS SIGNIFICADOS

Constatou-se através das pesquisas já desenvolvidas uma quantidade considerável de relacionamentos entre escravos, estes que, por sua vez, eram sacramentados pela Igreja Católica^[8]. Não se deve desprezar, no entanto, muitas uniões não legitimadas, ou consensuais^[9], tidas pelos escravos da Freguesia Santana de Caeté.

Para essa pesquisa, foram consultados 4 livros de registro de casamentos, onde localizou-se 2.333 registros, destes constatou-se a presença de 179 casamentos envolvendo escravos, e 2.154 entre brancos, representando um percentual aproximado de 7,7% e 92,3%, respectivamente,

de casamento de cativos e brancos na Freguesia Santana de Caetité em todo o período estudado. Para o período de 1831 a 1855, para a mesma região em estudo, Maria de Fátima Novaes Pires (2003) encontrou 128 casamentos entre escravos, o que mostra um percentual semelhante aos encontrados nesta pesquisa. É uma quantidade razoável, se analisarmos as dificuldades impostas para a realização deste sacramento. No decorrer do trabalho analiso sobre estes desafios.

A presente pesquisa revelou que casamentos entre escravos foram prática constante entre os cativos da Freguesia Santana de Caetité, como os casais de escravos: Monoel cabra, com Vicencia cabra; Francisco crioulo, com Anna crioula; Felix e Francisca, africanos; André, com Joaquina, africanos; Caetano, com Roza, africanos, ente outros.

Os índices de casamentos entre cativos podem variar de região para região. Kátia Mattoso (1992, p. 166) revelou que, na Bahia os índices de casamento entre escravos foram baixíssimos, praticamente inexistentes. A autora escreveu que “casamentos entre escravos existiam, mas eram tão raros que escapam a toda documentação que pude consultar”. Pires (2009) ressaltou em seus estudos, que as uniões entre cativos muitas vezes não foram reconhecidas, acontecendo de forma informal ou não oficializadas. Segundo a historiadora,

A maioria desses relacionamentos, no entanto, não eram oficialmente sancionados, nem pela Igreja Católica, nem pelos senhores de escravos. Muitos eram formalizados apenas quando os escravos passavam a morar juntos. A comunidade local reconhecia a existência desses relacionamentos: os casais de escravos os reconheciam, assim como os outros escravos e também os senhores. (PIRES, 2009, p. 228-229)

Para muitos cativos, o reconhecimento de suas uniões, perante os outros escravos e seus senhores, era suficiente para que esta se mantivesse por anos, e até décadas, sem às “bênçãos” da Igreja Católica, ou seja, para eles, não havia a “necessidade” do casamento legal, para que pudessem viver

juntos e construir família. Na documentação consultada, foram encontradas algumas escravas que viviam em uniões consensuais, evidenciando que as uniões legítimas não foram as únicas formas de relações entre os escravos da Freguesia Santana de Caetité. Escolástica, escrava de Antonio Pereira da Rocha, batizou seus dois filhos em 24 de outubro de 1825, sem estar casada pela Igreja Católica, o que caracterizava as crianças como filhos naturais^[10], sendo esta a forma pela qual foram registrados na documentação: Maximiano mulato e Antônio mulato (filhos naturais). Anna, escrava de Gonçalo Dias da Costa, teve três filhos naturais, em 14 de setembro de 1833, batizou Justina; em 26 de dezembro de 1838, batizou outra filha, de nome Eleutéria; e em 01 de dezembro de 1840, batiza Romão, último filho de Anna que aparece nos registros consultados.

A tabela abaixo mostra outras mães na condição escrava que batizaram seus filhos sem estarem legitimamente casadas segundo a doutrina cristã católica, sendo assim, seus filhos foram registrados como naturais.

Tabela 01: Relação de filhos naturais batizados na Freguesia Santana de Caetité. (1833 – 1841).

Mães							
	L	JO	IZ	M	CAT	JO	
CIPRIANA	UZIA	AQUINA	ABEL	ARIAFRICANA	HARINAFRICA	ANNA	
	Anastácia	Andrea	Felipe	Felicidade	Eugênio	Joaquina	Faustino
	18	1	4	1834	18	183	1833
Filhos	33	1	4	34	4		
		834					

	Cl	M	Leu	Isi	At	Mar	Fr
ara	anoel	ntina	dora	hanázi	garida	ancisc	
	1840			o 1839		o 1835	
	18		183	18		183	
39		8	39		8		
					Bel	Leo	Jo
					izário	cádia	aquim
					18	183	1838
				41	9		
							Ve
							rônica
							1841

Fonte: Livros de registro de casamentos da Cúria da Igreja Matriz de Caetité 1831-1848; 1837-1855; 1846-1851. Livro de registro de casamento do APMC - 1876- 1888. Livros de registro de batismos da Cúria da Igreja Matriz de Caetité 1818-1829; 1833-1849.

A tabela mostra uma quantidade razoável de mulheres que batizaram seus filhos advindos de uniões não legitimadas pela Igreja. E algumas delas, como é o caso de Joanna, chegaram a ter quatro filhos e batizar a todos, indicando que, apesar de não se casarem legalmente, por algum motivo, algumas escravas sentiam a necessidade de batizarem seus filhos. Práticas como estas são indícios de que estas mulheres constituíam famílias estáveis, embora não legitimasse na igreja suas uniões.

Acompanhando a trajetória familiar dessas mulheres, não foi possível localizar registro de casamento nem antes e nem depois do batizado de seus filhos. A falta desse registro para essas cativas, e em alguns casos, o elevado número de filhos naturais, reflete que, possivelmente, esta tenha sido uma escolha destas mulheres, em não optarem por uniões legitimadas e sim consensuais, evidenciando que as escravas tinham certa autonomia em

conduzir seus relacionamentos. No entanto, fica evidente que não desprezavam os dogmas católicos, levando seus filhos, mesmo que não provindo de uniões legitimadas, a serem batizados. Essas escolhas demonstram que entre as possibilidades encontradas pelos cativos para ampliar suas redes de sociabilidade, o batismo foi bastante recorrente. Como destacou Fernanda Ferreira Dias (2013, p.2), em seu trabalho sobre as relações de compadrio constituídas por escravos na Freguesia Santana de Caetité no período de 1827 a 1831.

Em meio a esse universo familiar, o compadrio constituiu-se em uma ferramenta auxiliadora desses escravos para, de alguma forma, amenizar as amarras da escravidão. O apadrinhamento [...] possibilitava as camadas inferiores [e aos escravos] conquistarem maior autonomia, bem como ascenderem socialmente. O ato dos padrinhos irem até uma pia batismal realizarem o sacramento do batismo ia além da presença física [...], mas também estava interligada por laços de amizade, solidariedade, impregnada de um teor espiritual. [...] Desse modo, o ritual do batismo transitava nos dois mundos, tanto no social, quanto no religioso.

Segundo a autora, o compadrio reforçava uniões já existentes entre os escravos, constituindo importantes alianças de parentesco que iam além da consanguinidade.

A documentação consultada nos revela ainda, uniões consensuais que posteriormente foram legitimadas pelo sacramento católico, como foi o caso de Margarida, cativa de Manoel Joaquim de Souza que batizou sua filha Jozefa, em 01 de novembro de 1835, vindo a "oficializar a união" 12 anos depois, quando se casa com Florêncio.^[11] Outro exemplo é o da cativa Maria, pertencente a Joaquim Ferreira da Silva que batizou seu filho João em 15 de fevereiro de 1841, vindo a casar-se com Antônio 6 anos depois, em 1847.

Nogueira (2011, p.110) ressalta que "muitos desses escravos, quando se uniam pelo ritual católico, já vivenciavam a experiência conjugal, alguns

com filhos já crescidos, outros por nascer”. Cristiany M. Rocha (2004, p. 101), na pesquisa sobre famílias escravas em Campinas (1850-1888), verificou que várias escravas que foram descritas nos registros de batismos como mães solteiras vieram a se casar posteriormente, várias delas, após terem batizado mais de dois filhos:

[...] o cálculo das taxas de ilegitimidade das crianças escravas baseado nos assentos de batismos nos diz muito pouco acerca da realidade vivida pelas famílias. Taís índices revelariam uma ilegitimidade formal, ou seja, do ponto de vista legal, que poderia estar muito distante da prática. Mesmo levando em conta que não é possível saber ao certo se todas as crianças tidas antes do casamento eram filhas do mesmo homem que se casa com a mãe delas, acreditamos que o mais importante é a presença desse pai ou padrasto na socialização dessas crianças.

Podemos compreender que apesar de muitos filhos serem registrados nos assentos de batismo como naturais, puderam conviver com a presença de ambos os pais. Como verificado por Napoliana Pereira Santana (2012, p.65) “[...] apesar da ausência do pai nos documentos, em muitas ocasiões, essa ausência não se configurava na vida prática, onde crianças escravas cresciam ao lado de seus pais e das suas mães.”

Por outro lado observaram-se índices de legitimidade nos assentos de batismo que significam relações sacramentadas pela Igreja Católica. De modo que os nomes das crianças batizadas aparecem associados ao nome do pai e da mãe, além da descrição “*filho legítimo de*”. Foram localizados, na documentação consultada, alguns casais que batizaram seus filhos após se casarem [12], como foi o caso de Bento Teixeira e Maria Ferreira, Felipe e Anna crioulos, Antônio e Roza, João Angola e Loucianna, Inêz e Luiz, Bento e Francisca, Francisco e Faustina, Miguel e Cecília, Joaquina e Paulo, entre outros. Esses dados foram identificados por meio dos registros de batismo, onde os filhos desses escravos aparecem como legítimos, acompanhado do nome dos pais.

Infelizmente, até o momento desta pesquisa não identificou-se registros de casamentos desses casais que tiveram seus filhos registrados como legítimos, deste modo, dificultando uma visão mais longitudinal das redes familiares destes cativos. A única exceção foi o registro de casamento de Eleutério Soares, africano e Máxima Delfina, Crioula, ambos escravos de Francisco Xavier Soares que se casaram em 1840, e em 07 de março de 1841 batizam sua filha Caetana, esta que, provavelmente é a primeira filha do casal, pois não foram encontrados registros de filhos anteriores a esta data na documentação pesquisada. Infelizmente, as únicas informações disponíveis acerca da família de Eleutério e Máxima Delfina são as que estão dispostas acima, devido a carência de dados dos registros de casamento, que impossibilita de acompanhar a trajetória dessa família.

Como mencionado anteriormente, foram localizados para a Freguesia Santana de Caetitê, 179 casamentos legítimos entre escravos para o período em estudo. A tabela 02 mostra a disposição desses pares.

Há de se levar em consideração também, a preferencia dos cativos, com relação a seus parceiros e parceiras. Sobretudo no que se refere aos africanos, que trouxeram consigo suas histórias, sua cultura e seu modo de vida. Gilberto Freire (1983, p.160) afirma que, as experiências “dos cativos africanos, bem como seu legado cultural, influenciaram fortemente as comunidades escravas”, deste modo, essas uniões significaram uma forma de preservação da cultura africana.

Na tabela abaixo estão dispostos todos os casamentos de escravos encontrados nessa pesquisa, num total de 179, que foram distribuídos de acordo com a origem e sexo de cada contraente. Percebe-se um número bastante elevado de escravos de mesma origem unidos em matrimônio. Observando a tabela, notamos que 14 africanos se uniram a africanas; 32 crioulos se uniram a crioulas; além de 8 casamento entre cabras; e 5 entre pardos. Evidenciando assim que, na maioria dos casos, os escravos preferiam unir-se a pessoas da mesma origem. É possível compreender que, provavelmente, o casamento ajudou muitos cativos a conservar suas identidades[13].

Tabela 02: Formação dos pares a partir dos registros de casamentos –
1831-1855 / 1876-1888

H OME NS	MULHERES								
	A fricana	C rioula	M ulata	C abra	P arda	M estiça	F orra	N ão id entifica da	T otal de H omen s
A fricano	1 4	2 0		1	1		2	3	4 1
C rioulo	1	3 2	1	9	3	1		4	5 1
M ulato		1	3				1	1	6
C abra	1	4	1	8	2		1	1	1 8
P ardo	1			1	5				7
Li berto		1						1	2
Li vre				1					1

N ão identif icado	1	2					2	48	5 3
T OTAL DE MUL HERE S	1 8	6 0	5	2	1	1	6	58	1 79

Fonte: Livros de registro de casamento da Cúria da Igreja Matriz de Caetité 1831-1848; 1837-1855; 1846-1851. Livro de registro de casamento do APMC - 1876- 1888.

Nota-se que as uniões davam-se, principalmente, entre escravos do mesmo grupo, não impedindo a mistura entre etnias. Como sugere Francisco Vidal Luna e Iraci Del Nero da Costa (1981), que escrevem acerca do casamento de escravos em Vila Rica no período de 1727 a 1826, “evidencia-se [...] a tendência de se darem casamentos entre indivíduos de mesma origem”. Deste modo, como bem assinalou Nogueira (2011, p.115-116), “mesmo que não encontrassem parceiros de etnias iguais às suas, esses africanos preferiam se unir a outros companheiros da travessia atlântica, visando a possíveis afinidades étnicas”.

Apesar de preferirem pessoas de mesma origem para se unirem em matrimônio, os escravos também se uniram a pessoas de origem diferente. Como apresentado na tabela 02, vinte crioulas se uniram a africanos.

Das 18 africanas que se casaram, 14 casaram-se com africanos, as 4 restantes casaram-se com homens de procedência diferente das suas, mostrando um percentual de pouco mais de 20% de africanas casadas com homens não-africanos. Se pensarmos que o escravo não identificado na tabela, que se casou com a africana for um africano, este percentual cai para 16,7%, evidenciando que estas escolhas refletem a conjuntura vivenciada. A

tabela também nos permite analisar a quantidade de africanos e africanas que se casaram nesta freguesia: 41 africanos, e 18 africanas. Um número bem mais elevado de africanos em detrimento de africanas; Como a historiografia tem demonstrado, isso se justifica pela grande quantidade de homens trazidos da África para trabalhar em diversas lavouras e pecuária, normalmente nas fazendas, sejam elas do sertão ou não, contavam com um maior contingente de homens escravos do que de mulheres escravas, e havia uma grande preferência dos senhores por escravos do sexo masculino, já que as mulheres eram utilizadas com maior frequência nos serviços domésticos, enquanto os homens trabalhavam nas lavouras e pecuária.

Do total de 179 casamentos – que totaliza 358 escravos casados – 53 homens e 58 mulheres, não tiveram suas origens identificadas nos registros de casamentos. As procedências étnicas, ou seja, as nações (Mina, Angola, Benguela, etc.) dos africanos identificados na Freguesia Santana de Caetité, 59 no total, também não foram especificadas na documentação consultada.

Foram localizados 358 escravos que se casaram entre homens e mulheres, destes, 59 eram africanos, o que nos leva a concluir que em Caetité houve uma presença significativa de africanos. Se levarmos em conta somente o número de escravos que se casaram para fazer a comparação, teremos o elevado número de 16,5% de presença de africanos, no entanto esses números são apenas suposições já que precisaríamos de maiores informações para fazer essas constatações, como o número de escravos e de africanos, da Freguesia.

Já a quantidade de crioulos em comparação com o número de africanos, apresenta maior número de mulheres casadas do que homens: 60 mulheres e 51 homens. Talvez as mulheres crioulas fossem mais abertas ao casamento que suas companheiras africanas, ou a maior quantidade de mulheres crioulas favorecesse o número elevado de uniões matrimoniais entre essas, em detrimento das cativas africanas. Este maior número de crioulos sugere uma opção dos proprietários da Freguesia Santana de Caetité pela reprodução natural de seus cativos além de utilizar o mercado do tráfico de africanos, como observado por Nogueira (2011), para o “Certam de Sima”, onde essa opção foi bastante recorrente.

A grande presença de crioulos localizados nessa pesquisa, 111 – entre homens e mulheres, – também evidencia que esta não foi uma possibilidade descartada pelos proprietários de escravos da Freguesia de Caetité, o grande números de africanos indicam que o tráfico também foi bastante utilizado pelos senhores dessa freguesia para recompor suas posses escravas, levando-nos a sugerir que tanto o tráfico de escravos quanto as reproduções naturais de seus cativos, foram estratégias utilizadas pelos senhores de escravos de Caetité.

Notamos também que mais mulheres (entre livre, liberta, forra) se casaram com homens cativos, do que o contrário: a tabela mostra seis forras casadas com cativos, enquanto apenas três homens na condição de livre e liberto casaram-se com mulheres que ainda estavam presas ao cativo. Se analisarmos esse dado pelo ponto de vista político, compreenderemos que, antes da Lei de Ventre Livre (1871) todas as crianças que nascessem de ventre escravo era escrava. Partindo desse viés, se a escrava se casasse com um homem livre ou forro, estaria sujeita a ter sua prole presa ao cativo. Se pensarmos na situação inversa, notaremos que, o homem estando na condição de cativo e a mulher sendo livre poderiam constituir uma família com menos “riscos”, pelo menos, no que se refere a condição dos filhos que por ventura viessem a nascer dessa união, a mãe sendo livre a criança não corria o risco de nascer cativa. Talvez esse pensamento justifique os números apresentados.

A análise da formação dos pares nos possibilita entender um pouco da dinâmica escravista do alto sertão, no que se refere às escolhas de seus parceiros e parceiras para construir famílias. Entretanto, outros fatores devem ser levados em consideração no tocante a famílias escravas como as dificuldades a que muitos cativos se deparavam para a constituição de uma família legitimada pela Igreja Católica.

3. DIFICULDADES E IMPEDIMENTOS PARA OS CASAMENTOS DE CATIVOS NA IGREJA CATÓLICA.

Regras da Igreja Católica muitas vezes tornaram-se dificuldades e impedimentos para a realização de casamentos de cativos. Eliana Maria Goldschmidt (2000) esclarece que, para que fosse realizado o sacramento do matrimônio era exigido aos escravos que soubessem as doutrinas cristãs e a

obrigação do Santo Matrimônio. Muitos escravos poderiam ter certo conhecimento de algumas das doutrinas exigidas pela Igreja Católica, devido ao convívio com alguns senhores que eram adeptos da religião e a participação em festejos e celebrações religiosas, como missas, batizados e casamentos, no entanto, é pouco provável que conhecesse *todas* as doutrinas cristãs. Os africanos, por exemplo, tinham outras crenças e cultura e, provavelmente, mesmo fora de seus territórios e de suas origens, não deixaram de praticar o culto aos seus deuses e continuar a segui-los no novo continente.

Maria Beatriz Nizza da Silva (1984) sugere que apesar de existirem outros desafios para o casamento católico, o conhecimento das doutrinas cristãs era a maior dificuldade encontrada pelos cativos, já que vivenciavam outra crença, e cultuavam outros deuses, sendo que, mesmo após serem trazidos da África muitas manifestações religiosas permaneceram nas práticas cotidianas dos cativos. Pires (2009, p.242) salienta que os africanos “vivenciam na região elementos da religião afro-brasileira, principalmente em sambas e batuques. O contato com as tradições católicas se dava corriqueiramente naquelas pequenas localidades do sertão, tão apagadas ao calendário cristão.”

Segundo as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.125. grifos meus) os escravos poderiam se casar desde que conhecessem e seguissem os dogmas da Igreja[14]. Para essa instituição os aspirantes ao casamento poderiam se casar, desde que:

Este Sacramento se não administre aos escravos senão estando *capazes*, e sabendo usar delle, mandamos aos Vigários, Coadjuutores, Capellães, e quaisquer outros Sacerdotes de nosso Arcebispado, que antes que receba os ditos escravos, e escravas, os examinem se sabem a Doutrina Cristã, ao menos o Padre Nosso, Ave Maris, Creio em Deos Padre, Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja, e se entendem a obrigação do Santo Matrimônio, que querem tomar, e se é sua tenção permanecer nelle para serviço de Deos, e bem de suas almas; e achando que

o não sabem, ou não entendem essas causas, os não recebam até os saberem, e sabendo-as os recebam.

Assim, percebemos que os escravos deveriam ter, no mínimo, estas características para que pudessem estar aptos a contrair o matrimônio. De acordo com as Constituições, caso os cativos não soubessem ao menos rezar o Padre Nosso, a Ave Maria, o Creio em Deus Padre e conhecesse os Mandamentos da Lei de Deus e da santa Madre Igreja os casamentos não se realizariam. Isso era o que estava escrito, mas não se sabe até que ponto os escravos deixaram de se casar por não saber rezar o Padre Nosso, não acredito que este possa ter sido um empecilho para que cativos optassem por casamentos na Igreja Católica.

Acerca dos impedimentos, podemos imaginar que eles existiram para a Freguesia Santana de Caetité, já que em alguns registros há a menção de tal ocorrência.

A 20 de jan^o do d^o ano [1853] O P^e Gomes cazou Dom^{os} com Izidora pardos escravos de Manoel da S^a Per^a ambos desta Freg^a Arcebispado da B^a *sem impedim^{to} canônico* [...] [15] (grifos meus)

Não foi localizado na documentação escravos que não puderam contrair matrimônio devido a algum impedimento canônico, no entanto, o registro acima nos permite supor que esses impedimentos existiam e que alguns casais podem ter deixado de contrair matrimônio devido a sua ocorrência.

Eliana Maria Rea Goldschmidt (2000) ao tratar de matrimônio e escravidão em São Paulo colonial, e Sílvia Maria Jardim Brugger (1998) ao abordar as uniões matrimoniais em Minas Gerais no século XIX, tratam acerca desse aspecto, destacando o papel decisivo da Igreja nas efetivações das uniões entre negros escravizados. Brugger (1998, p.1) apresenta conclusões importantes a esse respeito, abordando os rituais do casamento em que "os pretendentes do matrimônio deveriam descrever praticamente toda a sua vida até aquele momento, comprovando as suas afirmações documentalmente ou através de testemunhas".

Segundo as autoras, haviam alguns empecilhos colocados pela Igreja e que deveriam ser superados pelos negros, como por exemplo, a existência do documento de batismo e banhos[16]. Caso estes não apresentassem esses documentos, por algum motivo, como a perda, por exemplo, deveriam provar que haviam passado por estes processos através de testemunhas. Para Goldschmidt (2000), quando não fosse concedida uma dispensa, era necessário substituir o registro de batismo por interrogatório, com a finalidade de justificar sua existência.

Sheila de Castro Faria (1998, p. 58), apresenta o que poderia ser um desestímulo às uniões matrimoniais, conforme a autora

[...] *qualquer pessoa* que se decidisse casar entrava com um processo de comprovar determinadas condições básicas que a habilitasse no matrimônio. Deveria apresentar certidão de batismo; comprovar seu estado de solteira e descompromissada com outra qualquer instituição (como voto de castidade e religião); sendo viúva tinha que mostrar o assento de óbito do outro cônjuge; provar ser livre, no caso de escravos e seus descendentes, mostrando a carta de alforria (ou, então, a certidão de batismo e uma cópia do testamento, para os que fossem alforriados na pia batismal ou em disposições testamentárias) e proclamar o futuro matrimônio em todos os lugares onde esteve fixada por mais de seis meses, para a comprovação da inexistência de impedimento. (grifos meus)

Percebe-se assim, que até mesmo as pessoas livres poderiam encontrar dificuldades com as regras rígidas da Igreja Católica, o que reforça a ideia de que muitos acabavam tendo de optar por relações consensuais ao casamento religioso.

Francisco Vidal Luna e Iraci Del Nero da Costa (1981 s.p) apontam que “[...] parcela ínfima das uniões a envolver pelo menos um escravo via-se sacramentada pela Igreja”, isso se justifica pelas dificuldades e empecilhos

impostos para a realização deste sacramento. Para os autores (Loc. cit.), esse fator advinha-se principalmente, “[...] dos empecilhos gerados pelo próprio mecanismo imposto pelo poder espiritual à consecução do sacramento matrimonial”, como, por exemplo, “o procedimento formal indispensável à obtenção do consentimento” para o casamento e os “custos monetários associados às prescrições ditadas pela Igreja”.

Talvez o valor cobrado pelo matrimônio fosse um empecilho bem maior aos cativos que o conhecimento das doutrinas cristãs, já que nem todos os escravos conseguiam algum pecúlio, e se assim o fizesse, provavelmente o guardaria para a compra da sua liberdade, pelo menos é o que se imagina. E com relação às exigências para o matrimônio, cabe ressaltar, que algumas brechas eram abertas, e nem sempre se seguia rigorosamente o que era expresso pelas constituições.

Uma dessas possíveis brechas eram as dispensas. Segundo Cristiane Pinheiro Santos Jacinto (2005, p.81) que escreve sobre família escrava em São Luiz, século XIX, a burocracia constituía-se em forte empecilho às uniões legítimas, mas não os impediam de realizar seu intento, para a autora

Ao mesmo tempo em que o excesso de exigências dificultava o casamento de escravos, essa instituição buscava, na medida do possível, viabilizá-las à partir da concessão de dispensas. Apesar das particularidades, é possível afirmar que, embora não fosse a regra, os escravos recorriam ao casamento para sacramentar suas uniões, fossem recentes ou mesmo aquelas mais consolidadas, que já haviam, inclusive, originado uma prole. Os documentos exigidos e as dificuldades para consegui-los não os impediam de realizar seu intento.

Muitos escravos da Freguesia Santana de Caetité se valeram dessas brechas para contraírem o matrimônio e “realizar o seu intento”. Como foi o caso dos cativos Victorino e Michaella que se casaram apesar do parentesco. “A 7 de 9^{bro} 1847 casou solenim^{te} Victorino e Michaella crioulos escr^{os} de Vicente Ferr^a de Azd^o foram dispensados no 2^o grau de consaguinidade”^[17].

No entanto, não se sabe até que ponto essas dispensas também se fizeram presente em se tratando de impedimento canônico, a documentação consultada não apresenta nenhum caso em que faz menção a esse tipo de dispensa. O que fica evidente é que significativo número de casamentos ocorreram, isso pode ser constatado por meio da análise dos registros de casamentos, e analisando as legitimidades dos registros de batismos, conforme indicado na primeira parte deste artigo.

Maria Beatriz Nizza da Silva (1984, p.142) constatou que havia certa flexibilidade dos párocos locais que aceitavam celebrar o casamento, na medida em que uma pessoa idônea se responsabilizasse pela posterior apresentação das certidões exigidas. Acerca dos proclamas, esclarece que estes tinham de ser tornados públicos durante três domingos ou dias santos seguidos, não só na freguesia onde os contraentes iam celebrar seu matrimônio, mas também naquelas onde eles tinham residido depois de chegarem a idade casadoura. (14 anos para os homens e 12 anos para as mulheres, segundo as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia).

Como já mencionado anteriormente, as informações dos registros de casamentos trazem pouquíssimas informações acerca dos contraentes, sobretudo no que diz respeito aos escravos, o que impossibilita fazer análises mais esclarecedoras a esse respeito.

Diante dessas constatações apresentadas, nos deparamos com uma série de questionamentos: por que os escravos se esforçavam tanto para casar já que era algo tão complicado? Qual o significado da família para os escravos? E, mais que isso, qual o significado que possuía o enlace matrimonial celebrado pela Igreja Católica para os cativos?^[18]

4. ESCOLHAS E MOTIVAÇÕES DE ESCRAVAS E ESCRAVOS NA FORMAÇÃO DE LAÇOS FAMILIARES.

Aos escravos cabiam algumas alternativas de escolha de vida, em particular na seleção de cônjuges e de relações de parentesco mais extensas. Faria (1998, p.294) salienta que “as interferências dos senhores, nesses aspectos, foram aparentemente eventuais e esporádicas”.

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.125) trazem informações bastante esclarecedoras sobre a composição dos matrimônios entre os escravos na Bahia. No título que se refere aos matrimônios dos escravos, o texto traz a seguinte informação:

Conforme o direito Divino, e humano, os escravos podem casar com outras pessoas captivas, ou livres, e seus senhores não lhe podem impedir o Matrimônio, nem o uso delle em tempo, e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar pior, nem vender por outros lugares remotos, para onde o outro por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir, e fazendo o contrario pecam mortalmente, e tomão sobre suas consciencias as culpas de seus escravos, que por este temor se deixam muitas vezes estar, e permanecer em estado de condenação. [...] E declaramos, que posto que casem, ficam escravos como de antes erão, e obrigados a todo o serviço de seu senhor^[19].

A historiografia tem analisado uniões matrimônias por dois ângulos. Um trata da visão que o escravo possuía acerca do casamento, que poderiam fazer suas próprias escolhas na condução de suas vidas, escolhendo seus parceiros para se casarem e constituir família, havendo certa “liberdade” na escolha dos futuros parceiros que, nesse caso, não era instituída pelo senhor, não era este quem escolhia os parceiros para seus cativos, e sim eles mesmos diante das possibilidades que lhe eram oferecidas, como por exemplo, a pouca quantidade de mulheres nos plantéis fazia com que as opções ficassem cada vez mais escassas.

Robert Slenes (1999, p. 72) apresenta que “o grande desequilíbrio entre homens e mulheres adultos, tem implicações importantes para a família cativa”, ou seja, essa superioridade de homens nas senzalas em detrimento das mulheres fazia com que os homens tivessem “pouca” possibilidade de escolha, e as mulheres tinham, de alguma forma, certo “privilégio” em suas escolhas devido ao grande grau de masculinidade nas fazendas.

Para a freguesia em estudo não se dispõe de dados acerca da quantidade de homens e mulheres nos plantéis ou por fazendas, pois nos registros não foram indicados a localidade das pessoas, desse modo, não se permite fazer conclusões acerca da maior possibilidade de escolha das mulheres cativas sobre os homens. Entretanto, é de se imaginar, que a opção por homens nas fazendas fosse muito maior que por mulheres, entendendo que essa era uma forte característica da escravidão no Brasil. Desta forma, as mulheres realmente tinham um maior leque de possibilidades, o que não quer dizer, entretanto, que eram estas que escolhiam os seus parceiros. Certamente essas uniões advinham da escolha de ambos os cônjuges.

O outro ângulo analisado traz os senhores enquanto “beneficiários” das uniões matrimoniais entre escravos de sua propriedade. De modo que o casamento significou, para muitos proprietários de escravos, um poderoso instrumento de controle social, em que possibilitava aos senhores terem maior segurança quanto a permanência desses escravos em suas fazendas, de forma que o esposo ou esposa não fugiria deixando para traz sua família, que poderia sofrer as consequências de sua fuga, sendo castigados, ou sofrerem outro tipo de punição. Então, conclui-se que para os senhores havia certos benefícios, como a ausência ou diminuição de fugas, por exemplo.

Washington Santos Nascimento (2007) que escreve sobre a família escrava no sertão baiano nas décadas finais da escravidão, tendo como base para sua pesquisa a consulta de escrituras de compra e venda e termos de tutela e outros (43 termos analisados), enfatiza as uniões de cativos enquanto algo comum e duradouro no sertão baiano. O autor afirma ainda, que, muitas vezes os escravos eram reféns de suas próprias redes de solidariedades e parentesco, alguns senhores estimulavam as uniões cativas para que o escravo se tornasse reféns do próprio sistema.

Robert Slenes (1999, p. 114 –115.) também discorre a esse respeito afirmando que:

A formação de uma família transformava o cativo e seus parentes em “reféns”. Deixava-os mais vulneráveis às medidas disciplinares do senhor (por exemplo, à venda por punição) e elevava-lhes o custo

da fuga, que afastava os fugitivos de seus entes queridos e levantava para estes o espectro de possíveis represálias senhoriais.

O que se constata é que estas uniões geravam perdas e ganhos, pois, ao mesmo tempo em que criava laços familiares e comunitários dando-lhes possibilidades para certas mobilidades no cativeiro, tornava-os reféns devido ao amor a seus familiares. Certamente, a família estava em primeiro lugar na vida destes sujeitos sociais escravizados, muito além de outros interesses, embora estes também fizessem parte da vida destas pessoas

Outro aspecto a se destacar nessa análise envolvendo a escolha dos cativos, é o “impedimento” com relação ao casamento entre escravos de fazendas diferentes, como destaca Brugger (2007, p.119), se tratando da formação familiar em São João Del Rei em Minas Gerais, “todos os casais legitimamente constituídos eram formados por cativos de um mesmo proprietário, apontando para a existência de impedimentos impostos pelos senhores para a contração de matrimônio entre cativos de escravarias diversas”.

Apesar desta pesquisa não dispor de dados que permitam identificar os locais de moradia ou nascimento dos contraentes, já que as fontes são limitadas, foi possível localizar escravos de proprietários diferentes contraindo matrimônio, entre os casais encontrados, destacamos: Domingos, africano, escravo de Silvério Pereira da Costa, que casou-se com Roza Fernandes da Costa, escrava de Joaquim Fernandes da Costa; Florentino, africano, escravo de D. Maria Francisca da Conceição, casou-se com Ediviges, crioula, escrava de Jerônimo Pereira da Costa; e Eugênio Gonsalves, escravo de Felix Pereira, casou-se com Catherina, escrava do Capitão Antônio de Carvalho, que são alguns exemplos. Ao todo, a pesquisa aponta 10 casamentos entre escravos de senhores diferentes, chegando a um percentual expressivo de 5,6% dessas uniões legitimadas. Uma quantidade elevada, sobretudo se considerarmos as demais regiões, como o sertão do São Francisco, onde a historiadora Napoliana Santana (2012, p.66) constatou que “as fontes noticiaram apenas um casal de escravos pertencentes a diferentes senhores com união legitimada”.

A partir de 1850, com a proibição legal do tráfico atlântico de africanos, o regime escravista começa a entrar em crise e, talvez, por esse motivo, os senhores tentaram controlar os casamentos de seus cativos, visando impedir a abertura de brecha para possíveis intervenções da Igreja, caso quisessem negociar seus escravos.

Associado a isso, a partir desse momento, impõe-se uma nova forma de organização e comercialização de cativos, que passava agora a ser interprovincial. Nesse viés, as relações de parentesco passaram a desempenhar papel contrário ao que vinha apresentando anteriormente, os jovens cativos que estavam sujeitos a irem para outras províncias se rebelavam, pois não queriam separar-se de seus familiares. "O parentesco escravo, que antes era fator que pacificava os escravos e colaborava com a manutenção do sistema, passou a ser um dos principais entraves ao funcionamento da dominação escravista". (RAMOS, 2010, s.p.)

A tabela abaixo aponta os índices de casamentos na Freguesia Santana de Caetité para esse período, vejamos:

Tabela 03: Índices de casamentos na Freguesia Santana de Caetité (1831 – 1855 / 1876 – 1888).

DATAS	NÚMEROS DE CASAMENTOS
1831 – 1835	0
1836 – 1840	16
1841 – 1845	61
1846 – 1850	69
1851 – 1855	26
1876 – 1880	1
1881 – 1885	6
1886 – 1888	0
TOTAL	179

Fonte: Livros de registro de casamento da Cúria da Igreja Matriz de Caetité 1831-1848; 1837-1855; 1846-1851.

Livro de registro de casamento do APMC - 1876- 1888.

A tabela mostra realmente um decréscimo nos números de casamentos, que vinham aumentando consideravelmente desde a década de quarenta. Os números mostram um aumento de 16, nos últimos anos da década de trinta, para 61, nos primeiros cinco anos da década de quarenta, chegando ao expressivo número de 69, nos últimos anos desta década. Vindo a cair vertiginosamente a quantidade de casamentos nos primeiros anos da década de cinquenta, chegando a 26 casamentos. Os dados não nos permite saber a quantidade de casamentos do período compreendido entre 1856 a 1876, devido a documentação não contemplar este período, o que nos impossibilita de fazer uma análise mais incisiva acerca dos decréscimos nos números de casamentos, no entanto, analisando os dados oferecidos pela tabela, veremos que em nenhum período posterior ao fim do tráfico os índices se assemelharam aos da década de quarenta.

Podemos conjecturar que, de alguma forma, houve interferências, para a queda desses números de uniões matrimoniais, como supõe Silva (1984), os senhores podem ter criado obstáculos para a realização do casamento, e como já vimos anteriormente, empecilhos não faltaram aos escravos que desejavam unir-se em matrimônio. Uma possível justificativa para esta queda foi o fim do tráfico negreiro e a intensificação do tráfico interprovincial que não respeitava os laços e sentimentos familiares dos cativos muitas vezes destruindo famílias enraizadas por longo tempo no sertão baiano.

Fátima Pires (2009, p.43) acerca do tráfico interprovincial de escravos verificou que "Uma das consequências desse intenso tráfico interno foi a desagregação do grupo familiar escravo. Crianças entre 8 e 12 anos, foram apartadas de seus pais, parentes e amigos" além disso, "famílias inteiras foram 'negociadas', mas não se pode precisar se continuaram integradas no destino de suas vendas". (Ibid, p.44)

Pesquisas nos apontam algumas possibilidades interpretativas sobre as motivações dos escravizados para se unirem a outrem estando na

condição de cativo. Entre as possibilidades pode-se supor que isso se dava em busca de uma “felicidade” que só seria alcançada com um companheiro, ou talvez este representasse para o escravo “[...] o consolo de uma mão amiga na luta para enfrentar privações e provações” como escreve Robert Slenes (1999, p.149), ou ainda, o fato de o casamento ser mais uma estratégia “política” para alcançar vantagens diante do senhor, pois “dentro do precário ‘acordo’ que os escravos extraíram de seus senhores, o casar-se significava ganhar maior controle sobre o espaço da moradia” (Op. Cit., p. 150).

Para Brugger (2007, p.120), os escravos urbanos, portadores de uma maior autonomia em relação aos senhores como os “de ganho”, teriam menos a lucrar com as uniões matrimoniais, do que os cativos do meio rural. “Para estes, o casamento poderia viabilizar maior autonomia, no sentido de constituição de habitação em separado do restante da escravaria, e a possibilidade, inclusive, de manutenção de padrões culturais de origem africana”.

Isabel Cristina Ferreira dos Reis em sua tese de doutorado *A família negra no tempo da escravidão: Bahia 1850 – 1888*, destacou a importância da família escrava para os cativos. Segundo Reis (2007, p.27) “[...] não foram poucas as evidências da importância atribuída pelos negros, com diferentes estatutos jurídicos às suas relações familiares e de parentesco, independente de se tratar de família constituída através do casamento católico ou consensual, família nuclear ou parcial”.

Em alguns dos registros consultados, percebe-se a união de cativos que contrairam matrimônio mesmo em idades avançadas, como é o caso de Anselmo e Raymunda, veja a ata do casamento abaixo:

Aos três dias do mez de julho do Anno de Nascimento do Nosso Senhor Jezus Christo de mil oitocentos setenta e oito, neste Districto de Paz, parochia de Santa Anna de Caetité, município do mesmo nome, província da Bahia, em meu cartório compareceu o Doutor Juiz de Direito Jozé Antônio Gomes Netto, e declarou que no dia vinte e três do mez de junho, em seu Oratório particular, em sua

fazenda da Santa Barbara, receberão por marido e mulher, os seus escravos *Ancelmo, crioulo, de sessenta annos, e Raymunda, crioula, com quarenta annos [...]*^[20] (grifos meus)

Diante desse registro surge o seguinte questionamento: o que levaria um senhor idoso e uma mulher de quarenta anos a contrair matrimônio a essas alturas da vida? Presumivelmente este casal já vivia em união e buscou legitimá-la no “Oratório da Fazenda Santa Barbara” onde deveriam morar, pois o declarante desta informação o “Doutor Juiz de Direito Jozé Antônio Gomes Netto”^[21] era o proprietário da referida fazenda e do casal de cativos. Pode-se pensar também que, talvez, simplesmente, quisessem juntar seus sofrimentos e alegrias e conviver juntos pelo resto de suas vidas. Talvez o casamento fosse uma forma de adoçar a vida após tantos anos de lutas e amarguras. Ou até mesmo, uma válvula de escape para sobreviver ao cativeiro depois de uma longa trajetória de sofrimento. E, por que não dizer, a esperança de, mesmo após tantos anos, ainda encontrar a felicidade. No entanto, só por meio da análise comparativa com outros documentos poderemos encontrar essas respostas.

Segundo Washington Santos Nascimento (2007) a partir do Decreto lei nº1.695, de 15 de setembro de 1869, que proibia a desagregação da família escrava, os casamentos tendem a aumentar. Este Decreto proíbe a venda de escravos debaixo de pregão e em exposição pública, e em seu art. 2º, estabelece que “[...] em todas as vendas de escravos, ou sejam particulares ou judiciaes, é prohibido, sob pena de nullidade, separar o marido da mulher, o filho do pai ou mãe, salvo sendo os filhos maiores de 15 annos”^[22].

No entanto, nessa pesquisa – que infelizmente não dispõe de dados sobre esse período para a Freguesia de Caetité, tendo, a partir desta lei, apenas registros de 1876 a 1888 – a partir das datas analisadas após a lei encontrou-se um decréscimo nas uniões matrimoniais sacramentadas pela Igreja, sendo que de 1876 a 1888 realizou-se, segundo o registro disponível no Arquivo Público Municipal de Caetité, apenas 7 casamentos entre escravos. (Veja tabela 03)

Será que a sensação de proximidade com a liberdade fez com que essas pessoas decidissem mais por uniões consensuais em detrimento das uniões sacramentadas pela Igreja Católica? Os dados da tabela 03, nos permite analisar o casamento nos anos finais da escravidão, apontando que entre as décadas de setenta e oitenta apenas 7 casamentos entre escravos foram localizados.

Analisando as uniões escravas segundo a condição social dos contraentes pode-se compreender outros significados para as escolhas dos cativos envolvidos nas práticas de casamentos. Para esta pesquisa, foi localizado apenas um casamento envolvendo escravos e pessoas livres, os envolvidos são a cativa Maria Cabra e seu esposo Manoel Batista de Salles, como se pode verificar no registro abaixo:

Aos 2 de Jº de 1839 nesta mª Fregª O Pe G^{es} [ilegível] se receberam em matrimônio de palavras que celebrarão os contrahentes marido e m^{er}.[...] Manoel Baptista de Sales, filho de João Baptista de Sales, e Francisca Mª da Conceição, com Maria Cabra escrava de D. Maria, tt^{as} J^e Simião de Matos, e João Moreira de Oliveira[23].

O registro não especifica a condição de Manoel, se cativo ou livre, no entanto, apresenta o nome do pai e da mãe, nos levando a crer que ele era uma pessoa livre. Mas, relacionado a isso, a falta do nome de um proprietário, que, na maioria das vezes, foi o que diferenciou o cativo do liberto para essa pesquisa. Já para a definição de Maria, a documentação apresenta sua condição de cativa acompanhada do nome de sua proprietária. Deste modo, fica evidente que Maria era escrava e Manoel, livre.

Normalmente os cativos preferiam unir-se a pessoas de mesma condição social que a sua, ou seja, cativos, na maioria dos casos, uniam-se a cativos.

Para a pesquisa ora apresentada verificou-se uma quantidade ínfima de uniões envolvendo escravos e forras, ou escravas e forros. Dos 179 registros de casamentos entre escravos, apenas 6 escravos casaram-se com

mulheres forras, dentre eles 2 africanos, 1 mulato, 1 cabra e 2 que não foram identificados na documentação, como mostra a tabela 02.

Dentre os casos citados acima, podemos mencionar o escravo Jozé, pertencente a Jozé Cardozo Pereira, que casou-se com a forra Jozefa, em 1847. Domingos, africano, escravo de Silvério Pereira da Costa, casou-se, em 1838, com a forra, Roza Fernandes da Costa. O africano Valemtim, pertencente a Antonio de Souza Meira, também contraiu matrimônio com a africana forra, Aguida, em 1847. Fidentes, escravo de Antonio Raiz Ladeia, casou-se com Francisca, africana forra, em 1846. Nesse mesmo ano, Miguel, cativo de Dona Maria Genoveva, casou-se com Joana Francelina, forra.

Apenas dois, dos casos pesquisados, o cônjuge (homem) era liberto, e a companheira, cativa. As cativas são Clemência, crioula, escrava de Selêncio Antonio da Silveira, e Fellipa, cativa de Dona Clemencia Benigna Fraga Moreira, que se casaram com Francisco e Jerônimo, respectivamente, ambos os casamentos se deram no ano de 1885.

Acerca desse tipo de união, Juliano Tiago Viana de Paula (2009), salienta que era pequeno o número de casamento entre libertos ou forros e cativos, para o autor, havia vantagens e prejuízos para ambos os lados. Para aquele que ainda está sob o regime da escravidão este enlace pode representar uma maior proximidade da liberdade, enquanto que para as mulheres libertas, poderiam aproximá-las do cativo.

A partir do momento que estes nubentes se ligavam aos cativos, teriam que assinar um termo de seguimento. Com o estabelecimento destes laços a sua liberdade de movimento estaria em risco, não poderia ir para onde desejasse, pois o seu parceiro estava preso aos grilhões da escravidão. [...] Talvez o medo do retorno ao cativo, poderia ter sido uma barreira para a consolidação desses laços. (Loc. cit)

Com relação ao matrimônio de homens libertos com mulheres escravas, Juliano de Paula (Loc .cit) constata que o mesmo tinha um baixo percentual, no entanto era mais frequente do que de mulheres livres com escravos. O que contrasta um pouco com o que foi percebido neste estudo,

onde se verificou, com maior frequência, o casamento de escravos com mulheres livres, do que o inverso. Tendo ambos um baixo percentual.

O autor afirma que essas relações poderiam ser motivadas por alguns fatores, como a possibilidade de conseguirem um pequeno pedaço de terra dos senhores de suas escravas, para os homens mais desprovidos, ou ainda devido a baixa quantidade de mulheres entre a população livre e liberta, disponíveis para o casamento.

Deve-se levar em consideração, quando se trata desse tipo de união, entre livres e libertos, que era muito pouco vantajoso para o homem livre se unir a uma mulher presa à escravidão, de modo que, se esta escrava viesse a gerar um filho, este estaria condenado ao cativeiro, do mesmo modo que sua mãe, ou seja, o filho do casal, não seria uma criança livre já que sua mãe era uma escrava.

Se a situação fosse o inverso, onde o homem estivesse preso aos grilhões da escravidão, e a mulher fosse livre, o filho, provavelmente, seria uma criança livre, pois sua mãe assim o era. Essa reflexão nos permite entender o ponto de vista de muitos libertos em não unir-se a mulheres cativas, e entender o porquê da parcela ínfima de livres que uniam-se a escravos. Observar as relações envoltas no apadrinhamento de casamentos também abre outras possibilidades interpretativas a respeito dos significados das uniões matrimoniais para as famílias dos cativos.

4.1. PADRINHOS DE CASAMENTOS E DE BATISMO: RELAÇÕES DE COMPADRIO

Através da documentação consultada nesta pesquisa, foi possível constatar alguns casos em que os escravos escolhiam para seus padrinhos de casamento, seus proprietários, ou familiares destes. Antônio e Maria Joaquina, por exemplo, que se casaram em 2 de outubro de 1847, escolheram para seus padrinhos de casamento, o senhor Francisco Ferreira da Silva, proprietário de ambos os cônjuges. Do mesmo modo também o fizeram Jozé Crioulo e Luiza Cabra, escolhendo para padrinhos Clemente da Silva Meira, seu proprietário. Se analisarmos a partir da ideia de que esta escolha foi feita pelos escravos, pode-se supor a existência de uma relação mais próxima

desses escravos com seus senhores, ao ponto de estender essas relações a laços importantes como as relações de compadrio. Ou ainda, configura-se em estratégias para auferir ganhos e até privilégios dentro da fazenda de seu senhor. Evidenciando uma estratégia dos escravos na escolha de seus padrinhos.

A pesquisa aponta uma quantidade expressiva de cativos que escolheram, para seus padrinhos de casamento, pessoas de um status social bem elevado, a maioria delas eram proprietários de escravos e donos de fazendas. Informações que foram possíveis coletar através do cruzamento dos dados dos registros, já que um proprietário que apareceu casando seus cativos em um momento surgiu, em outro, apadrinhando outro casal. E pelo sobrenome dos padrinhos, indicando que não se tratavam de escravos.

Essas relações de compadrio, em alguns casos se configuravam como estratégias de sobrevivências, de modo que os cativos poderiam auferir ganhos que poderiam ir de proteção a cartas de alforrias. Como destaca Fernanda Dias (2013, p.11, grifos meus)

O apadrinhamento era *um campo de possibilidades* para os cativos e extrapolavam o seu significado religioso. Os padrinhos livres poderiam representar algum ganho para os escravos que esperavam com o batismo proteção e, quem sabe, auxílio na conquista da carta de alforria. Já a escolha dos companheiros de cativo como compadres e comadres pode revelar o desejo de manutenção de sentimentos de afeição, amizade, respeito e solidariedade.

O apadrinhamento poderia significar também o anseio de estreitamento de laços já existentes, ou simplesmente a manutenção de laços familiares ou de amizade. E, como destaca a autora, "era um campo de possibilidades".

Para essa pesquisa foi praticamente nulo o número de escravos que apareceram como padrinhos de casamento. De todos os registros identificados, apenas a união de José Africano e Benedita Crioula, escravos

de Manoel Pereira da Costa, revela cativos como testemunhas. O registro revela que “Aos 28 de maio de 1840 perante o vigro Sabino receberão em casam^{to} na Freg^{esa} de Caetité os contraentes marido e mulher, Jose Africano com Benedita Crioula escr^{os} do Alferes Manoel Pereira da Costa com assistência das tt^{as} M^{el} Cr^o e Benta cr^a [24][...]”

Esse dado indica a valorização por parte desses cativos de companheiros da escravidão para testemunharem sua união, e como salientado por Dias (Loc. cit.) revela o *desejo de manutenção de sentimentos de afeição, amizade, respeito e solidariedade*.

Em muitos casos, casamentos de casais de escravos do mesmo proprietário, que eram realizados no mesmo dia, tinham por testemunha os mesmos personagens. O que nos induz a crer que em algumas situações essas escolhas eram negadas aos escravos sendo-lhe permitido somente a escolha de seu cônjuge. Segundo Pires (2003, p.88) “o padrão dos registros era o mesmo. As testemunhas podiam ser os próprios senhores, senhores da vizinhança, forros, trabalhadores livres e mesmo escravos.” Analisar essas escolhas se torna complexa, na medida em que não se pode assegurar até onde as cativos podiam ou não escolher seus padrinhos de casamento. A documentação não dá margem a possíveis interpretações.

Em seu estudo Robert Slenes (1999) observa que as celebrações dos matrimônios aconteciam na cidade, nas igrejas matrizes do município e normalmente os fazendeiros esperavam ate ter uma grande quantidade de batismos e casamentos para serem celebrados todos juntos, assim economizaria tempo e impressionaria a escravatura com o clima de festa que a ida à igreja proporcionaria.

Essas informações apresentadas pelo autor (Loc. cit.) podem ser constatadas por meio das pesquisas realizadas nos registros de casamento analisados, em que, dos 32 senhores de escravos que realizaram o casamento de mais de um casal de escravos, 24 destes optaram pele realização dos casamentos coletivos. Doutor Joaquim Duncam realiza, em 5 de fevereiro de 1843, o casamento de quatro casais de escravos de sua propriedade.

Figura 01: Casamentos coletivos de escravos do Doutor Joaquim Duncam^[25]

Proprietário: Doutor Joaquim Duncam		
Estado	Paraná	Comarca
Padrinhos: Ângelo Custódio de Mello e Braz de Souza		

Percebe-se que o senhor Joaquim Duncan optou por realizar a cerimônia de casamento de seus cativos no mesmo dia, certamente, como apontado por Slenes (1999), pelo clima de festa que se instauraria na fazenda, ou até mesmo para evitar perder tempo de trabalho, e até mesmo o risco de fuga que essas viagens poderiam possibilitar.

Outro dado relevante acerca desses registros é que as testemunhas dos quatro casamentos foram Ângelo Custódio de Mello e Braz de Souza, o que nos induz a pensar até que ponto os escravos poderiam escolher seus padrinhos de casamentos? Uma pesquisa mais aprofundada poderá responder tais questionamentos. No entanto, essas reflexões revelam estratégias que nos permite compreender que o casamento era reflexo de uma negociação entre senhores e escravos, onde sem a conivência de uma das partes o matrimônio não se concretizaria.

Um posicionamento diferente, já se faz notar, no que tange ao apadrinhamento de batismo. Como observa Ramos (2010), que estuda a vida privada dos escravos no Brasil, havia uma preocupação com relação à escolha desses padrinhos para batizarem as crianças, esta preocupação se dava, sobretudo, com a manutenção dos laços com o passado. Em muitos casos, os avós das crianças batizadas se tornavam seus padrinhos.

Havia ainda a pretensão de constituição de alianças sociais verticais e horizontais, através dos apadrinhamentos, bem como a manutenção de sua

cultura, configurando-se essas relações como articuladoras das relações escravistas, como destaca Fernanda Dias (2013, p.12) para a freguesia em estudo.

Os africanos da Freguesia Santana de Caetité se articulavam entre si, com escravos nascidos no Brasil e com pessoas livres, no momento da escolha dos seus padrinhos, revelando pretensões na constituição de alianças sociais verticais e horizontais. A escolha por outros africanos como comadres e compadres evidencia que muito deles buscavam manter a sua cultura, estar entre os seus, mesmo, em muitos casos, não deixando de recorrer também à população livre. Os padrinhos foram grandes articuladores nesse novo universo.

Essas articulações são bastante notáveis em se tratando de padrinhos de batismo, onde havia certa predominância em escolher pessoas de melhores condições sociais para batizarem os cativos. Havia uma esperança de mobilidade que esse tipo de relação poderia proporcionar ao cativo, certamente a mais cobiçada delas, era a possibilidade de alcançar a tão sonhada liberdade, ou pelo menos, um auxílio para sua conquista.

Dos quase 200 registros de batismos envolvendo escravos encontrados para a Freguesia de Caetité, entre o período de 1818 a 1849, não houve uma presença marcante de senhores de escravos apadrinhando filhos de seus cativos. Apenas três casos desse tipo foram encontrados.

Dos 195 registros de batizado de cativos encontrados, 75 não apresentam o nome dos padrinhos. Para os 120 batizados restantes, foram encontrados seis casais de escravos e 16 casais de presumivelmente escravos [26] apadrinhando cativos nas cerimônias de batismo. O que mostra que 18,3% dos padrinhos eram cativos e, a grande maioria, de 81,7%, era de pessoas com melhores condições sociais que os cativos, evidenciando que a tese apontada por Ramos (2010), acerca da preservação com os laços do passado, foi pouco presente entre os escravos da Freguesia Santana de Caetité, que nitidamente optaram por constituir relações verticais pensando

numa possível elevação social, pelo menos no que se refere a elevação da categoria de escravos, para libertos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma ampla documentação que engloba vários registros de casamentos e batismos do século XIX, foi possível compreender que a família era uma instituição forte e valorizada pelos escravos. Não apenas a mãe, mas também pais e padrinhos tendiam a serem figuras importantes na vida de seus filhos. Não há motivos para concluir que as uniões matrimoniais ou consensuais fossem instáveis.

A família teve importância fundamental para os escravos, pois, para além dos casamentos oficializados na Igreja, as fontes indicaram outros tipos de arranjos familiares, evidenciando que a família não é só a união legítima sacramentada pela Igreja, e que arranjos familiares existiram e foram intensos no contexto escravista.

Os escravos valeram-se do casamento não apenas como uma opção de vida social, mas também, fizeram uso deste como estratégia de sobrevivência. Por meio dele, eles puderam auferir ganhos sociais, econômicos e políticos, além de construir espaços de sociabilidade e solidariedade. Além disso, o casamento poderia trazer alguns ganhos simbólicos para os escravos, ao aumentar seu acesso a recursos materiais e seu controle sobre a economia doméstica.

Acresce a isso, o fato de que ao contrair matrimônio, o escravo tinha a esperança de melhorar sua vida de várias maneiras, a principal delas seria a conquista de um pedaço de terra para cultivar como lhe conviesse. Também o escravo podia pensar em conseguir mais controle sobre suas economias domésticas. Para muitos escravos o casamento favoreceu a sobrevivência ao cativeiro por meio da possibilidade de criar seus filhos, pelo menos até certa idade, no seio da família; além da possibilidade de ter uma relação amorosa com alguém sem o constante medo da separação por venda ou herança, repentinamente, já que a lei os amparava^[27]; possibilidade de alforria pela compra, que era maior entre os casados que entre os solteiros, já que o casal poderia juntar o pecúlio, que serviria como uma poupança familiar e, conseguir mais rapidamente o valor para a compra da alforria de um dos

membros do cativeiro; reconhecimento da prole; auxílio mútuo para enfrentar as agruras da escravidão; herança em caso de morte; base para suas sobrevivências cotidianas; ampliação social de suas relações, porque as testemunhas de seus casamentos tornavam-se seus compadres; e ainda, a esperança de encontrar o amor, por que não? São muitas as possibilidades...

Não se deve esquecer, entretanto, que esses casamentos significaram o reflexo de uma negociação entre senhores e escravos, onde muitas vezes, este esteve sujeito a abrir mão de determinados proveitos para que seus desejos fossem realizados, ou seja, era uma linha tênue que estava sujeita a perdas e ganhos.

Presume-se ainda, que, muitos escravos se casaram “simplesmente”, porque queriam um companheiro, estavam à procura de pessoas que compadecessem do mesmo sofrimento, que se encontravam na dor: da perda, da saudade, da brutalidade, da exploração, do desrespeito, da humilhação, do desprezo, da desumanização, enfim, procuravam companheiros de aflição para compartilharem alguns momentos de felicidade, ou até mesmo dividir este sofrimento e se acalantar reciprocamente. Deste modo, pode-se dizer que o casamento foi, na maior das estratégias, o consolo de uma mão amiga na luta para enfrentar privações e punições da escravidão.

FONTES

Manuscritas:

1. Acervo da Cúria da Igreja Matriz de Caetité (Centro Paroquial) – BA
 - Livros de Registros de Casamento (1831 – 1848)
 - Livros de Registros de Casamento (1837 – 1855)
 - Livros de Registros de Casamento (1846 – 1851)
 - Livro de Registros de Batismo (1818 – 1829)
 - Livro de Registros de Batismo (1833 – 1849)
2. Arquivo Público Municipal de Caetité – APMC

- Livros de Registros de Casamento (1876 – 1888)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRUGGER, Sílvia Maria Jardim. **Casar-se em Minas: Uma Análise das Uniões Matrimoniais na Comarca de Rio das Mortes (1820 – 1850)**

_____. **Minas patriarcal: família e sociedade (São João Del rei – Séculos XVIII e XIX)**. São Paulo: Annablume, 2007.

DIAS, Fernanda Ferreira. **“Pus os santos óleos” : relações de compadrio constituídas por escravos na Freguesia Santana de Caetité (1827 – 1831)**. 2013

FARIA, Sheila de Castro. **A colônia em movimento: fortuna e família no cotidiano colonial**. Nova fronteira, 1998, 1ª edição.

FREIRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 22 ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olímpio Editora, 1983.

FREIRE, Jonis. **Escravidão e Família escrava na Zona da Mata Mineira oitocentista**. (Tese de Doutorado). Campinas, SP, 2009

GOLDSCHIMIDT, Eliana Maria Rea. **Matrimônio e escravidão em São Paulo Colonial: Dificuldades e solidariedades**. In SILVA, Maria Beatriz Nizza da (org.) Brasil: colonização e escravidão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

JACINTO, Cristiane Pinheiro Santos. **Relações de intimidade: desvendando modos de organização familiar de sujeitos escravizados em São Luís no século XIX**. São Luís, 2005.

LUNA, Francisco Vidal; COSTA, Iraci Del Nero da. **Vila Rica: nota sobre casamentos de escravos (1727 – 1826)**. Revista África, São Paulo, Centro de Estudos Africanos (USP), (4): 105-109, 1981.

MATTOSO, Katia Maria de Queiróz. **Bahia, século XIX: uma província no Império**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª edição, 1992.

NASCIMENTO, Washington Santos. **Famílias escravas, libertos e a dinâmica da escravidão no sertão baiano (1876 – 1888)**. Afro-Ásia, 35. 2007, 143 – 162.

NOGUEIRA, Gabriela Amorim. **“Viver por si”, viver pelos seus: famílias e comunidades de escravos e forros no “Certam de Sima do Sam Francisco” (1730-1790)**. 2001 (Dissertação de mestrado)

PAULA, Juliano Tiago Viana de. **Laços matrimoniais entre escravos e libertos: comarca de Rio das Mortes – Freguesia de são Tomé das Letras (1841-1883)**. (2009) Disponível em: <http://www.historiahistoria.com.br/materia.cfm?tb=alunos&id=182>.

PIRES, Maria de Fátima Novaes. **O Crime na Cor: escravos e forros no alto sertão da Bahia (1830-1888)**. São Paulo: Annablume / FAPESP, 2003.

_____. **Fios da vida: tráfico interprovincial e alforrias nos sertões de sima – Ba (1860-1920)**. São Paulo: Annablume, 2009.

RAMOS, Fábio Pestana. **A vida privada entre escravos africanos no Brasil: espaço de tensão e harmonia**. *Para entender a história...* ISSN 2179-4111. Ano 1, Volume ago., Série 19/08, 2010, p.01-05.

REIS, Isabel Cristina Ferreira. **A família negra no tempo da escravidão na Bahia, 1850-1888**. Campinas, SP: [s. n.], (Tese de doutorado) 2007.

REVISTA do Instituto Geographico e Histórico da Bahia. Nº 58. Ano de 1932.

ROCHA, Cristiany Miranda. **Histórias de famílias escravas. Campinas, século XIX** / Cristiany Miranda Rocha- Campinas, SP. Editora da UNICAMP, 2004.

SANTANA, Napoliana Pereira. **Família e microeconomia escrava no sertão de São Francisco (Urubu- Ba, 1840-1880)**, Dissertação (Mestrado em História Regional e Local) Departamento de Ciências Humanas/ Campus VI- UNEB, Santo Antônio de Jesus, Bahia, 2012.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: T. A. Queiroz: Ed. da Universidade de São Paulo, 1984.

SLENES, Robert W. **Na Senzala Uma Flor – Esperanças e recordações na Formação da Família Escrava**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1853)**/feitas, e ordenadas pelo ilustríssimo e reverendíssimo D. Sebastião Monteiro da Vide. - - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial 2007. Edições do Senado Federal. Vol 79

NOTAS:

[1] Acerca da Freguesia Santana de Caetité, a revista do *Instituto Geográfico e Histórico da Bahia*, assinala que a povoação de Caetité “[...] fez-se credora do predicamento de freguesia, como um attestado veraz do seu progresso e dos sentimentos religiosas dos seus habitantes. Consoante com este progresso, teve o arraial de Sant’Anna do Caetité as honras de freguesia colada por Alvará regio de 1754 e provisão do 8º Arcebispo do Brasil [...] Assim, a impulsionada a florescente freguesia, aspiraram com justa razão os seus habitantes, libertarem-se da dependencia em que se achavam da afastada Villa das Minas do Rio das Contas. [...] Contava-se na povoação 147 fogos e 1018 habitantes. [...] ficou assentada a criação da Villa de Caetité, em obediencia á Provisão do Conselho Ultramarino de 12 de julho de 1803. No entanto, só em 1810, vencendo todas as procrastinações, tornou-se effectiva a ambicionada mercê dos interessados com a criação da villa do Caetité”.(pp. 106 - 107- 108).

[2] A temporalidade abarcada por este trabalho justifica-se pelas fontes disponíveis para pesquisa encontradas no Centro Paroquial e no Arquivo Público Municipal de Caetité. Além disso, optou-se por fazer comparações entre os períodos estudados, identificando maiores ou menores índices de uniões legitimadas pela Igreja Católica.

[3] Esses trabalhos se referem às obras: O crime na cor, e Fios da Vida, de Fátima Pires (2003 e 2009), nas quais a autora analisou uma vasta documentação referente às localidades de Rio de Contas e Caetité, identificando traços da experiência escrava nessas regiões. Procurou perceber os significados das relações sociais para suas vidas, e as várias estratégias utilizadas por escravos e forros na organização da sobrevivência no alto sertão. Gabriela Nogueira (2011) em seu trabalho intitulado “Viver

por si”, viver pelos seus: famílias e comunidades de escravos e forros no “certam de sima do sam francisco” (1730-1790), faz uma análise acerca das experiências familiares tecidas por escravos das fazendas dos Guedes de Brito e de outros ricos fazendeiros da freguesia de Santo Antônio do “Orubu de Sima”, no setecentos.

[4] Quanto a definição de alto Sertão, ver Pires (2003). A autora definiu por Sertão baiano “uma extensa região com particularidades nos seus aspectos físico, econômico, social e cultural” (2003, p.19). Nesse artigo, o alto Sertão compreende a Freguesia de Santana de Caetité, localizada à Serra Geral, no século XIX.

[5] Refiro-me aqui a Maria Nizza da Silva (1984), Sheila de Castro Faria (1998), Sílvia Brugger (1998 e 2007), Robert Slenes (1999), Fátima Pires (2003 e 2007), Cristiany Rocha (2004), Isabel Reis (2007), Jonis Freire (2009), Gabriela Nogueira (2011), Napoliana Santana (2012), cabe salientar a importância desses estudos para a análise da família escrava no Brasil.

[6] Ver Fernanda Ferreira Dias (2013)

[7] Para a realização dessa pesquisa, foram consultados 4 livros de casamentos, 3 desses encontram-se no Centro Paroquial (acervo da Cúria), correspondentes aos períodos: (1831 – 1848), (1837 – 1855) e (1846 – 1851), e 1 deles encontra-se no Arquivo Público Municipal e compreende o período de 1876 até 1888. Foram consultados ainda, 2 livros de batismo, correspondente ao período de 1818 – 1829 e 1833 – 1849 pertencente ao acervo da Cúria. O acervo da Cúria da Igreja Matriz de Caetité conta com 11 livros de batismo (1782 até 1880), sem contabilizar os demais livros do século XX; 03 livros de casamentos (período de 1831 a 1851) e 03 livros de óbitos datados do século XX, todos limpos e bem organizados por ano e tipo de documento: batismo, casamento e óbito, e armazenados em grandes prateleiras que facilitam o acesso a estas fontes. O estado de conservação dos livros pesquisados é ótimo, se comparados a outros documentos do período, apesar de faltarem algumas páginas, que estão rasgadas ou foram consumidas pelo tempo, e o amarelamento das folhas que dificulta um pouco a pesquisa. O Centro Paroquial fica localizado à Rua Barão de Caetité, e conta com um espaço muito bem arejado e organizado, conta ainda com funcionários muito prestativos, que auxiliaram bastante no que foi necessário para a realização desta pesquisa. Foram pesquisados 2333 assentos, nos livros de casamento correspondente ao período de 1831 a 1888.

[8] De acordo com Eliana Maria Goldschmidt (2000), as decisões acerca do catolicismo fundamentavam-se basicamente no Concílio de Trento e nele se estabelece o matrimônio como a única forma de união possível para a cristandade.

[9] Os conceitos de legítimos e consensuais empregado nesta pesquisa referem-se respectivamente às uniões que eram sacramentadas pela Igreja Católica, e aquelas as quais a Igreja não reconhecia. Essa abordagem tem por referência as conclusões apresentadas por Napoliana Pereira Santana (2012) onde a autora salienta que “a leitura aos registros eclesiásticos aponta para o não reconhecimento por parte da Igreja Católica das relações consensuais de escravos. O nome do pai só era registrado no batizado do filho se houvesse uma relação legítima com a mãe, ou seja, a Igreja precisava antes sancionar, legalizar a união, para então reconhecer a figura paterna”.

[10] Em relação aos termos para definição de filhos naturais e legítimos foi utilizada a metodologia de análise baseado nos estudos da historiadora Gabriela Amorim Nogueira (2011). Sendo considerados legítimos aqueles filhos que tiveram registrado na ata de batismo o termo “filho legítimo de”; presumivelmente legítimo aqueles que apresentaram o nome do pai e da mãe, mas não explicitou o termo legítimo; natural, quando especificou no registro “filho natural de”; e presumivelmente natural, correspondeu a todos os filhos nascidos de mães aparentemente solteiras”.

[11] Nesse percurso de tempo não há nenhuma menção a outros filhos de Margarida. Também não se pode afirmar seguramente que Florêncio e Margarida tenham mantido união consensual durante todo esse tempo e que ele seja o pai de Jozefa.

[12] Muitas crianças eram registradas como naturais mesmo os pais vivendo juntos em uma relação consensual, eram registrados como legítimos apenas aqueles advindos de pais e mães casados perante à Igreja Católica.

[13] Quando refiro-me a identidades escravas, amparo-me na perspectiva de pertencimento dos cativos africanos às suas culturas, vivenciadas por esses sujeitos em seu continente e na diáspora, e possíveis heranças culturais africanas que por ventura, os africanos e afro-brasileiros viessem a constituir.

[14] As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia dedicam um capítulo ao casamento de escravos.

[15] Livro de registro de casamento - 1837 – 1855. Folha 133 - verso

[16] No que competia aos Banhos, está disposto nas Constituições Primeiras, no artigo número 269, que “Os que pretenderem casar, o farão saber a seu Parocho, antes de se celebrar o matrimonio de presente, para os denunciar, o qual, antes que faça as denunciações se informará se há entre os contraentes algum impedimento, e estando certo que o não há, fará as denunciações em três domingos ou dias santos de guarda contínuos [...]”. Os proclamas corriam na paróquia dos contraentes, ou em ambas as paróquias no caso de residências diversas. O pároco, primeiramente, anunciava a intenção de contrair matrimônio dos noivos. Este anúncio era feito três vezes sucessivas durante a missa - após terminado o Evangelho e antes da prática ou homilia, aos domingos e nos dias santos de guarda. Após anunciar a futura união, o sacerdote conclamava os fiéis a que denunciasses qualquer impedimento para a realização do casamento. Para a Freguesia Santana de Caetité não foram localizados este tipo de documentos.

[17] Livro de registro de casamento - 1837 – 1855.

[18] Pesquisas posteriores, com a localização de documentos de banhos matrimoniais poderão trazer maiores esclarecimentos acerca dos casamentos entre escravos desta freguesia, dos quais esta pesquisa não dispõe.

[19] Trecho retirado das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.

[20] Livro de Registro de casamentos B – 1. Freguesia de Santana de Caetité. 1876 a 1888. Arquivo Público Municipal de Caetité - APMC

[21] Não foram localizados na documentação, outros registros de casamentos entre escravos do senhor José Antônio Gomes Netto (Barão de Caetité). No entanto, é válido destacar a sua importância para as relações e a economia escravista da região enquanto rico proprietário do alto sertão, na compra e venda de escravos. O Barão de Caetité, como era conhecido, era proprietário da Fazenda Santa Bárbara, e era um dos grandes fazendeiros e proprietário de escravos da região. Segundo Pires (2009, p.159) “o seu inventário, um dos mais ricos do alto sertão, foi aberto em 1890 e encerrado somente em 1903. Coube à baronesa de Caetité, Dona Elvira Benedita de Albuquerque Gomes e, posteriormente ao seu genro, José Antônio Rodrigues Lima (figura também bastante influente em Caetité, vindo a ser o primeiro

governador eleito do Estado da Bahia em 1894, e tendo atualmente uma praça na cidade que leva o seu nome), inventariar os seus bens, avaliados em Rs 169:094\$103". Entre os bens inventariados destaca-se "a sua casa de moradia na cidade, calculada em Rs 4:000\$000; e a Fazenda santa Bárbara, orçada em Rs 5:500\$000". Pires indicou ainda que "os bens de Gomes Netto (Barão de Caetité) indicam, principalmente, a necessidade de uma gama variada de trabalhadores – muitos deles constituídos por escravos, forros e, posteriormente, por ex-escravos – para a manutenção do funcionamento dos negócios da família". José Antônio Gomes Netto (Barão de Caetité), e seu genro José Antônio Rodrigues Lima, foram os senhores mais ricos da região de Caetité.

[22] Retirado do artigo 2º do Decreto lei nº1.695, de 15 de setembro de 1869.

[23] Livro de Registro de Casamento da Freguesia Santana de Caetité – 1831 – 1848. Centro Paroquial de Caetité – CEP.

[24] Livro de Registro de Casamento da Freguesia Santana de Caetité – 1831 – 1848. Centro Paroquial de Caetité – CEP.

[25] Livro de Registro de Casamento da Freguesia Santana de Caetité – 1837 – 1855. Centro Paroquial de Caetité – CEP.

[26] Presumivelmente escravos, se referem àqueles para os quais os registros não trazem sobrenomes, nem a denominação de cativo.

[27] Refiro-me aqui a lei de 1876, que proibia a desagregação da família escrava.

PACTO CONTRATUAL VIA RECONHECIMENTO FACIAL

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, tendo ocupado o cargo de Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

RESUMO: O Século XXI está marcado pela era da inovação e tecnologia, sendo tal tema abarcado em bancos escolares pelo mundo, bem como, em todos os segmentos empresariais. Hoje, não raro, a busca de novidade é diária, em qualquer cerne social. Em tal sentido, algumas empresas iniciaram o procedimento de validação e reconhecimento de contratação via reconhecimento facial e, como se portará o Poder Judiciário ante mais essa novidade tecnológica? Quais provas serão carreadas aos autos e levadas em consideração para justa e efetiva decisão? Abordaremos no respectivo trabalho.

PALAVRA CHAVE: contratos – direito processual civil – espécies – reconhecimento facial – legalidade.

I - INTRODUÇÃO

O sistema capitalista, tal qual percebemos na atualidade, teve seu início no Continente Europeu, desde a baixa idade média (do século XI ao XV) com a passagem do centro da vida econômica social e política dos feudos para a cidade. Note, assim, que desde tal século a organização da sociedade era voltada para a relação consumerista, entretanto, sem os detalhes e aperfeiçoamento que notamos hoje, após o transcorrer do tempo e da melhora em diversos quesitos sociais, com grande ênfase aos Direitos Humanos.

O atual século XXI, em diversas vertentes, é focado no sistema capitalista com raras exceções e, em tal contexto, o formato em tela e suas respectivas nuances direcionam o mercado e nossa rotina como indivíduos, moldando pessoas e situações fáticas, o que influencia o Direito e nosso Poder Judiciário, criando novas sistemáticas de relações administrativas e processuais, e ainda, provas no Judiciário.

Em tal momento, lidamos com nova modalidade contratual ou de prova judicial (dependendo do contexto), que é a famosa tecnologia de reconhecimento facial. O dito reconhecimento facial, em linhas gerais (superficialmente elencando), reflete a tecnologia de mapeamento dos pontos da face de cada ser humano (uno, via de regra), codificando os detalhes do rosto (mapeamento) por códigos numéricos, traçando por sequência uma numeração única para cada perfil de rosto. É fato que existem outros modos de mapeamento de face, sendo o que transforma os códigos numéricos e dados o mais utilizado, em tese. Em que pese seguro tal tecnologia, ainda existem raros apontamentos quanto ineficácia em gêmeos e afim, todavia, o sistema está sendo aperfeiçoado diariamente, estando próximo da perfeição (caso já não tenha atingido no momento). Ademais, combinando tal tecnologia com outras checagens de dados (biometria – digitais), com outros documentos e afim, temos um sistema muito seguro ante contratação no viés digital / eletrônico, na acepção ampla do termo.

No mundo, algumas multinacionais se utilizam de tal mecanismo para checagem de dados ou transações, bem como, temos no Brasil algumas empresas apostando em tal tecnologia para melhorar a experiência geral do consumidor (sempre facilitando as transações e diminuindo custo agregado), seja em segurança por checagem de dados ou transação efetiva

(comercialização de bens e serviços). Enfim, tudo que é novo gera certo medo, precaução e, não obstante, desconfiança (razão do artigo, isto é, fomentar tal debate e tema, esclarecendo os mecanismos legais e de funcionamento para tal tecnologia de reconhecimento facial e, ainda, tranquilizando a sociedade quanto validade e segurança, mais uma vez, de tal modalidade de contratação ou checagem de dados).

No que concerne a doutrina pátria e Código Civil, temos que tal tecnologia atende os anseios legais, já em consonância com o previsto no Artigo 434 do CC, vejamos:

“...Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I - no caso do artigo antecedente;

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado”.

O contrato se aperfeiçoará com o envio da mensagem eletrônica confirmando a aceitação do que é proposto (ato jurídico perfeito)...”.

Sem dúvidas, ao efetuar uma transação eletrônica via reconhecimento facial, manifestando o “aceite” com as condições dispostas e de comprovada ciência do consumidor ou cliente, temos que a relação contratual existirá e terá validade e vigência na sociedade brasileira, isto é, é um ato jurídico perfeito em sentido lato senso. Atualmente, o Poder Judiciário (em mais variadas decisões), se posiciona favorável quanto a legalidade de contratação em via digital, com meios de provas diversos (não somente o antigo contrato escrito e prova material, mas valorando os demais enlaces da vida digital, o que é positivo).

Em outro ponto, os princípios que regem os contratos eletrônicos e, por consequência, referida nova modalidade, são: *Identificação das Partes, Assinatura Eletrônica Válida ou Reconhecimento Facial, Privacidade, Verificação e Checagem de Dados, Possibilidade de Cancelamento ou Arrependimento, Validade do Contrato Juntamente a Documento Físico, Previsão no Ordenamento Jurídico e Banhado por Boa-fé Objetiva.*

Incontroverso é o fato de que a contratação via modo eletrônico ou reconhecimento facial poderá ser o norte dos contratos em geral doravante e, o quanto antes o nosso Judiciário e Magistrados se adaptarem, menores problemas e embaraços teremos no Brasil, com diminuição de custos e estoques de processos, aumentando a presteza e efetividade do atendimento jurisdicional, sendo benéfico para todos.

Em outras palavras, tal tipo de checagem de dados ou contratação poderá ser utilizada nos mais diversos segmentos da economia e, em conjunto com outros dados de checagem para contratação (senhas, documentos pessoais, biometria e demais), teremos um sistema global e contratual seguro ao extremo. Outrossim e caso o consumidor tenha interesse em cancelar uma operação ou contratação (inclusive feita por equívoco) ante reconhecimento facial, poderá efetivar por diversos canais junto as empresas, seja no SAC e canais de Ouvidoria da referida empresa, não havendo motivos para alegar falta de informação ou desconhecimento dos termos contratados. Em tal viés, elencamos o disposto no Artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor, vide na sequência:

“...Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados...”

Em tal diapasão, se o cliente pode contratar e descontratar via reconhecimento facial em tempo hábil e tendo ciência dos detalhes efetivos da contratação ocorrida, por qual razão não teríamos segurança no quesito eletrônico? Observem que, é possível ao cliente cancelar a contratação dentro do prazo legal ou a qualquer tempo, e por esse aspecto, existe

segurança e efetiva em tal modalidade de contratação, fato esse que fazemos questão de dar ênfase ao extremo.

Os magistrados devem entender que, a operação via reconhecimento facial auxilia os próprios consumidores quanto a segurança do ato de contratação, pois como já ressaltamos, tudo na esfera eletrônica deixa rastros e pistas, passível de descobrirmos na íntegra os detalhes efetivos de determinada contratação, totalmente positivada pelo nosso Judiciário. Ainda, não podemos esquecer que a empresa contratada (mediante autorização do cliente e em consonância a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais), poderá manter em registro referido dado facial – com autorização expressa do cliente e se responsabilizando pelos dados, ocasião em que poderá apresentar para autoridades policiais em hipótese de prática de delito, débitos tributários e demais auxílios governamentais, em conjunto ao anseio do cliente.

Ademais e conforme previsto no Código de Processo Civil vigente na matéria provas processuais, colaciono de modo claro o disposto nos artigos 440 e 441 do nosso novo Código de Processo Civil:

"Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

e

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. "

Novamente, deverá ser aceito no ordenamento pátrio contratações ou checagens de dados via reconhecimento facial, ante ser quesito de direito e legal no mais amplo sentido.

Por todo o exposto, o escopo do artigo ora tratado é dar um início em discussões proveitosas quanto a mais essa modalidade contratual ou de checagem de dados no cerne da tecnologia, elogiando tal contexto e

reforçando a segurança jurídica existente em tal seara, que sem dúvidas, abarcará o futuro de contratos eletrônicos e direito digital.

O quanto antes iniciarmos as boas e proveitosas discussões quanto a tal temática, teremos um melhor alinhamento e ganho de escala ou produtividade junto ao estimado Poder Judiciário, inclusive, esclarecendo ou eliminando dúvidas de brilhantes magistrados quanto ao tema em tratativa, que se consolidará em breve, ante ser muito proveitoso referida utilização no cenário econômico, jurídico e empresarial.

MUDANÇAS IMPACTANTES NO ATENDIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALEXANDRE TRICHES: Advogado.
Especialista em Direito Previdenciário.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia responsável pelo acolhimento, gerenciamento e manutenção dos pedidos de benefícios da Previdência Social está alterando profundamente a sua forma de atendimento. Desde o final de 2017, a Previdência Social já inaugurou duas ferramentas digitais que prometem transformar a dinâmica da previdência brasileira.

Tradicionalmente, o INSS sempre manteve uma ampla estrutura de atendimento por meio de suas conhecidas agências, as quais funcionam todos os dias úteis e em todos os cantos do Brasil. Com as mudanças que estão sendo implementadas, objetiva-se substituir o atendimento físico por um sistema digital, permitindo, assim, racionalidade nos gastos e agilização dos serviços.

Por intermédio do novo sistema de atendimento, que é denominado de INSS DIGITAL, as entidades (sindicatos, órgãos de classe, universidades, prefeituras, OABs, ou qualquer outra entidade que tenham interesse em cooperar com o INSS) estão firmando acordo de cooperação técnica com a Previdência Social, por meio do qual passam a receber acesso a um sistema de protocolo para requerimento de benefícios e serviços.

Nesses casos, a responsabilidade pelo atendimento, coleta de documentos, organização das provas e acompanhamento do processo passa a ser da entidade, e não mais do INSS, que passa a ter a partir de então unicamente o dever de análise dos pedidos. É justamente neste aspecto que a racionalização dos gastos acontece, uma vez que a previdência fica desobrigada a promover o atendimento dos pedidos de benefícios da população.

De forma paralela ao INSS DIGITAL, a autarquia inaugurou o sistema MEU INSS. Através dele é possível que as pessoas cadastrem uma senha para obter de forma digital informações previdenciárias de todos os tipos, tais

como histórico de créditos de benefícios, informações sobre empréstimos consignados, obtenção de carta de concessão, cópia de processo administrativo, dentre outros serviços. Neste aspecto pretende-se encerrar a invencível demanda de pessoas que diariamente postulam atendimento no INSS para obtenção de extratos, comprovantes, certidões, bem como informações previdenciárias.

O sistema do INSS DIGITAL e o MEU INSS estão substituindo o atendimento tradicional do INSS de forma gradual, e a meta da Previdência Social é que, em pouco tempo, todo o atendimento possa estar sendo conduzido pelas entidades e pela plataforma digital. Isto ocasionará o fechamento de agências e a redução do atendimento físico do INSS, deslocando os funcionários que atualmente atendem pessoas para o setor de análise de processos e mantendo apenas uma estrutura mínima nas agências.

Mas o impacto social não será pequeno. Considerando que o INSS é atualmente sinônimo de atendimento dentro da área social para inúmeras pessoas e que existem milhões de beneficiários do sistema que mensalmente recebem prestações pagas pela autarquia, será necessário o fomento de uma nova cultura para que esta nova realidade funcione, principalmente considerando a enorme demanda diária de atendimentos nas agências e o perfil hipossuficiente dos segurados.

Aliás, não faltam críticas ao novo sistema. Entidades que representam os servidores acusam as mudanças que estão sendo implementadas de desmonte da Previdência Social. Por sua vez, as entidades conveniadas e os especialistas na área preocupam-se com a efetividade do credenciamento dos órgãos e empresas, bem como o funcionamento do dispositivo digital e da comunicação entre as partes.

Os executivos da autarquia rebatem as críticas, argumentando que o cenário atual é um dos piores da história da autarquia. Os agendamentos eletrônicos de benefícios demoram meses e, mesmo no dia marcado para o atendimento, o atraso é muito comum. Após o protocolo do pedido no guichê, o tempo para analisar o pedido ultrapassa e muito o máximo permitido pela lei, que é de 45 dias.

Ainda, o argumento da Previdência é de que boa parte dos servidores do INSS estão em condições de aposentadoria e somente aguardam, nessa condição, o reconhecimento do direito a incorporação para a aposentadoria de gratificações pagas na atividade, quando então se vislumbrará debandada de servidores hoje na atividade.

Assim, a medida virtual permitirá um deslocamento de servidores que hoje estão lotados no atendimento para o setor de análise da Previdência Social. Neste ponto, será possível a melhora do tempo médio de análise dos pedidos e, dessa forma, concretizar as mudanças que estão sendo propostas.

Nesse sentido, ganha relevância o Acordo de Cooperação técnica assinado entre o INSS e a OAB. Considerando que este órgão de classe representa milhares de advogados, e que estes tradicionalmente atuam nas questões previdenciárias, será muito relevante para a sociedade brasileira que as duas entidades estejam juntas em prol da efetivação da plataforma digital. Certamente boa parte dos requerimentos digitais serão operacionalizados pelos advogados. Uma boa relação será fundamental. Um grande desafio, portanto.

INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA ANTE A GRANDE REPERCUSSÃO E COMERCIALIZAÇÃO DO CRIME

VIVIANE CARVALHO DE BRITO BECKER:

Bacharela em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e Formação e Certificação em Coaching (FCC) pelo Instituto Brasileiro de Coaching.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a influência da mídia exercida nas decisões do Conselho de Sentença. O objetivo principal é mostrar a parcialidade dos jurados em seus julgamentos, frente a grande repercussão e comercialização do crime. E com os objetivos específicos têm-se: estudar brevemente os aspectos históricos da instituição e a relevância jurídica de seus princípios norteadores; expor ainda, os direitos e garantias fundamentais do acusado. Analisar os princípios constitucionais e direitos e garantias da mídia, e mais adiante é abordado à colisão de direitos fundamentais. Ao final a pesquisa examinou a influência em casos reais e de grande repercussão, abordando os métodos e práticas utilizados para a manipulação da notícia e sua influência ante a sociedade, e a apresentação de soluções doutrinárias. Conclui-se que a liberdade de informação da mídia é de supra importância, pois com ela haverá espaço favorável para o exercício e consolidação da democracia, no entanto, é possível amenizar a colisão entre os direitos fundamentais com as soluções propostas na pesquisa.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Influência Midiática; Comercialização.

ABSTRACT: The current work deals with the influence of the media in the decisions of the Sentencing Council. The main objective is showing the jury's partiality in their judgments, before the great repercussion and commercialization of crime. The specific objectives are: studying in summary the historic aspects of the institution and the legal relevance of the guiding principle, it will also expose the accused's fundamental rights and guarantees. Analyzing the constitutional principles and the fundamental rights and guarantees of the media, and further, it will discuss about the fundamental rights collision. In the end, the research examined the influence in real cases with of a lot of repercussion, addressing the methods and practices used to manipulate the news and their influence in society, as well as, showing legal literature solutions. It is concluded that the freedom of information exerted by the media is extremely important, since with this, there will be a favorable

space for the exercise and consolidation of democracy, though, it is possible to ease the collision between fundamental rights and the solutions proposed in the research.

Key Words: Trial Jury; Media Influence; Commercialization.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; **1** O TRIBUNAL DO JÚRI; **1.1** PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI; **1.2** DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO; **2** DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA MÍDIA; **2.1** COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS; **3** MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI; **3.1** TRIBUNAL DO JÚRI E CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO; **3.1.1** CASO SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN X CASO ALZEMAR ABREU; **3.1.2** CASO ELOÁ CRISTINA PIMENTEL; **3.2** SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA ABRANDAR AS INFLUÊNCIAS MUDIÁTICAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A instituição do Júri em que pese possui uma ampla e antiga fase história e manteve características semelhantes desde sua criação, principalmente no que tange ao julgamento que ocorre por juízes togados e leigos. Com a presente pesquisa tem-se como escopo a análise da influência midiática ante ao Tribunal do Júri, a partir da grande repercussão e comercialização de notícias que envolvem fatos criminosos, principalmente os de competência da referida instituição, os quais são impregnados de interesse econômico e um sensacionalismo exacerbado, afrontando assim, os direitos e garantias estatuídos no ordenamento jurídico.

A evidente ausência de equilíbrio entre Poder Judiciário e as notícias veiculadas pela mídia sensacionalista, ocasiona a insatisfação da sociedade ante a legitimidade, celeridade e eficácia dos julgamentos, influenciando diretamente na imparcialidade dos jurados e do próprio magistrado, os quais pretendem satisfazer o clamor público.

Dessa forma se apresenta a seguinte problemática: é possível garantir a aplicabilidade e eficácia dos direitos e garantias do acusado no Tribunal do Júri e inclusive a garantia de um julgamento justo e imparcial

como exige e garante a lei, diante da grande influência exercida pela mídia na busca de repercutir e comercializar o crime?

A pesquisa justifica-se pela indispensabilidade de uma reforma quanto aos meios de comunicação, buscando coibir a atuação irresponsável e os espetáculos criados pelo julgamento antecipado da mídia, na busca pela preservação dos direitos do acusado e a garantia de um julgamento justo e imparcial.

Desta maneira, como objetivo geral, será abordado a influência da mídia no Tribunal do Júri, e nos objetivos específicos, percorrerá pelas diversas formas de influência nos casos reais de grande repercussão e de comercialização do crime pela mídia, e apresentar soluções doutrinárias pertinentes ao presente problema.

Deste modo, no primeiro item será analisado os princípios norteadores da instituição, e ainda percorrerá sobre os direitos e garantias fundamentais dos acusados e da mídia, tendo em vista que, princípios constitucionais em matéria penal estão previstos na Constituição Federal, e também examinar a influência dos meios midiáticos no Tribunal do Júri.

Na sequência, irá analisar a colisão entre direitos fundamentais, incluindo as diversas formas de repercussão e comercialização da mídia ante ao fato criminoso, a qual veicula informações sem a devida análise de sua veracidade. E por fim, será apresentado a influência dos meios midiáticos no Tribunal do Júri, em casos reais, visando evidenciar o problema. Ao final, tratará das soluções doutrinárias que serão apontadas na busca por preservação de ambos os direitos e garantias.

1 O TRIBUNAL DO JÚRI

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Os princípios que norteiam a instituição, possuem como base constitucional o artigo 5º, inciso XXXVIII, em que se reconhece a instituição do Júri conforme estipulado em lei, sendo assegurados, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.^[1]

A plenitude de defesa é uma garantia constitucional, que assegura o exercício pleno de defesa, além do mais, é imprescindível no Tribunal do Júri que a defesa se valha de todos os instrumentos que puder, pois trata-se de

jurados que decidem sem qualquer fundamentação, não se defendendo em nenhuma hipótese, os usos de métodos ilegais ou antiéticos, mas sim, o inverso, sustenta-se o fiel cumprimento da lei.^[2]

Quanto à garantia do sigilo das votações, busca-se proteger os jurados leigos, os quais não dispõem das garantias de um Juiz togado, e que não teriam tranquilidade para julgar se houvesse votação pública, pois estão sujeitos a interferências de populares.^[3] Portanto, a votação ocorrerá em sala especial, local onde serão distribuídos aos jurados, cédulas contendo 07 delas a palavra sim, e 07 a palavra não, devendo o Oficial de Justiça recolher em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as descartadas.^[4]

Tratando-se da soberania dos veredictos, é uma garantia que impede que, em grau de recurso um Tribunal formado por juízes togados reveja a decisão dos jurados.^[5] Em razão do exposto no artigo 472 do Código de Processo Penal, os jurados devem decidir de acordo com a sua consciência e a justiça, seguindo o juramento que fazem, e não segundo as leis ou os julgados do País.^[6]

Também é assegurado na Constituição Federal a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, prevendo a possibilidade de que sua competência seja ampliada por lei.^[7] E o texto constitucional foi técnico, sendo os crimes previstos no Capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), da Parte Especial do Código Penal, integrando os seguintes delitos: homicídio simples (art. 121, caput); privilegiado (art. 121, § 1º), qualificado (art. 121, § 2º), induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (art. 122), infanticídio (art. 123) e as várias formas de aborto (arts. 124, 125, 126 e 127), e além deles, vinculam-se os delitos conexos (arts. 76, 77 e 78, I, CPP) aqueles que, por força da atração exercida pelo Júri, também devem ser julgados.^[8]

1.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO

Inicia-se com a dignidade da pessoa humana, disposta na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, devendo o ente estatal oferecer amparo a qualquer possibilidade de violação^[9], integrando as interferências externas, como nos casos de coberturas midiáticas ou qualquer tipo de ofensa aos direitos do acusado.^[10]

Quanto ao princípio da presunção de inocência, é uma garantia que atua em duas esferas, uma interna que é um dever imposto ao Juiz, e determina que a carga probatória seja do acusador, limitando o uso de prisões cautelares sem condenação, e externamente exige-se proteção contra a publicidade abusiva e condenação precoce do acusado, pois tanto a presunção de inocência, quanto as garantias constitucionais da imagem, privacidade e dignidade, devem ser limites democráticos à abusiva exploração midiática quanto ao fato criminoso ou ao próprio processo judicial. E a eficácia do princípio da presunção de inocência deve impedir esses espetáculos criados pelo julgamento antecipado da mídia.^[11]

Garante-se também os direitos individuais da inviolabilidade da privacidade e da intimidade, inseridos na Constituição Federal e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 12, afirmam: “que ninguém estará sujeito a interferências em sua vida privada, sua família, em seu lar ou na sua correspondência, nem será alvo de ataques à sua honra e reputação, sendo garantida a proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.^[12] Pois, a mídia a pretexto de viabilizar o direito de acesso à informação, vem tirando do indivíduo a garantia de sua intimidade, confundindo o que é interesse público daquilo que coincide com mera curiosidade.^[13]

E o devido processo legal, por tratar-se de um princípio de grande amplitude, congrega outros princípios, dentre eles, o do contraditório, o da ampla defesa, além da garantia à igualdade processual e o julgamento por juiz imparcial, implicando em ampla possibilidade de defesa e a utilização do sistema recursal.^[14] Ainda, é assegurado ao indivíduo o direito de não ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem a garantia de um processo justo conforme estabelece a lei.^[15]

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA MÍDIA

Mídia, em teoria da comunicação, é o conjunto dos meios de comunicação existentes em uma área ou disponíveis para determinada estratégia de comunicação, e deriva da palavra latina media, que significa meio. Em publicidade, é possível classificar os meios de comunicação em duas categorias: 1) mídia impressa, fazendo referência ao jornal, revista, folheto, outdoor, mala direta, “displays” e 2) mídia eletrônica, quanto a TV, rádio, CD, vídeo, cinema.^[16]

Sabe-se que, com a liberdade dos meios de comunicação há espaço favorável para o exercício e consolidação da democracia, contudo, é

imprescindível que a notícia corresponda aos fatos de forma exata e factível, para que não possua a intenção de formar no receptor uma opinião distorcida e errônea de determinado fato e, para garantir isso, a mídia deve observar seu compromisso com a verdade dos fatos, fornecendo informação completa e narrada de forma imparcial.[\[17\]](#)

Visando garantir que o Estado não exerça nenhum tipo de censura, a liberdade de expressão foi incluída na Constituição Federal, protegendo as manifestações e circulação de informações quando relacionados a temas de interesse social, portanto, não abrangendo opiniões e fatos que possam prejudicar a honra e reputação das pessoas envolvidas.[\[18\]](#)

Sobre a liberdade de imprensa, é imprescindível para que ela possa cumprir sua missão de informar, contudo, não se pode permitir que o veículo de comunicação ataque outros direitos atribuídos à pessoa, mesmo porque nenhum direito é completamente absoluto.[\[19\]](#) Não obstante, o artigo 220 da Constituição Federal afasta qualquer possibilidade de censura prévia, mas não significa que a liberdade de imprensa é absoluta ou sem restrições, pois sempre será cabível a responsabilização do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas, em relação a eventuais danos materiais e morais.[\[20\]](#)

Do mesmo modo, o direito de acesso à informação dos indivíduos, que abrange os direitos de informar, de se informar e de ser informado, resultado do sistema democrático e do modelo republicano, caracterizando-se como instrumento indispensável à fiscalização e responsabilização do governo.[\[21\]](#)

2.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados e estão em constante evolução, buscando acompanhar as tendências ideológicas, econômicas e sociais de cada período.[\[22\]](#) Desse modo, surge à necessidade de discutir os limites da liberdade da mídia, em relação aos direitos do acusado, o qual é exposto com frequência pela mídia, a qual faz uma espécie de campanha para ampliar a repressão e deixar as penas mais severas, destacando se já havia sido condenado, se estava em liberdade condicional ou em regime semiaberto, enfatizando o tempo em que ficou na prisão.[\[23\]](#) Nesse sentido, Masi e Moreira aduzem:

Leis passam a ser promulgadas em virtude da pressão provocada pela cobertura midiática – não raras vezes estereotipada e preconceituosa – que os meios de comunicação reservam a determinados fatos, sobretudo no âmbito da delinquência. Atos de gestão pública são executados para afastar a atenção da mídia ou para seduzi-la (o que significa seduzir também o público). Decisões judiciais são proferidas para não contrariar as expectativas criadas e alimentadas pelo discurso dos meios de comunicação.^[24]

Noutros termos, o crime é um atrativo para notícias, logo inexistindo lei a respeito, tem-se exposto à identidade, intimidade e vida privada de muitos acusados, pois a mídia passa a fornecer um julgamento prévio, restando apenas à dúvida se o Juiz que vive em sociedade e mantém-se informado, irá submeter-se a essa devassa e prejudicar sua imparcialidade ou terá capacidade emocional e racional para ignorar os comentários e as pressões feitas pela mídia. É possível que o Magistrado, conforme a situação concreta mantenha-se imparcial, entretanto, teria o jurado leigo a mesma imparcialidade? Nesse caso, inúmeros acusados já entram condenados em seus julgamentos, pois a mídia diante de seu poder influenciador faz com que, qualquer jurado antes mesmo do sorteio para formar o Conselho de Sentença, acredite que tenha pleno conhecimento do caso que será analisado, deixando de constituir sua opinião com o que lhe é apresentado em plenário do Júri.^[25]

Não obstante, a mídia não importando se incide sobre o indivíduo mera suspeita de delito, ao motivar um fato, faz com que o acusado seja atirado às feras, as indomáveis e insaciáveis feras, que são a própria multidão, que, via de regra encontra-se cega por vingança. Já a Constituição que busca assegurar a incolumidade do acusado, resta inconciliável com a garantia da liberdade de imprensa, pois é suficiente a suspeita para que o acusado, sua família, sua casa, o seu trabalho, sejam inquiridos e examinados na presença de toda a população.^[26]

Entretanto, registre-se que as críticas não são dirigidas à mídia de modo geral e irrestrito, mas o contrário, são direcionadas a tão somente àqueles órgãos da mídia que são desprovidos de qualquer profissionalismo, aqueles que buscam o sensacionalismo, que muitas vezes é encontrado de forma descarada ou dissimulada como meio de atingir picos de audiência.^[27]

3. MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O CONSELHO DE SENTENÇA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A mais famosa instituição existente na história do universo jurídico é colocada a favor das constantes campanhas realizadas pela mídia sensacionalista, por intermédio de acusações irresponsáveis, distorcidas e precipitadas, que são transmitidas pela mídia, com o objetivo de obter destaque e publicar notícia com exclusividade, e com isso, está cada vez mais reduzido o ideal de justiça social ao qual o Tribunal do Júri como garantia fundamental é destinado.[\[28\]](#)

Ademais, a imposição criada pela opinião pública não é um critério jurídico para estabelecer uma condenação ou aplicação de uma pena mais severa ao acusado, não é juridicamente defensível a condenação porque o crime chocou a opinião pública ou então, por outro lado, não é possível majorar a pena porque a sociedade se revoltou, apenas é possível a condenação do acusado pelo cometimento de um ilícito penal aduzido em lei, portanto, a revolta ou opinião da população não pode ser considerada um agravante e muito menos causa de majoração de pena.[\[29\]](#)

As notícias veiculadas pela mídia, além de formar o convencimento de seus telespectadores, ocasiona também a exclusão do acusado na sociedade, pois os indivíduos, incluindo os jurados são permeáveis à opinião pública, e a impressão que a mídia traz acerca de determinado acontecimento e seu autor, produz mais efeito do que as provas apresentadas em sessão plenária.[\[30\]](#) Nesse ínterim, Eugenio Zaffaroni diz que:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes, diante de uma massa de criminoso, identificada através de estereótipos, que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Os eles da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos nossos problemas. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem

nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados.[\[31\]](#)

Deve-se levar em conta que a mídia e o Judiciário trabalham de maneiras diferentes: a mídia funciona obrigada pela pressa, importando apenas repercutir os fatos no momento em que estão acontecendo, além do mais, o andamento do trabalho midiático favorece a formação de uma ideia, muitas vezes, distorcida do processo penal.[\[32\]](#)

3.1 TRIBUNAL DO JÚRI E CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO

3.1.1 CASO SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN X CASO ALZEMAR ABREU

A mídia transformou o caso da família Richthofen em um mito, por tratar-se de uma adolescente de classe média alta e coautora da morte de seus pais. Seria considerado um crime de grande destaque por fazer referência aos crimes de parricídio e matricídio, todavia, este tipo de delito acontece regularmente, sem ganhar relevante atenção dos meios midiáticos, mas ocorre que Suzane tem um perfil clássico, com características que a fazem ser notada e, principalmente, por ser filha de pais bem-sucedidos.[\[33\]](#)

Por conseguinte, compara-se o caso de Suzane, uma adolescente que chocou o país e foi alvo de grande divulgação midiática com o caso Alzemar, que foi o autor de um homicídio, em que sua mãe figurou como vítima. Segue o caso da família Richthofen:

Nas primeiras horas da tarde de 31.10.2002, Suzane von Richthofen colocou em prática o assassinato de seus pais, Manfred e Marisa, em conjunto com os irmãos Daniel e Christian Cravinhos. Após verificar se os pais estavam dormindo, a jovem desligou o sistema de alarme da propriedade dos Richthofen e abriu a porta para o namorado Daniel Cravinhos e para o seu irmão Christian Cravinhos. Os irmãos adentraram o quarto dos pais e, após estrangulá-los com toalhas, golpearam-nos com barras de ferro até a morte. Após a consumação do crime, os três jovens reviraram a casa, simulando um latrocínio e, com muita calma de espírito, Suzane e seu namorado

Daniel foram a um motel, e Christian, a um restaurante fast-food.[34]

Por outro lado, segue os fatos do delito cometido pelo réu Alzemar Abreu:

O crime ocorreu no dia 29 em agosto de 2005, na Vila Izabel Cafeteira. Segundo a denúncia do Ministério Público, na manhã do crime a esposa do acusado chegou a residência do casal e encontrou uma carta do marido relatando ter cometido uma coisa horrível e que estava indo embora. Avisada, a polícia foi até a casa da idosa Maria do Amparo Abreu, mãe do réu e portadora de doença mental, encontrando-a morta no chão da cozinha. A morte foi provocada por instrumento de ação contundente. Também foram encontrados pedaços inteiros de banana na boca da vítima que morava sozinha. Todos os dias o filho ia à casa da mãe para lhe dar medicamentos e alimentação.[35]

Em ambos os casos, os réus são primários e autores do crime de matricídio. No entanto, suas sentenças foram distintas, pois Suzane foi condenada pela morte de sua mãe a 19 anos e 06 meses de reclusão, e Alzemar foi condenado a 09 anos de reclusão. Diante disso, como alguém que planejou e auxiliou o homicídio de sua mãe pode ter a pena superior àquele que matou a mãe com um instrumento contundente, sem qualquer possibilidade de defesa, pois a vítima era idosa e portadora de doença mental. Segue trecho da condenação de Suzane:

Pelo crime no tocante à vítima Marísia Von Richthofen, atento aos elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, considerando a culpabilidade, intensidade do dolo, clamor público e consequências do crime, incidindo três qualificadoras, uma funcionará para fixação da pena base, enquanto as outras duas servirão como agravantes para o cálculo da pena definitiva (RT 624/290). Assim, fixo a pena base em dezesseis (16) anos de reclusão, a qual aumento de quatro (04) anos, totalizando vinte (20) anos de

reclusão. Reconhecida a presença de circunstâncias atenuantes, que no caso deve ser considerada a menoridade à época dos fatos, reduzo a pena de seis (06) meses, resultando em dezenove (19) anos e seis (06) meses de reclusão.[\[36\]](#)

Nesse sentido, segue trecho da sentença condenatória do réu Alzemar:

As Circunstâncias do crime não lhe favorecem, pois, a vítima estava em sua residência a merecer apoio e carinho do réu. As Consequências do crime foram graves, pois a vítima era idosa e doente, tendo perdido a sua vida de forma impiedosa, retirando dela o direito de viver. Primeira fase. Fixo a pena base em 7(sete) anos de reclusão. Segunda fase. Inexistem circunstâncias atenuantes. Milita em desfavor do réu a circunstância agravante prevista no artigo 61, II. "e", do Código Penal Brasileiro, em razão do que agravo a pena em 2(dois) anos, para torná-la em 9 (nove) anos de reclusão. Terceira fase: Inexistem causas especiais de diminuição ou de aumento. PENA FINAL. 09(nove) anos de reclusão.[\[37\]](#)

A questão não é se estas pessoas são ou não culpadas, mas que em determinados casos a mídia julgou e condenou de forma antecipada, portanto, como os jurados se manterão imparciais, se são indivíduos que constantemente estão conectados aos meios de comunicação e com isso criam juízo de valor com a parcialidade ofertada pela mídia, a qual propicia uma desvantagem considerável ao acusado em seu julgamento. O limite da mídia é exercer seu dever de informar o público, todavia, quando aparecem profissionais empregando gírias como "é na cadeia o lugar de bandido", sem que o acusado tenha sido julgado e condenado, haverá um excesso de direito e o acusado sofrerá um prejuízo irreparável, que ao final do julgamento poderá ser inocentado, mas restará sua imagem perpetuamente manchada.[\[38\]](#) Vejamos o trecho da ação de indenização ajuizada pela defesa ante a divulgação de fotos da ré ainda em fase de cumprimento de pena:

SUZANE LOUISE VON RICHTHOFEN ajuizou “ação de indenização por danos morais contra RÁDIO E TELEVISÃO RECORD S/A, alegando, em síntese, que vem cumprindo pena por crime notório pelo qual foi condenada e em 21/10/2012 a ré exibiu matéria no programa “Domingo Espetacular” com imagens da autora de dentro da penitenciária em que se encontra, sem a devida autorização, tudo repisado nos programas “Jornal da Record” e “Cidade Alerta”. Não há fato novo legitimador de ditas reportagens, que revolvem fatos ocorridos há mais de dez anos e servem apenas para prejudicar a autora em seu processo de ressocialização. As imagens foram obtidas de forma clandestina e exibidas sem autorização, acarretando danos morais à autora, notadamente porque associadas a informações inverídicas relacionadas a eventual amizade com outras detentas.

Ainda:

Também ao deferirmos em parte a liminar nos autos da cautelar, observamos que houve sim viés sensacionalista em alguns momentos. Interesse jornalístico e reportagens sérias são coisas distintas das manchetes estampadas às fls. 07, 08 e 09 dos autos da cautelar (“Suzane Von Richthofen e Anna Carolina Jatobá são amigas no presídio”), ilustrada por imagem das duas caminhando lado a lado dentro do presídio.[\[39\]](#)

A forma com que a mídia alardeou o caso foi altamente covarde, pois mesmo com a passagem temporal de mais de 12 anos do fato criminoso, em que a ré foi processada, julgada e condenada, se encontrava impedida pela manifestação popular criada pelos meios de comunicação de progredir de regime, sendo que, cumpria todos os requisitos legais para a concessão do benefício. Evidente que o benefício não poderia ser impedido, contudo, ainda se ouvia que a lei é fraca, pois de uma pena superior a 30 anos, foi cumprido apenas 12 anos atrás das grades.[\[40\]](#)

3.1.2 CASO ELOÁ CRISTINA PIMENTEL

Considerado o mais longo sequestro em cárcere privado já registrado pela polícia do Estado de São Paulo e alvo de grande repercussão midiática, em que a vítima Eloá Cristina Pimentel de 15 anos, teve sua residência invadida por seu ex-namorado Lindemberg Fernandes Alves. Inicialmente dois reféns foram soltos, restando Eloá e sua amiga Nayara, que foi libertada posteriormente, mas retornou a casa da vítima. Após mais de 100 horas de cárcere, os policiais explodiram a porta, alegando terem ouvido disparo de arma de fogo entrando em luta corporal com o acusado que conseguiu atirar em direção às reféns. A adolescente Nayara foi ferida com um tiro no rosto, enquanto Eloá, foi levada inconsciente para o Hospital, baleada na cabeça e na virilha, não resistiu e veio a óbito por morte cerebral. Segue trecho da condenação do acusado:

Em face da decisão resultante da vontade soberana dos Senhores Jurados, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, para condenar LINDEMBERG ALVES FERNANDES, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV (vítima Eloá), artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV, c.c. artigo 14, inciso II (vítima Nayara), artigo 121, parágrafo 2º, inciso V, c.c. artigo 14, inciso II, (vítima Atos), artigo 148, parágrafo 1º, inciso IV, por cinco vezes, (vítimas Eloá, Víctor, Iago e Nayara, esta por duas vezes), todos do Código Penal, e artigo 15, caput, da Lei nº 10.826/03, por quatro vezes, à pena de 98 (anos) e 10 (meses) de reclusão e pagamento de 1320 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.^[41]

Em sentença, a Juíza de Direito Milena Dias, concluiu que o acusado foi frio e agiu de forma premeditada, ante ao seu orgulho e egoísmo, pois a vítima não poderia terminar o relacionamento, e por esse motivo ceifou a vida da adolescente. E ainda, evidenciou seu comportamento audacioso ao conceder entrevistas durante o ato criminoso, além de ter ocasionado transtorno à comunidade e ao Estado, que utilizou grande aparato policial para tentar impedir o delito, sendo um caso de grande repercussão social e que causou comoção na população que estava aterrorizada com a atitude do réu ante as vítimas.^[42] A defesa insatisfeita com a decisão, recorreu, segue decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ante o exposto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento a apelação interposta, para, nos termos acima estabelecidos, diminuir as penas de LINDEMBERG ALVES para 39 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa, no piso legal, pela prática dos crimes descritos nos artigos 121, §2º, incisos I e IV (vítima Eloá), artigo 121, §2º, incisos I e IV, combinado com artigo 14, inciso II (vítima Nayara), artigo 121, §2º, inciso V, combinado com artigo 14, inciso II (vítima Atos), artigo 148, §1º, inciso IV, por cinco vezes (vítimas Eloá, Victor, Iago e Nayara, esta por duas vezes), todos do Código Penal e artigo 15 caput, da Lei n. 10.826/2003, por quatro vezes, todos na forma do artigo 71, parágrafo único e 69, do Código Penal, mantendo, no mais, os termos da respeitável sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.[\[43\]](#)

Concedido provimento parcial pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no recurso da defesa, no que se refere à exasperação da pena-base, que teve por fundamento a comoção social e o sofrimento causado à mãe da vítima, visto que, não poderiam ser utilizadas, pois estão ausentes do rol do artigo 59 do Código Penal. E com relação a interferência da mídia e sua função, é uma demonstração do Estado Democrático de Direito que deveria ter sido afastado pela Juíza, principalmente em casos de crimes contra a vida, pois o Júri é composto de pessoas leigas do universo jurídico. Bem como, não poderia ser caracterizada como personalidade desvirtuada a interação entre a mídia e o acusado, já que os interesses eram comuns, de um lado o acusado buscando garantir sua integridade e de outro a mídia buscando manter a sociedade informada com detalhes do fato.[\[44\]](#)

Ademais, o caso sofreu influência de um programa televisivo “A Tarde É Sua”, em que a jornalista Sonia Abrão, contactou diretamente o acusado pelo celular, intervindo diretamente nas negociações. Deduz-se que a intenção era aumentar a audiência e causar comoção no telespectador, pois o programa registrou 05 pontos no IBOPE durante a entrevista. Diante disso, Juliana Junqueira argumenta:

Além do descrédito da força policial em prol de um furo de reportagem, e os momentos de fama do

infrator, a situação criada por aquela emissora poderia ensejar em situação mais grave, como uma reação inesperada do sequestrador ou, ainda, servir de incentivo para a prática de outros delitos de mesma estirpe, para que pessoas ainda no anonimato tornem-se popularmente conhecidas.[\[45\]](#)

As opiniões públicas são influenciadas e conduzidas pela mídia, principalmente se o delito é vinculado à política ou se é passional, enfatizando os aspectos dramáticos e trágicos que sensibilizam a sociedade. A intensidade da linguagem, o modo violento, os grifos verbais e as caixas altas nos escritos, são eficazes em emocionar e despertar o interesse público.[\[46\]](#)

3.2 SOLUÇÕES DOUTRINÁRIAS PARA ABRANDAR AS INFLUÊNCIAS MUDIÁTICAS

Verifica-se que inexistente uma resposta para conciliar a liberdade midiática e a preservação da imparcialidade dos jurados, pois isso vai depender do caso concreto, visto que, inúmeros acusados são julgados, sem qualquer alarde da mídia, mas, por outro lado, alguns casos fazem parte de seu interesse, seja pelo tipo de crime ou qualidade da vítima. Ademais, é provável que o Magistrado preserve sua imparcialidade, no entanto, o problema surge no Tribunal do Júri, em que os jurados chegam no dia do julgamento com a decisão formada e com propensão condenatória.[\[47\]](#) Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci complementa:

Crimes contra a vida, que seguem para o Tribunal do Júri, como regra, não se relacionam em absolutamente nada com o interesse público. Portanto, pode-se noticiar que Fulano matou seu genitor Beltrano. Porém, acompanhar a investigação e o processo, noticiando todos os dias, há de ser vedado. Vende-se um produto, mas se esquece da imagem, da honra, da vida privada e da intimidade de muitos, desde o próprio réu, passando pela vítima, até atingir as famílias e os amigos envolvidos.[\[48\]](#)

É sugestiva a proposta de suspensão do processo criminal, enquanto permanecer o interesse da mídia em torno do caso, principalmente naqueles

em que os fatos sirvam de matéria prima, como a apresentação de fatos sobre o caso, entrevistas de familiares da vítima, grupos organizados buscando a condenação do acusado em frente ao Fórum com cartazes. Para exemplificar, temos o caso da atriz Daniella Perez, em que sua mãe Glória Perez, lutou pela condenação do Guilherme de Pádua e Paula Nogueira de Almeida Thomaz, apoiando-se em uma emissora de televisão e em toda a mídia.^[49] André Luiz Gardesani, recomenda algumas alterações:

- a) maior efetividade da norma que assegura o sigilo no inquérito policial e durante a fase judicial;
- b) adoção de mecanismos destinados a propiciar aos jurados melhor conhecimento do processo; e,
- c) renovação das normas condizentes à escolha dos jurados e da organização do júri, com o intuito de estabelecer uma melhor sistemática que possibilite ao Juiz presidente recrutar tão somente cidadãos idôneos, preparados e conscientes de seu dever.^[50]

Ainda, segue algumas soluções que são utilizadas no direito norte-americano, apresentadas em dois grupos, iniciando com medidas que não implicam em restrições diretas na liberdade de expressão e, posteriormente, outras medidas que impõe algumas restrições, recomendadas por Simone Schreiber, ademais, algumas estão previstas no direito brasileiro:

1. Medidas que não implicam em restrições diretas na liberdade de expressão e que podem ser utilizadas para reduzir ou evitar o impacto do trial by media sobre o ânimo dos jurados, podendo ser eventualmente adaptadas para processos afetos a juízes togados. São elas: 1.1 Questionário e instrução dos jurados; 1.2 Desaforamento; 1.3 Postergação do julgamento; 1.4 Sequestro de jurados; 1.5 Vedação de introdução de provas produzidas pela mídia no processo.

2. Medidas que impõem restrições à liberdade de expressão, graduadas da menor para maior restrição, quais sejam: 2.1 Ampliação do direito de resposta; 2.2 Restrição da publicidade do julgamento; 2.3 Imposição

de punições posteriores à publicação; 2.4 Ordem judicial de proibição de divulgação de provas ilícitas; 2.5 Ordem judicial de proibição temporária de veiculação de notícias sobre o julgamento.^[51]

Ademais, é possível a proibição de divulgação de fotos e nomes de pessoas envolvidas em delitos até certo momento processual, como por exemplo, a prolação da sentença ou permissão para publicar por intermédio das letras iniciais dos nomes como é exigido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

CONCLUSÃO

É notório o interesse do público por notícias relacionadas a crimes, e a mídia conhecedora de tal interesse, têm explorado os referidos assuntos de maneira exacerbada, utilizando o crime e a violência, como uma fonte geradora de lucros. E com o presente trabalho, vislumbra-se a indispensabilidade de uma reforma quanto aos meios de comunicação, ante a mais famosa instituição existente na história do universo jurídico brasileiro, a qual é colocada, a favor de constantes campanhas realizadas pela mídia sensacionalista.

Inicialmente buscou-se analisar os princípios norteadores da instituição, e posteriormente os direitos e garantias fundamentais do acusado. Adiante, foram analisados os direitos e garantias constitucionais da mídia, que por variadas vezes excede o direito de informar, violando os direitos do acusado e o afastando de um julgamento justo e imparcial.

O objetivo principal deste trabalho foi comprovar a influência ocasionada pelos meios de comunicação na opinião pública, que de forma direta e indireta prejudica a imparcialidade do Conselho de Sentença, tendo em vista, que os jurados integram a sociedade, restando sua opinião e convicção sobre o fato prejudicada.

Conclui-se que, é necessário um olhar mais crítico para as informações sensacionalistas, que transformam o crime em um espetáculo, que chocam a população com a finalidade de aumento de visualizações, se mostra necessário à aplicação de medidas eficazes, no intuito, de proteger a lisura e a imparcialidade dos julgamentos pelo Tribunal do Júri.

Ainda, é plausível considerar que não se busca inocentar culpados de delitos ou reduzir direitos constitucionais da mídia, pois como abordado, são

direitos indispensáveis para a garantia do Estado Democrático de Direito, portanto, soluções doutrinárias foram apresentadas de forma a preservar ambos os direitos e garantias, inclusive sendo competência do Estado criar mecanismos para que as notícias sensacionalistas não comprometam o trâmite processual e a decisão dos jurados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. **A influência dos órgãos da mídia no processo penal**: o caso Nardoni. Revista dos Tribunais Online. v. 889. 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580608> > Livro digital. ISBN 978850262611-9.

BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Colisão de direitos fundamentais no contexto da interpretação da constitucional contemporânea. Procuradoria do Estado de Goiás. v. 23. **Revista de direito**. 2007. Disponível em: < <http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/12/12> >.

BRASIL. Organizações das Nações Unidas no Brasil. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> >.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2013, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581182> > Livro Digital. ISBN 978-85-02-1263-3.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580168> > Livro digital. ISBN 978-85-472-0164-7.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell Editores. 2013.

CASOY, Ilana. **O quinto mandamento:** caso de polícia – o assassinato do casal Richthofen. São Paulo: Ediouro. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal:** doutrina e prática. Salvador: Juspodivm. 2009.

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da constituição de 1988. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 94, p. 199-237, jan./fev. **Revista dos Tribunais Online.** 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação:** a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580784> > Livro Digital. ISBN 978850223063-7.

FILHO, Alberto Anderson. Sentença do Caso Richthofen. Júri condena Suzane e irmãos Cravinhos. **Revista Jus Navigandi.** Teresina. nº 1117. ISSN 1518-4862. 2011. Disponível em: < <https://jus.com.br/jurisprudencia/16703> >.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet: limites constitucionais e processuais. Revista de Direito Privado. v. 48, p. 299-340. out./dez. **Revista dos Tribunais Online.** 2011.

JORGE, Manuel; NETO, Silva. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Livro digital. ISBN 978-85-02-19802-9.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de Imprensa.** São Paulo: Artigo Revista Justitia. 2001.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal.** 4. ed. Salvador: Juspodivm. 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580198> >. Livro Digital. ISBN 978-85-472-0123-4

MACIEL FILHO, Euro Bento. Suzane von Richthofen e os reflexos de uma sociedade vingativa. **Revista Jurídica Consulex.** v. 18, p. 18-19, nº 425. 2014.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Filho é condenado pelo assassinato da mãe portadora de doença mental.** Publicado: Valquíria Santana. Disponível em: < <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/noticias/122185939/filho-e-condenado-pelo-assassinato-da-mae-portadora-de-doenca-mental> >.

MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia Cultural e Mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempo de crise. v 108. **Revista dos Tribunais Online.** 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 32. ed. São Paulo: Atlas. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública.** Rio de Janeiro: Forense. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Método. 2013.

PEREIRA, André Luiz Gardesani. Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto. v. 928. **Revista dos Tribunais Online.** 2013.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A Influência da Mídia nas decisões do conselho de sentença. **Revista de Direito da PUCRS.** Porto Alegre: Direito e Justiça. v. 34. 2008. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5167> >.

RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela. **Mídia e Violência:** tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: Cesec. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 4. ed. Editora: Livraria do Advogado. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <

<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580514> > Livro digital. ISBN 978850263492-3.

SÃO LUÍS. Tribunal do Júri Popular da 1ª Vara da cidade de São Luís. Processo nº 23527-81.2007.8.10.0001. Juiz: Osmar Gomes dos Santos. Julgamento: 02 jun. 2014. p. 3. Disponível em: < <http://jurisconsult.tjma.jus.br/> >.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sentença Cautelar Inominada. Processo nº 0205063-96.2012.8.26.0100. Juiz de Direito: Danilo Mansano Barioni. 2013. p. 09. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/suzane-record-sentenca-proibindo.pdf> >.

_____. Comarca de Santo André. Sentença de Lindemberg Alves Fernandes. Juíza de Direito: Milena Dias. Julgamento: 16 fev. 2012. p. 09. Disponível em: < http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/02/16/sentena_finall_lindemberg.pdf >.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9000016-07.2008.8.26.0554. Relator: Pedro Luiz Aguirre Menin. Revisor: Alberto Mariz de Oliveira. Julgamento: 04 jun. 2013. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do> >.

SOUZA, Luciano Anderson de. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 94, p. 363-384, jan./fev. **Revista dos Tribunais Online**. 2012.

SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 86, p. 336-379, set./out. **Revista dos Tribunais Online**. 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm. 2015.

XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. vol. 112. **Revista dos Tribunais Online**. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão da Tradução Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan. 2013.

NOTAS:

- [1] JORGE, Manuel; NETO, Silva. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 23.9
- [2] NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. Rio de Janeiro: Forense. 2015. p. 26
- [3] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal: doutrina e prática**. Salvador: Juspodivm. 2009. p. 149
- [4] LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo Penal. Salvador: Juspodivm. 2016. cap. 1.2
- [5] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal: doutrina e prática**. p. 149
- [6] NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. p. 30
- [7] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 1120
- [8] NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. p. 36
- [9] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. cap. 2
- [10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Editora: Livraria do Advogado. 2006. p. 60
- [11] LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016. cap. 3
- [12] BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> > Acesso em: 01 mar. 2018. p. 08
- [13] JORGE, Manuel; NETO, Silva. **Curso de direito constitucional**. cap. 23.11
- [14] ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. cap. 2.3

[15] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 978-85-472-0164-7, cap. 3.6.12

[16] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978850223063-7, cap. 1

[17] PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. **Revista de Direito da PUCRS**. Porto Alegre: Direito e Justiça. v. 34, p. 33-39, jul./dez. 2008. p. 35

[18] CANOTILHO, Gomes; *et al.* **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-1263-3, cap. 9

[19] LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. Promotora de Justiça. São Paulo: **Artigo Revista Justitia**. p. 01-08. 2001. p. 8

[20] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas. 2016. p. 120

[21] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Método. 2013. p. 608

[22] BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. Colisão de direitos fundamentais no contexto da interpretação da constitucional contemporânea. Procuradoria Geral do Estado de Goiás. **Revista de Direito**. 17 f. v. 23. 2007. p. 22

[23] RAMOS, Sílvia; PAIVA, Anabela. **Mídia e violência**: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. p. 74

[24] MASI, Carlo Velho; MOREIRA, Renan da Silva. Criminologia cultural e mídia: um estudo da influência dos meios de comunicação na questão criminal em tempo de crise. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 108, p. 437-460, mai./jun. **Revista dos Tribunais Online**. 2014. p. 13

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense. p. 110-111

[26] CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell Editores. 2013. p. 26

[27] ANDRADE, Fábio Martins de. A influência dos órgãos da mídia no processo penal: o caso Nardoni. **Revista dos Tribunais Online**. v. 889. 2009. p. 03

[28] PEREIRA, André Luiz Gardesani. Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto. v. 928. 2013. **Revista dos Tribunais Online**. p. 1

[29] XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 112. 2015. p. 6-7

[30] CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. Mídia e processo penal: a influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da constituição de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 94, p. 199-237, jan./fev. 2012. **Revista dos Tribunais Online**. p. 14

[31] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão da Tradução Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan. 2013. cap. 37

[32] SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 86, p. 336-379, set./out. 2010. **Revista dos Tribunais Online**. p. 3

[33] CASOY, Ilana. **O quinto mandamento**: caso de polícia – o assassinato do casal Richthofen. São Paulo: Ediouro. 2009. p. 11-12

[34] PEREIRA, André Luiz Gardesani. Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto. *Ciências Penais*. v. 17, p. 13-48, jul./dez. **Revista dos Tribunais Online**. 2012. p. 07-08

[35] MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Filho é condenado pelo assassinato da mãe portadora de doença mental**. Publicado: Valquíria Santana. Disponível em: < <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/noticias/122185939/filho-e-condenado-pelo-assassinato-da-mae-portadora-de-doenca-mental> >. Acesso: 10 mai. 2018

[36] FILHO, Alberto Anderson. Sentença do Caso Richthofen. Júri condena Suzane e irmãos Cravinhos. **Revista Jus Navigandi**. Teresina. nº 1117. ISSN

1518-4862. 2011. p. 6. Disponível em: <
<https://jus.com.br/jurisprudencia/16703> >. Acesso em: 13 abr. 2018

[37] SÃO LUÍS. Tribunal do Júri Popular da 1ª Vara da cidade de São Luís. Processo nº 23527-81.2007.8.10.0001. Juiz: Osmar Gomes dos Santos. Julgamento: 02 jun. 2014. p. 3. Disponível em: <
<http://jurisconsult.tjma.jus.br/> >. Acesso em: 10 mai. 2018 p. 1-2

[38] GONÇALVES, Antonio Baptista. Intimidade, vida privada, honra e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet: limites constitucionais e processuais. Revista de Direito Privado. v. 48, p. 299-340. out./dez. **Revista dos Tribunais Online**. 2011. p. 14

[39] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sentença Cautelar Inominada. Processo nº 0205063-96.2012.8.26.0100. Juiz de Direito: Danilo Mansano Barioni. 2013. p. 09. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/dl/suzane-record-sentenca-proibindo.pdf> >. Acesso em: 12 abr. 2018 p. 01-06

[40] MACIEL FILHO, Euro Bento. Suzane von Richthofen e os reflexos de uma sociedade vingativa. **Revista Jurídica Consulex**. v. 18, p. 18-19, nº 425. 2014. p. 19

[41] SÃO PAULO. Comarca de Santo André. Sentença de Lindemberg Alves Fernandes. Juíza de Direito: Milena Dias. Julgamento: 16 fev. 2012. p. 09. Disponível em: <
http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/02/16/sentena_finall_lindemberg.pdf >. Acesso em: 17 abr. 2018, p. 7-8

[42] SÃO PAULO. Comarca de Santo André. Sentença de Lindemberg Alves Fernandes. p. 3-4

[43] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9000016-07.2008.8.26.0554. Relator: Pedro Luiz Aguirre Menin. Revisor: Alberto Mariz de Oliveira. Julgamento: 04 jun. 2013. Disponível em: <
<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/open.do> >. Acesso em: 14 abr. 2018. p. 31

[44] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 9000016-07.2008.8.26.0554. p. 24-26

[45] SOUZA, Luciano Anderson de. Discurso midiático penal e exasperação repressiva. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 94, p. 363-384, jan./fev. **Revista dos Tribunais Online**. 2012. p. 7

[46] SILVA, Evandro Lins e. **Defesa tem a palavra**. Rio de Janeiro: Aide Ed. 1991. p. 63

[47] NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. p. 111

[48] NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. p. 112

[49] PEREIRA, André Luiz Gardesani. Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto. **Revista dos Tribunais Online**. p. 12-13

[50] PEREIRA, André Luiz Gardesani. Júri, mídia e criminalidade: propostas tendentes a evitar a influência da mídia sobre a soberania do veredicto. **Revista dos Tribunais Online**. p. 15

[51] SCHREIBER, Simone. A publicidade opressiva dos julgamentos criminais. **Revista dos Tribunais Online**. p. 10

LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NAS QUESTÕES DE SAÚDE

JOSÉ ERNESTO DOLABELLA PORTELLA FILHO:

Advogado Pós-Graduando em Docência do Ensino Superior e Processo Civil - UCAM.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a análise da atuação dos órgãos jurisdicionais, com enfoque especial no STF – Supremo Tribunal Federal, face sua atividade como guardião da Constituição e como garantidor dos Direitos Fundamentais, frente ao Princípio da separação dos Poderes. As questões relacionadas à saúde, como aquelas que se referem à entrega de medicamentos, resolvidas pelo judiciário, sofrem fortes críticas quanto à legitimidade de suas decisões, porque essas teriam cunho eminentemente político.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial, Judicialização da Política, Saúde Pública, Legitimidade, Democracia.

SUMÁRIO: 1-Introdução 2-Democracia 3 Tripartição de Poderes 4-Legitimidade e o Estado Democrático de Direito 5-Ativismo Judicial 6-Ativismo nas Questões de Saúde 7-Soluções alternativas nas questões de saúde 8-Conclusão - Referências.

1-INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por finalidade mostrar um fenômeno, que apesar de existir já há alguns anos, ainda se mostra atual e que suscita grande polêmica e muitos debates, dividindo opiniões: a Legitimidade do Ativismo Judicial.

Embora na jurisdição infraconstitucional se veja de forma clara a atuação de magistrados ativistas, quando da tutela do interesse de crianças, consumidores e do meio ambiente, o ativismo se torna mais contundente e polêmico no controle concentrado de constitucionalidade. As questões relacionadas à saúde, resolvidas pelo judiciário, são fortemente questionadas quanto à legitimidade de suas decisões, porque essas teriam cunho eminentemente político. Nesse artigo será tratado com maior ênfase o ativismo no controle abstrato de constitucionalidade, bem como no controle

difuso, no que tange às questões de saúde, pois é aqui que ocorrem as maiores polêmicas entre o Judiciário e o Legislativo.

Durante o desenvolvimento do artigo serão conceituados alguns temas correlatos, e que são fundamentais, para que se possa atingir com mais profundidade o tema central do trabalho. Serão abordados os seguintes itens: Democracia com uma breve conceituação genérica, Tripartição dos Poderes em breves linhas de forma conceitual, um enfoque sobre a Legitimidade e o Estado Democrático de Direito, Conceitos de Ativismo Judicial, Judicialização da Política e Autocontenção Judicial e suas consequências no cenário político brasileiro em face das crescentes demandas no judiciário em busca da tutela pelos medicamentos.

A metodologia empregada é de cunho bibliográfico, pois se baseia na pesquisa em livros, trabalhos e artigos retirados da internet, através do conhecimento de doutrinadores, bem como de julgados atuais dos nossos Tribunais com o intuito de embasar o presente trabalho.

2-DEMOCRACIA

São vários os conceitos de Democracia, já consagrados por autores de renome. Será conceituado de forma básica, utilizando-se primeiramente o significado original do termo: *demos*=povo; *kraiten*= governo, que foi instituído pela Teoria política da Grécia Antiga, com o significado de “governo do povo”.

Roberto Bobbio^[1] conceitua a democracia da seguinte forma:

Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que mundo é mundo, democracia significa governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou de uma minoria.

A concepção deliberativa defendida por Aristóteles ressalta que a democracia é o governo de muitos, assim como em Bobbio. A pluralidade dos pontos de vista sobre bem comum que comunicados no debate público

dão à democracia um caráter deliberativo, racional. O homem é concebido como um animal dotado de logos (palavra/razão). Cabe à democracia canalizar os diversos pontos de vista e argumentos para deliberar coletivamente.

Segundo Jürgen Habermas^[2], que cita Rousseau e Kant em sua obra, teria como entendimento do que é Democracia:

A compreensão moderna da democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direito dotado de três características principais, a saber: o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas. [...] Todavia, nem Rousseau, nem Kant conseguiram aproveitar o conceito de autonomia para a fundamentação inequívoca da democracia, em termos de um Estado de direito. Rousseau atribuiu racionalidade à vontade do povo ligando o processo democrático à forma de leis gerais e abstratas. Ao passo que Kant procurou atingir esse mesmo objetivo através da subordinação do direito à moral. Entretanto, ainda tentarei demonstrar que esse nexos interno entre razão e vontade só pode se desenvolver, na dimensão do tempo, como um processo histórico que se corrige a si próprio.

De forma bem simples e genérica, pode-se conceituar então, da seguinte forma: "Democracia é a forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo. É um regime de governo em que todas as importantes decisões políticas estão com o povo, que elegem seus representantes por meio do voto." Na prática, a democracia é uma forma de governo e de organização de um Estado. Através de mecanismos de participação direta ou indireta, o povo elege os seus representantes.

3-TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

De acordo com Montesquieu^[3], consoante a Teoria do Estado liberal, no fim do século XVIII, como oposição ao antigo modelo absolutista de Estado, o sistema liberal se baseava em dois alicerces fundamentais: a limitação do Poder do Estado sobre os indivíduos e instrumentos que traduzissem os anseios dos indivíduos, aos seus representantes eleitos.

Dessa forma, o Poder Legislativo, ocupa uma posição privilegiada em relação aos Poderes Executivo e Judicial, tendo em vista que aquele criaria a normatização a ser seguida por esses últimos. Assim a função jurisdicional é apenas garantidora da soberania popular, representada pelos legisladores eleitos livremente pelo povo. É o modelo de estado de Direito, em que governados e governantes se submetem aos ditames da lei. Dessa forma a criação de leis pelos legisladores eleitos pelo povo, que confeccionam leis para serem cumpridas por esse mesmo povo, de forma a satisfazerem todos os seus anseios e sem deixar “brechas e lacunas” na sua formulação, deveria, pois, ser considerada como perfeita e por todos, seguida.

Destaca-se o pensamento de Jürgen Habermas^[4], dentro da ideia central do estado liberal:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio do direito que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

Assim percebe-se que essa Teoria discernia claramente a existência de distintas funções dos poderes estatais. Não é correto afirmar, contudo, que a distinção elaborada implicava o exercício isolado e exclusivo de cada um por diferentes órgãos do Estado.

Há que se deixar claro que quando se fala em divisão de poderes, para alguns existe a errônea impressão de que existe mais de um poder, no caso

três; o que se constitui um engano, pois, o Poder é uno. O que há é uma mera divisão funcional, com o claro intuito de repartir as funções estatais, para evitar os abusos ditatoriais da concentração do poder nas mãos de um só indivíduo, garantindo assim, um Estado Democrático. Portanto, uma das características fundamentais à existência de um Estado realmente democrático é a divisão, isto é, a separação dos Poderes. Tal a importância desse instituto para o nosso ordenamento jurídico, que além de expresso no artigo 2º da Constituição, também se encontra como garantia pétrea explícita no artigo 60, §4º inc.III, tornando-se um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Em uma concepção mais moderna da Tripartição de Poderes, vê-se cada vez mais sua mitigação pela interpretação dada pela inteligência do artigo 2º da Carta Maior.

Pode-se observar essa mitigação em um dos vários julgados do STF, como o trecho abaixo colacionado da Ilustríssima Ministra Carmen Lúcia^[5], no Recurso Extraordinário com Agravo 858.889:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS DE REPARO E CONTENÇÃO DE ENCOSTAS EM RODOVIA ESTADUAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO “(...) o tema envolve as controvérsias ínsitas aos mecanismos de “controle judicial de política pública”, cujo papel do Poder Judiciário deve respeitar os limites do Poder Constituinte ao estabelecer a separação de Poderes (CF, art. 2º), sem abnegar do sistema de proteção dos direitos individuais e coletivos em face de omissões do Estado, dentre as quais prepondera o interesse à vida daqueles que estariam sendo expostos a perigo por

uma atividade administrativa deficitária, omissa ou ineficiente.

Assim, o princípio da separação dos Poderes passou a sofrer mitigação, pelo que não mais pode o Executivo escudar-se no princípio da autonomia administrativa, para defender a valoração da oportunidade e conveniência do ato administrativo como decisão exclusivamente sua, porquanto na atualidade até mesmo o mérito administrativo está sujeito ao controle judicial.

Ademais, a teoria da reserva do possível, que determina a liberdade de escolha do administrador quanto a suas políticas públicas prioritárias, somente pode ser invocada quando não se encontra em discussão o mínimo existencial.

Por esta razão, não há falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição da República, bem assim na teoria da reserva do possível.

4-LEGITIMIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade, nas suas mais diversas formas de organização, demonstra a necessidade do estabelecimento de uma ordem política. Essa ordem política, oriunda do Estado, é a forma de garantir o desenvolvimento da sociedade e sua regulação harmônica. O surgimento do Direito é necessário na sociedade, para que regule e legitime o poder político. Esse poder político seria responsável por controlar a produção e aplicação das normas jurídicas, e pela intervenção de um poder coercitivo, que é imprescindível para a manutenção da Ordem Social.

Para Kelsen^[6], a legitimidade fica equiparada à legalidade, todas as normas que respeitam a relação de derivação e fundamentação, ou seja, que estão em consonância com as normas superiores, até a norma fundamental, seriam legítimas. Por outro lado, ele reconhece que esse pensamento tem um limite, que é o da estabilidade do ordenamento. Isto porque, em casos

de movimentos revolucionários, o fundamento de validade do ordenamento jurídico é substituído por um novo. E continua o autor dizendo que esse

Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra aplicação alguma. Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. [...] Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.

Segundo Paulo Bonavides^[7], em sua obra, a legitimidade seria a legalidade acrescida de sua valoração. Seria um critério em que se buscaria menos para que se pudesse compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social em que ele é chamado a disciplinar. No conceito de legitimidade entrariam as crenças de uma determinada época, que mostrariam à manifestação do consentimento e da obediência. A legalidade de um regime democrático seria a sua adequação nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder inserido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.

A legalidade do regime democrático é a sua adequação ao exposto na constituição, a observação e conservação dos seus princípios, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática. O Brasil configura-se como um Estado Democrático de Direito e a sua legitimidade, fundamenta-se essencialmente no respeito e garantia dos Direitos Fundamentais e na Soberania Popular.

Em um Estado Democrático de Direito, a Legalidade esta próxima da Legitimidade, isto é, não pode ser respeitada tão-somente a exigência de que a atuação estatal seja baseada na lei em sentido formal. O instrumento de

atuação do Estado deve não só ser formal, mas também estar de acordo com os valores fundamentais do Estado brasileiro, tais como a dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade justa, livre e igualitária, entre outros.

Existem questionamentos se haveria falta de legitimidade no ativismo, sendo que é o povo dono da titularidade da legitimidade e é ele que busca a tutela judicial.

Segundo Frank Michelman^[8] *apud* Jürgen Habermas^[9], a legitimidade das decisões dos magistrados, se apoiaria na intuição segundo a qual o assédio discursivo do tribunal através de uma sociedade mobilizada produziria uma interação que seria capaz de gerar consequências boas e que seriam favoráveis para ambos os lados, porque, a ampliação das bases de decisões faria com que os tribunais, que continuariam a decidir de forma independente e aumentaria também o campo de visão dos especialistas. E, aos olhos dos indivíduos que tentam influir no tribunal através de uma opinião pública provocativa, cresce a legitimidade do procedimento que conduz à decisão.

De outra forma, segundo o constitucionalista Lênio Streck^[10], que ressalta em seu artigo, que não haveria tal legitimidade:

Parece inexorável – e isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais. Daí o questionamento – constante – da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo. Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o sistema se depara com decisões do Poder Judiciário

(brasileiro) tidas como “invasoras de sub-sistemas” ou epitetadas como típicas decisões que “judicializam a política”, como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em ato normativo, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade, só para citar alguns exemplos.

Já para Luís Roberto Barroso^[111], que em seu artigo menciona que o Ativismo Judicial é uma escolha do juiz, é uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo.

“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público”.

Dessa forma, não cumprindo os outros Poderes com o seu papel de garantidor, seja por ausência de recursos, seja por falta de políticas públicas, é evidente a possibilidade de se recorrer ao Judiciário a fim de efetivar um direito fundamental, outorgando tutela quando necessário.

Assim não há de se questionar se haveria ou não legitimidade, por se tratar na realidade, de efetividade dos direitos já garantidos na Constituição. O Judiciário como guardião-mor da Carta Magna tem o dever precípua de buscar sempre a efetivação de suas Garantias e Direitos.

5-ATIVISMO JUDICIAL

Determinar-se-á aqui a distinção entre termos que comumente se confundem: o ativismo judicial e a judicialização da política. Como aduz Luiz Roberto Barroso[12]em seu trabalho sobre o tema:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Pode-se observar que a judicialização é um fato que decorre do modelo constitucional adotado no Brasil, ou seja, não é um exercício voluntário da vontade política por parte dos juízes, há um respaldo constitucional; já o ativismo diverge por haver uma maior atitude volitiva por parte do julgador.

Luiz Werneck Vianna[13], em seu artigo aponta no sentido de que a judicialização não foi causada por atitudes ou protagonismos dos juízes, mas por iniciativa da sociedade que bate às portas da justiça. Segundo o autor,

dessa forma, a origem da judicialização deveria ser buscada, por um lado, na iniciativa do legislador, e, de outro, nas demandas dos indivíduos no sentido de encontrar a tutela dos seus direitos contra o Estado e as Corporações. A origem de um processo social, porém, não contém em si todas as possibilidades do desenvolvimento da sua trajetória, sujeito, no seu curso, a muitas outras influências. Essa iniciativa de procura da Sociedade ao Judiciário, por si só, já poderia ser entendido como uma demonstração de legitimidade das decisões judiciais.

Aqui reside uma enorme diferença entre judicialização e ativismo: naquela, os juízes decidem, porque é uma atribuição constitucional, como no controle abstrato de constitucionalidade, já no ativismo há uma atitude voluntária, um modo de interpretar a constituição, aumentando em conteúdo, o seu alcance, o que será visto mais adiante em seus aspectos positivos e negativos.

Entretanto, entende-se que, para que haja ativismo judicial é necessária à omissão ou ineficácia do Poder Legislativo no desempenho de suas funções precípua. É na escolha do Magistrado de atuar de forma proativa ao interpretar a Constituição, face à omissão do Poder Legislativo, suprindo eventuais lacunas ao julgar o caso concreto, que suscitam as atuais críticas, a esse ativismo.

De forma oposta ao ativismo judicial, ter-se-ia a autocontenção judicial em que há pouca ou nenhuma intervenção do judiciário na esfera dos outros poderes. Dessa forma, o judiciário evita aplicar diretamente a Constituição a situações em que não estejam expressas explicitamente em seu texto, utilizando-se de critérios mais rígidos para o controle de constitucionalidade, e conseqüentemente a não interferência nas políticas públicas.

O fato é que a atual constituição fortaleceu sobremaneira o Poder Judiciário, ao prover algumas "ferramentas" constitucionais, dando aos julgadores, importante papel na consolidação da democracia e na concretização dos Direitos Fundamentais. O Judiciário dessa forma tem uma participação mais efetiva na sociedade, inclusive nas camadas mais baixas, através da instituição dos juizados especiais, por exemplo. Barroso^[14], que denomina esse feito de "Judicialização da vida", aduz que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias

políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

A atuação dos julgadores em certas questões decorre da própria exigência do texto constitucional, não se trata meramente de opções ideológicas. A atual Constituição “municia” o Judiciário com diversos dispositivos que dão legalidade e porque não dizer também, legitimidade às suas decisões, como: os Controles de Constitucionalidade (**ADIN, ADC, ADO e ADPF**), Súmulas Vinculantes e Mandado de Injunção. Dessas ferramentas, talvez as que ilustrem de forma mais clara o Ativismo, são a ADO e o Mandado de Injunção, quanto às omissões legislativas.

Serão vistos agora alguns julgados que foram bem emblemáticos na utilização dessas ferramentas e que a atuação do Judiciário foi fundamental na tutela dos bens pleiteados.

Inicia-se, pois, pela **ADPF 54**, em que o Relator era o Ministro Marco Aurélio, em que através de uma ação se pede ao STF, que interprete conforme a Constituição os artigos do Código Penal que tratam do aborto para declarar que eles não incidem na hipótese de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Foram envolvidos vários segmentos da Sociedade, inclusive mulheres que passaram pela experiência de ter uma gestação nessas condições. A **ADPF** depois de muitas idas e vindas, e uma duração muito longa no julgamento, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na ADPF 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a

qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Vê-se no voto do Excelentíssimo Ministro uma relativização na interpretação da rigidez imposta pelo Constituinte quanto ao Direito à vida, e pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro:

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Outro caso que suscitou muita polêmica foi a **ADIN** 3.510 que tratava da Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Por maioria, a Corte julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2205). O referido artigo, em seus diferentes dispositivos, autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização in vitro, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. Prevaleceu o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo como base nos seguintes dispositivos constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º), o dever do Estado de promover políticas públicas que promovam a saúde (art. 196), e de promover e incentivar o desenvolvimento científico e a pesquisa (art. 218).

A posição do relator, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Colaciona-se a seguir o seu voto:

É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as

vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

A lista de outros tantos julgados que poderia ser citada aqui seria muito grande, extrapolando-se o escopo principal desse trabalho, mas através desses poucos exemplos se ilustrou, a firme atuação da Suprema Corte, na tutela de questões em que a clara omissão do Legislativo, faz com que nasça a evidente necessidade de uma tutela jurisdicional.

Há que se comentar também, que a busca pela tutela jurisdicional nesses feitos representa o descontentamento das pessoas, com o Poder Legislativo. O STF tem sido cauteloso evitando o ativismo, mas aos poucos vem deixando de lado sua postura de mero coadjuvante, para cada dia mais se tornar um guardião ferrenho dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Quanto mais as pessoas conhecerem seus direitos e a utilização dessas ferramentas expressas na Constituição, mais ativa será a partição do judiciário. Pode-se inferir então, que o povo clama pela tutela judicial, face à inércia e imobilidade do Legislador.

6-ATIVISMO NAS QUESTÕES DE SAÚDE

O Direito à Saúde está previsto de forma explícita em na Carta Maior em seu artigo 6º, no Capítulo – Dos Direitos e Garantias Fundamentais -, apontado como direito social oponível ao Estado, por todos quantos vivem no território brasileiro, bem como mais especificamente no, artigo 196, *ipsis litteris*.

Art. 6 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

Pode-se concluir pela leitura desses dispositivos, que o Direito à Saúde corresponde a um direito fundamental, portador de todas as garantias decorrentes desse status constitucional, consolidando-se assim em razão de uma evolução lenta e gradual iniciada há dois séculos, segundo Barroso^[15], em artigo desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, quando ainda era Procurador da Instituição. O autor disse que a trajetória da saúde pública no Brasil se iniciou em meados do século XIX, com a vinda da Corte portuguesa. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930 que o Estado passou a praticar ações mais voltadas em matéria de saúde, com a adoção de um modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da autoridade e com auxílio de força policial. Apesar de eventuais abusos, esse modelo teve algum sucesso no controle de doenças epidêmicas, onde conseguiu erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Durante esse período, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas. Nessa época foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de caráter curativo. A saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência. Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde.

No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

A partir da Constituição de 1988, o direito à saúde não mais se restringiria aos trabalhadores formais, mas deveria ser garantida a todos os trabalhadores e cidadãos brasileiros, consolidando-se como Princípio constitucional.

A estrutura da saúde pública no Brasil conta também com atuação das Secretarias Estaduais e municipais de saúde. A Constituição Federal de 1988 deu um importante passo na garantia do direito à saúde com a criação do Sistema Único de Saúde, o SUS. Seus princípios apontam para a democratização nos serviços de saúde, que deixam de ser restritos e passam a ser universais. Da mesma forma, deixam de ser centralizados e passam a ser norteados pela descentralização, com os estados e municípios assumindo suas responsabilidades e prerrogativas diante do SUS, bem como desenvolvendo ações que deem prioridade à prevenção e à promoção da saúde.

Esse acesso à Saúde por todos trouxe também um novo fenômeno: uma demanda por medicamentos que lastreiam os tratamentos oferecidos pela saúde pública em seus diversos âmbitos. Ainda segundo Barroso^[16] no trabalho citado anteriormente:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma

variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

Depreende-se então que em função da formação desse direito subjetivo que passou a se formar, tem ocorrido atualmente uma grande demanda de ações judiciais em busca desses medicamentos face à negativa do Estado de atender a todos os pedidos escudando-se na simples alegação da "Reserva do Possível", para o não cumprimento e não implementação das políticas públicas.

Cláudio Carneiro[17] em sua obra, em defesa de um ativismo judicial em face de mera alegação da reserva do possível aduz que, a questão que envolve as necessidades humanas básicas, por conseguinte, a reserva do possível, seria muito mais uma garantia da dignidade humana do que seriam as escusas dos poderes públicos em face dessas necessidades. Em síntese o que se refere ao paradigma das necessidades básicas, cabe ao Legislativo, Executivo e à Sociedade Civil definirem o que seria uma reserva do possível, mas caberia também ao Judiciário intervir quando necessário através de um ativismo positivo, fato que não pode simplesmente sucumbir ao tecnicismo formal. O que significaria dizer que, o Judiciário tem que tomar a iniciativa e decidir exercer um controle de constitucionalidade, bem como tomar medidas impositivas que até então se escudariam sob o véu do mérito administrativo, e, ao que nos parece, nesse sentido tem andado bem nossos Tribunais, como a discussão do controle de constitucionalidade da lei orçamentária.

Na mesma linha de raciocínio também a posição de Nathália Masson[18], em que a brilhante autora aduz que sobre esta dimensão da teoria da "reserva do possível", a impossibilidade da cláusula da reserva do possível servir de escusa do Estado, para impedir e inviabilizar a efetivação de políticas públicas expressas na própria Constituição. Nesse sentido, ressalvada a ocorrência de um motivo justo e objetivamente verificável, a reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado no intuito de recusar-se ao cumprimento de suas obrigações firmadas no texto constitucional, especialmente quando dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais

impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. A alegação da cláusula é, portanto, um ônus que recairia sobre o Poder Público que alegaria em sua defesa face ao não cumprimento das prestações solicitadas, cabendo a ele o dever de comprovar de forma incisiva, não sendo suficiente a mera alegação de que não há possibilidade financeira e também orçamentária do não cumprimento do direito, será preciso demonstrá-la cabalmente. O Estado é quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não efetivação do direito fundamental.

Já o Ilustre Doutrinador Luís Roberto Barroso^[19], assume em seu trabalho uma posição mais branda:

Talvez a crítica mais frequente seja a financeira, formulada sob a denominação de “reserva do possível”. Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais⁴⁸. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “imiscuir-se na política de administração pública”.

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos

quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável⁵⁰. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Essas demandas têm números grandiosos, onde é fácil perceber que diante da negativa do Estado no fornecimento de medicamentos, as pessoas se socorrem do Judiciário em busca de sua tutela, em um número cada vez maior como se pode ver nos gráficos do Anexo.

Segundo Solange Beatriz Palheiro Mendes^[20] (2016, p.18) - Presidente da Federação Nacional de Saúde Suplementar – FenaSaúde, no Brasil, os gastos com a judicialização da saúde subiu 500% entre 2010 e 2014, somando R\$ 2,1 bilhões nesse período, segundo o Ministério da Saúde. O Estado de São Paulo gastaria em média R\$ 1 bilhão por ano com ações judiciais enquanto seu custo total para a assistência farmacêutica em todo o SUS é de R\$ 600 milhões. Um estudo dessas ações no estado mostraram uma grande incidência de prescrições incorretas e com uma justificativa clínica e probatória sem fundamentos consistentes, e sem uma solicitação prévia, 70% de prescrições particulares, desconhecimento dos médicos do CONITEC e do RENAME, 24% pedem marcas específicas, 90% não listados pelo SUS e 5% não possuem registro da ANVISA.

Segundo dados do Ministério da Saúde, R\$ 5 bilhões foi o valor gasto por municípios, Estados e União com a judicialização em 2015 e R\$ 7 bilhões é quanto governos deverão gastar em 2016. O valor inclui decisões judiciais

que determinam a compra de remédios, equipamentos e outros suprimentos da área que não são cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Um fato muito importante deve ser considerado como grave consequência da resistência do Estado na concessão desses medicamentos. O atendimento dessas demandas sem a necessidade de ações judiciais denotaria economia de dinheiro público, porque as compras realizadas de um momento para o outro, como aquelas através de liminares judiciais, costumam ser mais caras do que aquelas planejadas e realizadas através de um processo licitatório. Dessa forma pode-se concluir que há um aumento expressivo no custo das políticas públicas via judicialização individualizada.

Foi realizado em 18 e 19 de novembro de 2010, o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para Saúde. Criado pela Resolução 107/2010 do CNJ, o Fórum da Saúde tem por objetivo equacionar as demandas relacionadas ao direito à saúde e diminuir o impacto da judicialização da saúde no orçamento de estados e municípios. Foram aprovados vários enunciados que partem do pressuposto de que a atuação do Judiciário é crucial para o resgate efetivo da cidadania e realização do direito à saúde, mesmo sob o argumento de que do seu exercício advêm tensões com a administração pública. Interessante notar inclusive, a auto-compreensão de que os magistrados possuem uma relevante missão na influência das políticas públicas de saúde.

Como exemplo desse Encontro, pode-se ilustrar através dos seguintes enunciados lá produzidos, *ipsis litteris*:

ENUNCIADO N.º 5

Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado.

ENUNCIADO N.º 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

Atualmente tramita no STF, o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718. Os recursos, que tiveram repercussão geral reconhecida, tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Segundo reportagem do Jornal Folha de São Paulo^[21] onde assinam Natália Cancian Gabriel Mascarenhas uma nova etapa do julgamento que avalia se os governos devem ser obrigados a dar remédios de alto custo fora da lista do SUS e sem registro no Brasil, três dos ministros do STF defenderam a possibilidade de medicamentos avalizados apenas fora do país serem fornecidos a pacientes, mas em caráter de exceção. Eles sugeriram a adoção de critérios na análise das ações judiciais que pedem acesso aos remédios em que pacientes poderão conquistar esse direito, mas mediante novas condições. A sessão do STF foi suspensa novamente depois de pedido de vista do ministro Teori Zavascki. O julgamento no STF é um marco na discussão sobre a judicialização da saúde. Para os Estados será um freio nos processos, devido ao grande impacto nas contas públicas para atender demandas individuais.

O ministro Marco Aurélio Mello mudou parte de seu voto anterior: mas manteve a opinião de que os governos devem custear tratamentos de alto custo e acrescentou que poderão arcar até com a importação de produtos sem registro na ANVISA. Ele determinou como condição que não haja similares no Brasil, que esse remédio seja ofertado em outros países e que o paciente apresente laudo para atestar que é indispensável à sua saúde. O ministro defendeu que os Estados possam requerer a solidariedade familiar no custeio de tratamentos caso se constate a capacidade financeira de parentes do doente.

Já o ministro Luís Roberto Barroso defendeu exceções, com base em cinco critérios: 1) a comprovação de que o paciente não tem como arcar com

os custos; 2) que o medicamento não tenha sido recusado em análise da comissão que avalia a oferta de remédio no SUS; 3) que não haja alternativa disponível; 4) que tenha segurança e eficácia comprovadas; 5) que o custeio seja feito pela União, e não só por Estados ou municípios. Segundo ele: "Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente do seu custo e impacto financeiro, possam ser oferecidos a todas as pessoas", afirmou. Em relação a remédios sem registro na ANVISA, defendeu que a exceção valeria somente para medicamentos "com segurança comprovada e testes concluídos", e diante de demora (mais de um ano) para a agência apreciar um registro, o que foge das raias da razoabilidade.

A adoção de critérios foi defendida pelo ministro Edson Fachin, para quem deve ser observado se houve "falha ou demora" na incorporação do remédio na rede pública. Fachin disse que a Justiça não pode, como regra, autorizar medicamento não registrado, mas pode determinar que a agência reexaminasse um registro e, "em última hipótese", autorizar o fornecimento.

A decisão sobre esses recursos tinha sido interrompida duas semanas, antes desse novo julgamento, por pedido de vista do ministro Luís Roberto Barroso, que proferiu seu voto, seguido pelo ministro Luiz Edson Fachin. Mas a análise da matéria foi novamente suspensa, dessa vez por um pedido de vista do ministro Teori Zavascki, e novo julgamento ainda não tem prazo definido.

7-SOLUÇÕES ALTERNATIVAS NAS QUESTÕES DE SAÚDE

Como forma de fomentar a solução dos litígios pela via alternativa, o novo Código de Processo Civil inovou ao trazer um capítulo exclusivamente dedicado à mediação e conciliação, além de colocar a opção pela auto composição como algo a ser realizado anteriormente à defesa do réu, e também concedendo maior liberdade aos acordos judiciais, inclusive permitindo que matéria estranha ao objeto destes, fosse incluída em tais acordos. Importante ainda destacar, que no §§2º e 3º do artigo 3º do CPC, inserido no capítulo I, qual seja, das Normas Fundamentais do Processo Civil, consta expressamente a necessidade de sempre se buscar o estímulo às formas de solução consensuais do conflito.

Assim a prática da auto composição, da mediação e conciliação, deveria ser empregada antes da proposição de quaisquer meios normais de composição de conflitos desafogando dessa forma o Poder Judiciário e contribuindo para uma resolução que atenda as partes de forma rápida e satisfatória.

Outra forma de se evitar a grande quantidade de demandas individuais com o pleito da tutela de medicamentos, a defesa coletiva dos direitos dos indivíduos tem por finalidade a proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mediante instrumentos processuais que buscam a realização do direito material, representando uma grande conquista para a proteção dos direitos dos pacientes em questões de saúde. As ações coletivas previstas na legislação brasileira tem origem na class action do direito americano, que possibilita aos legitimados ingressar em juízo, representando os demais interessados em situação idêntica, cuja decisão judicial beneficiaria a todos.

Se o direito contemporâneo reconhece a necessidade de se assegurar a proteção coletiva de interesses uma vez que as ações coletivas constituem a superação dos principais obstáculos de acesso à justiça para a proteção desses direitos então quando se pleiteia que determinados medicamentos sejam fornecidos àqueles que deles necessitam, estamos tratando da manutenção do direito à vida, essencial para o exercício dos demais direitos e garantias.

8-CONCLUSÃO

O presente artigo procurou mostrar através do fundamento nas origens da própria democracia, bem como da tripartição dos poderes e da legitimidade dentro do Estado Democrático de Direito, as bases que motivam a Judicialização e o Ativismo. Aquele tem como base o expresse e permitido na Constituição através de seus próprios mecanismos constitucionais, já o Ativismo, pelas necessidades atuais da procura cada vez maior dos indivíduos, à tutela judicial, face às omissões legislativas.

A atual Constituição é fortemente comprometida com questões sociais valorativas e principiológicas. Essa normatização está inserida em um

contexto social, onde são muito grandes as desigualdades econômico-sociais e muitos dos Direitos Fundamentais previstos em seu texto, devido a esses fatores, que estão positivados, mas até agora não passam de direitos não efetivados. Os julgadores tentam em suas decisões ultrapassar o que muitas vezes está somente expresso na lei, aplicando ao caso concreto esses fundamentos e princípios, e por isso, é muitas vezes estigmatizado como ativista e por vezes até de arbitrário.

No modelo de Estado Constitucional e de Estado Democrático de Direito, esse se submete ao Direito por ele mesmo criado. O Poder Judiciário se torna então uma garantia para o cidadão, principalmente para o pertencente às minorias, de que pode exigir desse mesmo Estado que cumpra esses Direitos expressos em lei. O julgador passa então a exercer o papel principal nesse cenário, em cumprimento às promessas feitas pelo constituinte originário.

A questão central então não é se haveria falta de legitimidade nas decisões dos Magistrados e Tribunais, há sim, por outro lado, a efetividade dos mandamentos constitucionais determinada pelo judiciário como guardião-mor da Carta Magna.

É importante que se busquem alternativas para resolução dessas demandas crescentes buscando-se alternativas como a auto composição dos litígios, mediação e conciliação. E se for o caso da propositura de ações judiciais, que seja dada prioridade a ações coletivas em detrimento de ações individuais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Logan Caldas A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial Disponível em Acesso em: 02 de Nov. de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BARROSO, Luiz Roberto da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro: 2009

BOBBIO, Norberto. Qual socialismo? debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). A Constituição e o Supremo. – 4.ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011

CANCIAN, Natália e MASCARENHAS, Gabriel. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817677-relator-muda-voto-e-exige-participacao-familiar-no-custeio-de-tratamentos.shtml#>
Acessado em: 30/09/2016.

CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald . O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: M. Fontes, 2006.

GASPERIN, Antonio Augusto Tams. Síntese comentada à teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 737, 12 jul. 2005 . Disponível em: . Acesso em: 16 nov. 2013.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. 2. Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2010

HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4ª Ed. Salvador. JusPodivm, 2016

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo; Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – São Paulo: Martins Fontes, 2006

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 708 p.

STRECK, Lênio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

TRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Disponível em: . Acesso em: 02 de Nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 05 de Nov. 2013.

WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Acessado em: (12 de setembro de 2016) Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. ISSN: 1982-1522

NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. Qual socialismo? debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. P.79

[2] HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.153-154

[3] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998 p.168

[4] HABERMAS, Jürgen. DIREITO E DEMOCRACIA: entre facticidade e validade. Vol. I. 2. Edição. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 2010 p. 113

[5] (STF - ARE: 858889 RJ, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/02/2015, Data de Publicação: DJe-034 DIVULG 20/02/2015 PUBLIC 23/02/2015)

[6] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Traduzido por João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.146

[7] BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores 2010. p.139

[8] MICHELMAN, Frank. Brennan and Democracy (Brennan e a democracia). Princeton, 1999. p.59

[9] HABERMAS, Jürgen. Era das transições I Jürgen Habermas; tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 p.158

[10] STRECK, Lênio Luiz. A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004 p.80

[11] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. P.25

[12] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.25.

[13] WERNECK VIANNA, Luiz. O ativismo judicial mal compreendido. Boletim CEDES [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03

[14] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.24.

[15] BARROSO, Luiz Roberto da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro: 2009 p. 12

[16] BARROSO, Luiz Roberto da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro: 2009 p.3

[17] CARNEIRO, Cláudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p.94

[18] MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4ª Ed. Salvador. JusPodivm, 2016 p.293

[19] BARROSO, Luiz Roberto da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e Parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro: 2009 p.24

[20] Judicialização da saúde na prática Fatos e dados da realidade brasileira. InterFarma. São Paulo, 2016.p.18

[21]<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1817677-relator-muda-voto-e-exige-participacao-familiar-no-custeio-de-tratamentos.shtml#> Acessado em: 30/09/2016.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL À LUZ DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

BEATRIZ APARECIDA SOARES GANEM:

Graduada em Pedagogia pela FENORD - Fundação Educacional Nordeste Mineiro - Teófilo Otoni. Graduada em Letras pela Federação de Escolas Faculdades Integradas Simonsen, Pós - Graduada em Psicopedagogia: Distúrbios e Dificuldades de Aprendizagem pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Pós- Graduada em Gestão Ambiental pela Faculdade do Nordeste de Minas- FINOM. Pós- Graduada em Direito da Criança, Juventude e Idosos pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Ucam Prominas.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a redução da maioridade penal à luz das normas da Constituição de 1988 e tem como objetivo principal analisar a possibilidade, viabilidade e consequências da reformulação do texto constitucional, para a aplicação de medidas cabíveis aos atos praticados por menores de 18 anos de acordo com a gravidade de sua criminalidade. Sabe-se que o perfil das crianças e adolescente mudou muito com a globalização, o acesso à informação e a própria evolução do ser humano. Hoje, aos 16 anos, o jovem vota, se quiser, pode testemunhar em juízo, ser emancipado; ter trabalho reconhecido como aprendiz com todos os direitos e garantias dados aos trabalhadores maiores de 18 anos. Sendo assim, pergunta-se: Qual seria a viabilidade da reformulação do texto Constitucional visando responsabilizar legalmente os crimes cometidos por menores de 18 anos? Com o objetivo de elucidar o tema proposto, os métodos utilizados para a realização deste trabalho fundamentam-se numa pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo em diversos tipos de publicações como livros, artigos e internet, além da consulta à própria legislação condizente ao tema proposto. A hipótese levantada foi: A possibilidade de reformulação do texto Constitucional permitiria a igualdade de responsabilização de crimes cometidos pelos menores. Os achados encontrados revelam que a legislação brasileira definiu a idade de responsabilização penal na CRFB88 em seu artigo

228; no CP e no ECA determinando assim, quais indivíduos ficam sujeitos à legislação especial do Estatuto da criança e adolescente e quais serão julgados pelo Código Penal.

Palavras chave: Imputabilidade. Redução da Maioridade. Constituição de 1988. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: This paper deals with the reduction of criminal responsibility under the rules of the Constitution of 1988 and its main objective to analyze the possibility, feasibility and consequences of the reshaping of the Constitution, for the application of appropriate measures to acts committed by persons under 18 according to the severity of their crime. It is known that the profile of children and adolescents has changed a lot with globalization, access to information and the very human evolution. Today, at age 16, the young vote, if you will, can testify in court to be emancipated; have recognized work as an apprentice with all rights and guarantees given to workers over 18 years. So ask yourself: What would be the feasibility of reformulating the Constitutional text aimed at legally responsible for the crimes committed under 18? In order to elucidate the theme, the methods used for this work are based on a literature review of qualitative nature in various types of publications such as books, articles and internet, as well as consulting the legislation itself befitting the theme. The hypothesis was: The possibility of recasting the constitutional text would equal accountability for crimes committed by minors. The important findings reveal that Brazilian law set the age of criminal responsibility in CRFB 88 in Article 228; the CP and the ECA thus determining what individuals are subject to special legislation Child and adolescent Statute and which will be judged by the Criminal Code.

Keywords: Liability. Reduction of Manhood. Constitution of 1988. Statute of Children and Adolescents.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a redução da maioridade penal à luz das normas da Constituição de 1988 e tem como objetivo principal analisar a possibilidade, viabilidade e consequências da reformulação do texto

constitucional, para a aplicação de medidas cabíveis aos atos praticados por menores de 18 anos de acordo com a gravidade de sua criminalidade.

Atualmente, a maioria penal no Brasil é fixada aos dezoito anos de idade, portanto todo aquele que comete crime e não tem dezoito anos ao praticar tal ato, não há o que se falar em crime e sim ato infracional, o mesmo homicídio simples cometido por um indivíduo maior de dezoito anos e que tem aplicação de pena de seis a vinte anos de reclusão prevista no código penal, se cometido por menor de dezoito anos se caracteriza como infração, não podendo ser aplicada pena superior a três anos de reclusão.

Sabe-se que o perfil das crianças e adolescente mudou muito com a globalização, o acesso à informação e a própria evolução do ser humano. O menor de vinte e trinta anos atrás não é o mesmo menor de hoje. Seu desenvolvimento psíquico, social, cultural e familiar mudou. Suas oportunidades mudaram seu conhecimento e sua parcela de participação na sociedade também.

Hoje, aos 16 anos, o jovem vota, se quiser, pode testemunhar em juízo, ser emancipado; ter trabalho reconhecido como aprendiz com todos os direitos e garantias dados aos trabalhadores maiores de 18 anos. Assim, o direito brasileiro reconhece que a partir os 16 anos o adolescente tem condições de assumir responsabilidades por seus atos.

A sociedade está em busca do desenvolvimento de ações que possam implantar normas para regulamentar e assegurar maior efetividade às medidas de segurança a ela aplicada.

Sendo assim, pergunta-se: Qual seria a viabilidade da reformulação do texto Constitucional visando responsabilizar legalmente os crimes cometidos por menores de 18 anos?

Com o objetivo de elucidar o tema proposto, os métodos utilizados para a realização deste trabalho fundamentam-se numa pesquisa bibliográfica de cunho qualitativo em diversos tipos de publicações como livros, artigos e internet, além da consulta à própria legislação condizente ao tema proposto.

A hipótese levantada foi: A possibilidade de reformulação do texto Constitucional permitiria a igualdade de responsabilização de crimes cometidos pelos menores.

2 CRIME

Conforme Gasparini (2001), crime é toda ação do homem assim considerada por lei. Crime, portanto, é conceito legal. É importante destacar, de um lado, que só o homem pratica crime, e, por conseguinte, ele é o único ente que pode ser criminoso.

De outro modo, se a ação do homem não foi, por lei, considerada crime, nenhum delito de natureza penal foi cometido.

2.1 Elemento subjetivo do crime: dolo e culpa

Entende-se como dolo a vontade expressa de forma consciente na prática da ação delituosa, vez que ao dolo está diretamente ligada à vontade.

Capez (2010) assevera o conceito de dolo como a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente é a vontade manifestada da pessoa humana de realizar a conduta.

Mirabete (2006) conceitua o crime culposos como a conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia com a devida atenção ser evitado.

3 IMPUTABILIDADE

Segundo Damásio de Jesus (2002. p. 280), "imputabilidade objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico"; é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.

Greco (2013, p. 387) leciona que “a imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção”.

Para Damásio (2002, p. 469), “a imputabilidade penal é o conjunto das condições pessoais, que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”.

O Código Penal em seu art.26 e art.28 parágrafo 1º dá então a interpretação que se, o indivíduo incapaz de compreender o caráter ilícito do fato em razão de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou até mesmo de uma embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, não deve responder pelo seu ato praticado, ou seja, não é culpável, vez que, juridicamente, considerá-lo-á inimputável.

Nos termos do artigo 26, *caput* do Código Penal Brasileiro, Damásio (2002, p.470) diz que, fornece *a contrário sensu*, o conceito de imputabilidade, não é imputável o agente que, no momento do fato, em decorrência de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, a *capacidade* de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Conforme Greco (2013), o parágrafo único do art. 26, prevê ainda, uma redução de pena de um a dois terços para aquele que, em virtude da perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardo, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, em que, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico (GRECO, 2013, p.390).

Nos dias de hoje, o espalhamento do medo crescente por alguns crimes cometidos por menores ganham repercussão nos meios de comunicação de massa e causam revoltas nos indivíduos honestos que lutam todos os dias a fim de manter a sua integridade e a integridade de sua família.

Segundo Greco (2013), a preocupação com a maioria penal levou o legislador constituinte a inserir no Capítulo VII da Constituição Federal um artigo específico, assim redigido: Art. 228: “São inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (GRECO, 2013, p. 390).

Nesse sentido, observa-se uma semelhança entre o art. 228 da Constituição Federal e o art. 27 do Código Penal que reza: Art. 27 – “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 98).

Damásio (2002, p. 471) diz:

O artigo 27 afirma que os menores de 18 anos de idade são “plenamente inimputáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial (ECA e leis complementares). A menoridade penal também constitui causa de exclusão da imputabilidade, encontrando-se abrangida pela expressão “desenvolvimento mental incompleto”.

Evidencia-se, portanto que a legislação penal não acompanhou o avanço do desenvolvimento do agente e a relevância deste na conduta livre e consciente ao cometimento do ato por simples acaso de sua idade.

Porém, evidenciar-se o avanço da legislação que considera o mesmo menor de dezoito anos capaz de praticar outros atos da vida civil tão importante para toda a sociedade como eleger um governante; ter condições de trabalho reconhecidas e

legalizada; se emancipar sem necessidade de autorização, firmar que ao praticar atos criminais de enorme ofensa a sociedade e aos direitos e garantias de todo e qualquer indivíduos não tem condições de responder por

esses atos. Pode o menor até entender o caráter criminoso do seu ato, mas a lei presume que por força de sua menor idade, ele não sabe o que faz, adotando e privilegiando assim o caráter biológico nesta hipótese, como nos ensina CAPEZ (2010).

Não se pretende aqui defender a redução da maioridade como fator que irá dirimir as mazelas da violência praticada por menores, mas analisar a possibilidade de uma maior responsabilização a esses menores por seus atos cometidos.

De acordo com o entendimento de Greco (2013, p. 391):

“Apesar da inserção no texto da Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4º, do art. 60 da Carta Magna”.

Para Greco (2013), o argumento de que ao inimputável por imaturidade natural que pratica um ato infracional será aplicada uma medida socioeducativa, nos termos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), não tem o condão de convencer a sociedade, que cada dia pugna pela redução da maioridade penal para os 16 anos.

4 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

De acordo com o Capítulo IV, das medidas socioeducativas da Lei 8069/90 estipula em seu Artigo 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 serviço 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.

De acordo com Pereira (2011), as medidas socioeducativas são aplicadas apenas a jovens acusados de cometerem infração penal. Essas medidas não podem ser consideradas como “pena”, tendo em vista a finalidade e natureza jurídica delas ser diversa daquela. Enquanto a pena propriamente dita tem caráter imediato de punição, a medida socioeducativa possui caráter pedagógico, tem a finalidade específica de educar o jovem e inseri-lo no convívio social, evitando, assim, sua reincidência.

Segundo Ishida (2010) citado nos estudos de Santos *et al* (2013), “quando o adolescente praticar um ato infracional, cabe ao Ministério Público representação contra este, representado cabe ao juiz sentenciar qual a medida adequada a ser cumprida”.

Para Aguirre e Ferreira (2012) *apud* Santos *et al* (2013), somente o juiz da vara da infância e da juventude pode aplicar medida socioeducativa ao adolescente, sendo que se outra pessoa aplicar torna-se ato nulo, este é o posicionamento do STJ, que sancionou a sumula 108 “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do Juiz” (AGUIRRE, FERREIRA, 2012, p.51 *apud* Santos *et al* 2012, p. 19).

Vale destacar que são várias medidas na tentativa de ressocialização do menor, porém, como bem diz Silva (2011, p. 29), “não basta atender somente o menor em todas as suas necessidades e carências. É preciso que sejam atendidos também os anseios da sociedade”.

Enquanto ao menor é fornecido todos os tipos de ajuda possíveis, a sociedade carece de justiça quando vê que, um menor, responsável por um

roubo, um sequestro ou até mesmo responsável por um estupro não está sendo responsabilizado como agente capaz de entender e justificar seus atos.

A violência praticada por indivíduos cada vez mais jovens vem despertando na sociedade a necessidade de revisão dos critérios adotados pela legislação como forma de prevenção e sanções aplicadas a crimes de grande potencial ofensivo para tentar assim igualar a aplicação dos dispositivos legais de forma igual ao crime praticado.

CONCLUSÃO

Permitiu-se, no presente trabalho analisar que a Constituição Federal visa garantir direitos e assegurar deveres inerentes a todos os cidadãos. A Redução da Maioridade Penal não busca prejudicar o menor, mas sim, proteger a sociedade como um todo tendo em vista que, aos 16 anos o cidadão já é considerado capaz para alguns atos da vida civil. Busca-se com a redução, a condição de imputar àquele que praticou um ato criminoso, o dever legal de “pagar” por suas ações. Pretende-se atender a demanda da sociedade em busca de maior sensação de segurança, pois o que se vê hoje é menores praticando crimes vez mais graves.

Aos 16 anos, o jovem vota, se quiser, pode testemunhar em juízo, ser emancipado mesmo sem o consentimento, os pais se este possuir meios de subsistência; ter trabalho reconhecido como aprendiz com todos os direitos e garantias dados aos trabalhadores maiores de 18 anos. Assim, o direito brasileiro reconhece que a partir os 16 anos o adolescente tem condições de assumir responsabilidades por seus atos.

A legislação brasileira definiu a idade de responsabilização penal na CRFB88 em seu artigo 228; no CP e no ECA determinando assim, quais indivíduos ficam sujeitos à legislação especial do Estatuto da criança e adolescente e quais serão julgados pelo Código Penal.

A violência praticada por indivíduos cada vez mais jovens vem despertando na sociedade a necessidade de revisão dos critérios adotados pela legislação como forma de prevenção e sanções aplicadas a crimes de grande potencial ofensivo para tentar assim igualar a aplicação dos dispositivos legais de forma igual ao crime praticado.

Assim, ao se admitir a possibilidade da redução não se prevê a diminuição de direitos, pois a Constituição prevê em seu artigo 5º que: "LIII ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", assim sendo, o juízo da causa há de verificar no caso concreto a admissibilidade da aplicação da pena que melhor atenda a necessidade de responsabilização ao ato praticado tratando de igual forma, atos de igual natureza.

A CRFB88 diz que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim é inegável o tratamento diferente dado ações iguais. A partir das análises feitas até aqui dos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à redução verifica-se que não há uma pacificação, sendo o tema extremamente polêmico.

Uma questão importante a ser observada é a complexidade da questão ao tratamento diferenciado e a perspectiva de punição para o menor em relação ao maior. A valoração da punição não deve ser vista como motivo de encarceramento dos jovens e sim como uma forma de coibição à prática de crimes, principalmente crimes violentos, como tem acontecido cada vez com mais frequência e a parcela de jovens cada vez mais novos figurando neste meio.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Estatuto da criança e do adolescente* (1990). Disposições constitucionais pertinentes: Lei 8069 de 13 de julho de 1990. 6ª ed. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70318/64.pdf?sequence=3>> Acesso em: 06 fev 2016.

_____. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela Lei nº 9.777 em 26/12/98. Disponível em: <[http://www.oas.org/juridico/nla/pt_bra-in-](http://www.oas.org/juridico/nla/pt_bra-in-text-cp.pdf)

[text-cp.pdf](http://www.oas.org/juridico/nla/pt_bra-in-text-cp.pdf)> Acesso em: 03 mar 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol.1. São Paulo: Saraiva 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. 2 ed atual. São Paulo Editora NDJ, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de direito Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 1º V. 25ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva 2002.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal* – parte geral. 23ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Laila Cristina Nogueira. *A redução da maioria penal*. 2011. Disponível em: < <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-43126d4f992ce1af994e08e45dbe80e8.pdf>> Acesso em: 18 fev 2016.

SANTOS, Tuany Jéssica dos; VOLPE, Luiz Fernando Cassilhas; SILVEIRA, Fabrício Cardoso da. *A redução da maioria penal: imputabilidade do menor nos dias atuais*. 2013. Disponível em: view/96> Acesso em: 13 fev 2016.

SILVA, Rosana Maria da. *Redução da maioria penal*. 2011. Disponível em:

//www.unipac.br/site/bb/tcc/dir5.pdf> Acesso em: 16 fev 2016.

UMA ANÁLISE ACERCA DO IDOSO NA SOCIEDADE

ANA CRISTINA FERREIRA DE BARROS:

Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE; Graduanda em Curso Superior de Direito.

RESUMO: Este trabalho apresenta, de forma sistemática e crítica, uma breve análise acerca da polêmica questão da violência contra o idoso, com fundamentos em leis internacionais, pátrias, jurisprudências, doutrinas e demais fontes de pesquisas, evidenciando o que motiva os agressores à praticarem tais atos, assim como demonstra o receio das vítimas em denunciarem tais atos à autoridades competentes. Ademais, demonstra que os direitos e garantias fundamentais dos idosos não são assegurados pelo Estado, demonstrando assim, a ineficiência das políticas públicas. Mostra ainda o quantitativo de denúncias feitas no Estado do Pernambuco, demonstrando que as políticas públicas adotadas pelo Governo do Estado não são suficientes para coibir tais atos.

Palavras chaves: Idoso, Estatuto do Idoso, Violência, Política Nacional do Idoso, Direito.

Sumário: 1. Introdução. 1.1 Conceito de Idoso no Brasil. 1.2. O envelhecimento da população. 1.3. O idoso e a sociedade. 2. Direito do Idoso. 2.1. Princípios constitucionais garantidos aos idosos. 2.2. Política Nacional do Idoso. 2.3. Estatuto do Idoso. 3. Violência contra os idosos. 3.1. 3.1. Violência contra o idoso no Estado do Pernambuco. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar, o idoso na sociedade e na família, sobretudo, analisando, o desrespeito, o descaso e a violência contra os idosos e as devidas normas lançadas para combate dos atos ilícitos.

Acompanha-se discussões acerca do tratamento dispendido aos idosos, independentemente de região, constatando-se que os passam ao passar dos dias.

A responsabilidade inerente ao idoso, pertence a família, a sociedade e ao Estado, conforme disposição constitucional em seu art. 230, no entanto, reiteradamente é colocado a prova diante dos acontecimentos demonstrados nos meios de comunicação em massa.

A família, a sociedade e o Estado possuem o dever legal de amparar os idosos, assegurando-lhes participação na comunidade, protegendo-lhes sua dignidade e assegurando-lhes o direito à vida.

Visando proteger e tutelar os interesses dos idosos, em 2003 tramitou e foi aprovado no Congresso Nacional o Estatuto do Idoso, sendo sancionado pelo Presidente da República. A mencionada lei estabelece entre várias medidas, a tipificação de crimes contra o idoso, proibindo, inclusive, que estes sofram discriminação por parte dos planos de saúde, nas ocasiões em que são cobrados valores diferenciados em razão da idade. Ademais, dispõe ainda acerca de determinações quanto ao fornecimento de medicamentos, que em alguns casos são fornecidos pelo Estado.

Apesar da existência de inúmeras leis tutelando seus direitos, os idosos de um modo geral ainda encontram resistências na sociedade, sejam em razão de dificuldades físicas, mentais ou meramente burocráticas. Diante de tais dificuldades, em muitos os casos, silenciam e tornam-se cúmplices de tamanha barbárie.

1.1. CONCEITO DE IDOSO NO BRASIL

Idoso é considerado uma pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais, sendo que a idade cronológica não é um marcador preciso para as mudanças que acompanham o envelhecimento.

Envelhecer é um processo natural que caracteriza uma etapa da vida, e, dá-se por mudanças física, psicológicas e sociais que influenciam de forma particular cada indivíduo. É necessário delimitar uma faixa etária para o idoso brasileiro, principalmente na formulação da política pública e na demarcação

de grupo populacional dos beneficiários, focando os recursos e concebendo direitos a esta população.

O conceito de idoso será diverso de acordo com o país, seja ele desenvolvido ou em desenvolvimento, conforme dispõe a Organização Mundial de Saúde – OMS, a exemplo, nos países em desenvolvimento são aqueles com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos).

1.2. O ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO

Insta salientar que há países na Europa e na América do Norte em que predominam pessoas com a faixa etária mais elevada. Esse fenômeno mundial é tido como o envelhecimento populacional.

No Brasil, assim como nos demais países em desenvolvimento, esse fenômeno mundial gera desafios para as gerações futuras, visto que, essa realidade massiva de envelhecimento resultará em questões sociais e econômicas, considerando que nos países desenvolvidos este fenômeno foi de forma gradativa, o que não acontece com os países em desenvolvimento, sendo, assim, um evento que possui maiores proporções aos setores de desenvolvimento.

Consoante estudos da Organização das Nações Unidas – ONU, há previsão para o ano de 2025 uma estimativa de 01 (um) bilhão e 200 (duzentos) milhões de pessoas que pertençam a faixa etária igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Ainda conforme a ONU, em 1950 esses números chegavam perto de 200 (duzentos) milhões de pessoas.

É cediço que o aperfeiçoamento nutricional, assim como as melhorias sanitárias e ambientais, contribui para o aumento de pessoas idosas. Consequente, nota-se ainda que há países que possuem regras e políticas que restringem a taxa de natalidade, buscando, portanto, alavancar o sucesso mundial, a exemplo de Mônaco que possui a economia extremamente forte, e, a taxa de pessoas com 0 a 15 anos é de apenas 12,3%.

No Brasil, conforme estudos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, revelou que atualmente no país tenham em torno de 12% de idosos, sendo eles, 55,7% de mulheres e 44,3% de homens.

Esse fenômeno mundial ocorre em razão da diminuição da taxa de fecundação, taxa esta que mede o número médio de filhos nascidos vivos que uma mulher poderia ter em seu período reprodutivo.

Por fim, em razão do envelhecimento da população, existirão inúmeros desafios para os governantes, o que implica em desenvolvimento, aperfeiçoamento e implantação de políticas públicas capazes de atender as necessidades desta classe. devendo, portanto, dar enfoque às questões social e econômica.

1.3. O IDOSO E A SOCIEDADE

Percebe-se que são inúmeros os termos usados para se referir aos idosos, tais como, velho, ancião, terceira idade, melhor idade, idoso, ente outros. No entanto, em razão do negativismo que o termo velho impõe, o termo mais correto e mais utilizado, é idoso. Outrora, o termo idoso possui origem latina, que significa alguém cheio de idade.

A sociedade atual preza pela juventude e beleza, na qual, a ideia de amadurecer, se tornar idoso, está vinculada à demência, decadência física e mental, bem como à dependência.

Nota-se que é de suma importância ter em mente que o envelhecimento é um processo natural, em que todos os seres humanos irão ser atingidos, sendo assim, temos que o envelhecimento é um processo biossocial.

Ao realizar uma análise a respeito dos idosos, toma-se por base que o envelhecimento populacional é um fenômeno global, considerando que no Brasil o processo de tutelar os idosos iniciou-se a partir de 1960.

A população brasileira era composta de 42% de jovens com idade inferior a 15 (quinze) anos, em detrimento a representatividade de apenas 2,5% da população de idosos. Acompanha-se que a cada ano cresce a população acima de 60 (sessenta) anos, em que alguns presentes nessa faixa etária passam a sentirem-se inseguros com a dificuldade de locomoção, acesso à saúde, à educação e a outros serviços postos à disposição, sendo visível o sentimento de impotência e de empobrecimento.

A sociedade brasileira passa a acompanhar dia após dia a dificuldade de ser idoso nos dias de hoje, seja pela baixa qualidade de vida, seja pelo desrespeito, ou ainda pela falta de assistência social que deveriam perceber.

Pessoas a partir dos 60 (sessenta) anos englobam aproximadamente 11,5% da população brasileira, fato que pode propiciar um aumento considerável de mais da metade até o ano de 2050 (dois mil e cinquenta). Ademais, é de fundamental importância que hajam intervenções por parte dos órgãos governamentais, implementando, assim, políticas públicas capazes de minimizar as mazelas enfrentadas por pessoas acima dos 60 (sessenta) anos, bem como protegê-las das explorações, agressões ou qualquer outra forma de violência.

2. DIREITO DO IDOSO

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDOS AOS IDOSOS

É cediço que os princípios são indispensáveis à elaboração das normas, sejam elas constitucionais ou infralegais. Nesse sentido, a Carta Magna brasileira possui em seu texto os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Dentre os diversos princípios elencados no texto constitucional, destaca-se como principais direcionados aos idosos, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem como principal objetivo colocar o ser humano no centro da organização, sendo vedada a utilização de outro referencial. Sendo assim, é um fundamento constitucional previsto no art. 1º, inc. III, devendo, portanto, ser reconhecido, respeitado, protegido, sendo vedado sua retirada, visto que, é inerente a cada ser humano.

Já em relação ao princípio da igualdade, tem-se que este determina que o tratamento oferecido à população seja equitativo, sendo vedada a elaboração de normas que são contrárias a isonomia entre a população.

Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade tem respaldo no art. 5º, caput da Constituição Federal, vejamos:

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.

Diante do princípio da igualdade, decorrem diversos princípios constitucionais, tais como, proibição ao racismo, proibição de diferença salarial por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil, podendo todos estes serem direcionados aos idosos.

2.2. **POLÍTICA NACIONAL DO IDOSO**

Em 1994 foi instituída a Lei 8.842 (Política Nacional do Idoso) em que estabelece normas de proteção ao idoso, possuindo como finalidade assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação na sociedade, como determina o art. 1º da mencionada Lei.

A legislação apresentou melhorias relacionadas à classe tutelada, fornecendo alternativas de assistências ao idoso, tais como, educação, previdência social, justiça, trabalho, cultura, entre outros. A edição desta lei tinha como escopo inserir os idosos na vida socioeconômica do país, contribuindo, assim, para o seu desenvolvimento.

A Política Nacional do Idoso determina que a família, a sociedade e o Estado possuem o dever de assegurar aos idosos todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida, e, que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos, não sendo permitido que essas pessoas venham a sofrer qualquer discriminação.

Apesar da Política Nacional do Idoso conter diversos direitos e garantias fundamentais ao idoso, este não tinha previsão acerca das sanções aos agentes que praticassem atos ilícitos contra os idosos.

Sendo assim, se fez necessária a prolação de leis mais severas, buscando ampliar a proteção do idoso, nos âmbitos federal, estadual e municipal, considerando que a violência e negligência vinham aumentando.

Ademais, é sabido que a família, a sociedade e o Estado possuem a responsabilidade de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação, defendendo sua dignidade e garantindo o direito à vida, conforme os termos do art. 230 da CF/88. Diante disso, percebe-se a preocupação do legislador com essas pessoas, conseguinte, as demais legislações infralegais seguiram o mesmo entendimento, buscando assegurar ao idoso tratamento digno.

2.3. ESTATUTO DO IDOSO

Considerando o alto índice de violação aos direitos dos idosos, o legislador editou a Lei 10.741/2003 com a finalidade de ratificar os direitos inerentes ao idosos, prevendo ainda, sanções aos infratores.

O Estatuto do Idoso é uma legislação com maior abrangência que a Política Nacional do Idoso (1994), em razão de garantir aos idosos a amplitude de direitos e garantias, tais como, direito à vida, à liberdade, à dignidade, ao respeito, à previdência social, à habitação, bem como regulando acerca dos crimes contra os idosos e suas penalidades e medidas de proteção.

Importante ressaltar que o Estatuto do Idoso destaca em seu art. 2º os direitos fundamentais dos idosos, vejamos:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O Estatuto é um exercício de cidadania que busca resgatar a dignidade da pessoa humana, no qual transforma em crime, punido com penas de até

12 (doze) anos de prisão, os atos de maus tratos ou qualquer outra forma de agressão contra as pessoas que compõem a classe da terceira idade, proibindo, ainda, a discriminação no planos de saúde, assegurando o fornecimento obrigatório de medicamentos.

É evidente que o Estatuto do idoso tem como objetivo proporcionar aos idosos um tratamento condizente com sua condição especial, conferindo-lhes ferramentas necessárias para construção de sua identidade cidadã, conseguinte, conquistando autonomia. Incontável as garantias e os direitos trazidos pelo Estatuto aos idosos, garantindo ainda a harmonia e a inclusão social dos idosos.

Nota-se que o Brasil não é mais um país jovem, diante disso, o legislador busca através da edição do Estatuto do Idoso garantir que esse novo perfil social que viva de modo que possuam isonomia na sociedade, assim como, sejam-lhes garantidos os demais direitos previstos na legislação.

Por fim, importante ressaltar que o Brasil se revela como o país que possui mais normas que tutelam os idosos, no entanto, se faz necessária a instituição de políticas públicas direcionadas à esta parcela da sociedade.

3. VIOLÊNCIA CONTRA OS IDOSOS

Como se sabe, os idosos sofrem diversos tipos de violações, desde violência física, emocional, financeira e psicológica. Essas agressões não são fenômenos novos, são fatos decorrentes desde às civilizações mais antigas.

Os primeiros abusos contra os idosos ganharam repercussão em 1975, enquanto que no Brasil ocorreram os primeiros casos com repercussão na década de 1990.

Se faz necessário entender o conceito de violência, que nada mais é o emprego de diversas formas capaz de causar danos físicos, mentais ou morais a outrem. Já o art. 19, §1º do Estatuto do Idoso, entende que violência é qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico, vejamos:

Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos:

§ 1^o Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.

A violência contra o idoso é manifestada através de três formas, quais sejam, estrutural, interpessoal e institucional. A primeira nos remete às desigualdades sociais, no que diz respeito à situação socioeconômica do idoso, considerando que estes, em sua grande maioria não possuem capacidade econômica, manifestando, assim, sua vulnerabilidade.

A segunda forma de manifestação de violência contra o idoso ocorre quando a violência decorre dos atos da vida cotidiana. Por fim, a institucional ocorre quando está intimamente ligada ao Estado, sendo ele o sujeito ativo da agressão, pois, quando há omissão de políticas públicas e pelos os órgãos de assistenciais, fomentam a discriminação contra o idoso.

Importante ressaltar que as agressões aos idosos nem sempre são físicas, podem ser psicológicas, financeira ou ainda em forma de negligência de cuidados específicos, sendo assim, tudo aquilo que possa ferir de alguma forma o idoso é tido como violência.

Comumente vemos notícias midiáticas em que relatam os abusos sofridos pelos idosos. A exemplo, colaciona-se um trecho constante na notícia datada de 2015, vejamos:

Em Itatinga, um homem foi preso por enganar idosos em cinco cidades da região. Ele se passava por agente de saúde e oferecia um plano de assistência médica de graça. Os aposentados eram obrigados a responder a um falso questionário, que incluía

informações sobre as contas bancárias. Com uma boa conversa, o golpista conseguia a senha do banco e ia embora com o cartão da vítima.

Ainda de acordo com reportagem veiculada na mídia, um idoso foi roubado com o uso excessivo de violência, vindo a óbito posteriormente. Um dos agressores já havia prestado serviços à família da vítima, vejamos:

Criminosos usaram de muita violência para roubar R\$ 500 de um aposentado de 78 anos em Bauru. O idoso não resistiu aos ferimentos e morreu. Imagens do circuito de segurança de casas da vizinhança ajudaram a polícia a prender os dois criminosos. O filho do aposentado, Jeaneir Bento, conta que um dos agressores já tinha feito serviço de jardinagem na casa da família.

Diante disso, percebe-se o ato ilícito pode decorrer de pessoas próximas e até dos próprios familiares da vítima. Consequente, a vítima, o idoso, sente ainda mais dificuldades de buscar ajuda à sociedade ou ao Estado.

Não obstante, em uma sociedade em que predomina o individualismo social, essas denúncias podem não ocorrer. As vítimas, poderiam ser os principais denunciadores, no entanto, não exercem esse papel, visto que, temem às consequências, tais como, aumento da violência, medo de ser abandonado, bem como tem vergonha de expor sua situação.

A forma mais comum de violência que ocorre é a física, visto que, a sociedade de um modo geral consegue observar, diante dos hematomas que permanecem, sendo, portanto, de fácil percepção. Alguns profissionais da saúde possuem dever ético de denunciar a violência sofrida pela vítima, no entanto, deve-se deixar claro que a sociedade tem o dever moral de denunciar essas práticas, mas não o fazem.

3.1. VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO NO ESTADO DO PERNAMBUCO

Atualmente no Estado do Pernambuco os números de violência contra o idoso são alarmantes, considerando o aumento de denúncias acerca da violação dos direitos dos idosos, denúncias essas que ultrapassam em cinco meses o ano anterior (2017) em três vezes.

De acordo com o Centro Integrado de Atenção e Prevenção a Pessoa Idosa – CIAPPI, as denúncias que informam diversos tipos de violações chegam em torno de 304 (trezentos e quatro). Importante ressaltar que o órgão responsável recebeu somente nos cinco primeiros meses de 2018, 304 denúncias, portanto, até o fim do ano corrente, esse número poderá ter aumentado.

O CIAPPI é um órgão vinculado à Secretaria Executiva de Direitos Humanos – SEDH, em que recebe as denúncias e direciona aos órgãos responsáveis, monitorando, assim, os processos e realizando visitas *in locu* nos locais denunciados. A CIAPPI atua com atendimento especializado, sendo formado por equipe multidisciplinar, prestando serviço de orientação psicossocial e jurídica.

Conforme a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos as denúncias mais recorrentes são de negligência, maus-tratos, violência financeira e abandono. No Estado do Pernambuco estima-se que a classe de idosos chegue em torno de 900 (novecentos) mil, no entanto, o Governo do Estado ainda não está preparado para enfrentar os problemas decorrentes do crescente número, afirma Pedro Eurico, Secretário de Justiça e Direitos Humanos de Pernambuco.

Recentemente, na cidade de Petrolina-PE houve uma reunião na qual a Curadoria dos Idosos intimou todas as empresas de ônibus atuantes na Comarca, bem como a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, para discutir acerca dos direitos e garantias dos idosos que estavam sendo descumpridos pelas respectivas empresas. Em oportunidade, a procuradora informou que os descumprimentos são recorrentes, conforme relatos das vítimas, informando ainda, que está tramitando perante o Ministério Público Federal da Comarca de Petrolina-PE um procedimento para responsabilizar as empresas que não cumprem as legislações voltadas aos idosos.

Desta maneira, nota-se que no Estado do Pernambuco são fatos recorrentes de violações aos direitos e garantias dos idosos, não possuindo o Governo do Estado o controle total das situações, devendo implementar políticas públicas para que haja respeito à essa classe.

4. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, é de fácil percepção que há os idosos que são ativos, aquele que move diversos setores do mercado, bem como àquele excluído do meio social em que vive. Fatos estes decorrem do envelhecimento populacional mundial, gerando grandes repercussões sociais e econômicas.

Em decorrência do envelhecimento mundial, tem-se observado o aumento de normas internacionais e nacionais. Ocorre que, em alguns Estados não são conferidos aos idosos direitos constitucionais, sendo essas pessoas reguladas apenas por leis esparsas. No Brasil, o ordenamento jurídico contemplou os idosos com diversos direitos e garantias desde a Política Nacional do Idoso de 1994, com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto do Idoso de 2003.

Tem-se evidente que a violência que ocorre contra os idosos não é um fato isolado no Brasil, mas também em diversos outros países. Entretanto, o Brasil não dispõe de dados nacionais oficiais que evidenciem o quantitativo referente à violência, cabendo a outros órgãos fazer levantamentos e estatísticas, tais como, o Centro Integrado de Atenção e Prevenção a Pessoa Idosa – CIAPPI.

Como já bem explanado, as denúncias de violências podem não ocorrer por diversos motivos, tais como, vergonha e temor da vítima, o idoso, bem como, o individualismo social, ou seja, o agente tem ciência do ocorrido, no entanto, prefere silenciar. Consequente, são diversos os tipos de violências praticadas contra os idosos, que podem variar de abandono, violência física, financeira, sexual e psicológica. Para tanto, o Estatuto do Idoso prevê sanções para os agentes que praticam os respectivos crimes.

Ademais, percebe-se que no Estado do Pernambuco está se tornando comum as denúncias relatando abusos contra os idosos, considerando que,

de acordo com o CIAPPI, o número de denúncias nos primeiros cinco meses foi três vezes maior que o ano de 2017.

O Brasil apesar de ser um dos países com maior número de normas que regulam os direitos e garantias dos idosos, é também um dos países com maior incidência de condutas que atentam contra os idosos.

Por fim, é de extrema importância que o Estado enquanto um dos garantidores dos idosos, promova a formulação e implantação de políticas públicas emergenciais, tais como, implementar nas escolas públicas ações educativas, elabore planos de governo voltados à classe, proporcionando, assim maior dignidade, resguardando seus direitos e garantias no presente e no futuro.

5. REFERÊNCIAS

BOAS, Marco Antônio Vilas. Estatuto do Idoso Comentado. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Estatuto do Idoso (2003). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>.

BRASIL. Notícia midiática. Disponível em: <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/08/casos-de-violencia-contr-os-idosos-cresceram-16-em-um-ano.html>

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica / Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. – 5º ed. – São Paulo : Atlas, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra os idosos. Disponível em: <http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/eixos/3.pdf>.

A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO WAGNER LUIS BARBOSA GOCKOS

WAGNER LUÍS BARBOSA GOCKOS:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEOB e Pós-Graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a contratação direta pela Administração Pública, valendo-se da Inexigibilidade de Licitação, em análise ao Art. 25 da Lei 8.666/93, que baliza a contratação pela Administração Pública valendo-se esta modalidade permite pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Administração Pública; Licitação; Inexigibilidade; Gestor Público,

Abstract: The present work deals with the direct procurement by the public administration, taking advantage of the non-requirement for tender, in analysis of the Art. 8,666/93 law 25, that net hiring by Public Administration using this modality allows for the Brazilian legal system.

Keywords: Public Administration; Bidding; Non-requirement; Public Manager.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO; 3. A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO DESCRITA NO CAPUT DO ART 25 DA LEI 8.666/93; 4. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO I, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93; 5. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO II, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93; 6. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO III, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93; 7. CONCLUSÃO e 8. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O Legislador Constituinte ao arquitetar o texto de nossa Constituição de 1988, incutiu em seu bojo a necessidade de que, a prévia licitação determina uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública, levando-se em conta o princípio da Isonomia.

Porém o próprio texto constitucional prevê situações em que a Administração Pública poderá celebrar contratações de maneira direta, desde que permitidas por Lei.

Desta feita, a Lei 8.666/93, prevê basicamente duas situações em que se é possível realizar tais contratações, sendo: Dispensa de Licitação e Inexigibilidade.

Em ambos os casos, conforme preceitua o Art. 26 da Lei de Licitações, deverá seguir o prazo de 5 dias para ratificação e publicação na imprensa oficial. Assim como deverão conter elementos probatórios que visem como: I - Comprovação da situação calamitosa ou emergencial; II - Razão da escolha realizada; III – Justificativa do Preço e IV – Documentos de aprovação dos projetos de pesquisa relacionais aos bens alocados.

2. A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

O instituto da inexigibilidade de licitação encontra-se descrito no Art. 25 da Lei nº 8.666/93, a licitação é inexigível quando não se é inviável a competição, nas lições de Toshio Mukai, diz: "*A inviabilidade de competição que embasa a inexigibilidade de licitação, prevista no caput do art. 25, deve ser suficiente e bem fundamentada, demonstrando-se a existência real e efetiva inviabilidade de competição.*" (2008, p. 86).

Para Marçal Justen Filho (2016, p.369):

"Inexigibilidade de licitação é conceito que, sob o ângulo teórico, antecede o de dispensa. É inexigível a licitação quando for inviável a disputa entre particulares pelo contrato. Havendo viabilidade de disputa, é obrigatória a licitação,

excetuosos os casos de "dispensa" autorizados por lei."

Considerando estas duntas lições, podemos dizer que, a Administração de antemão, deverá verificar se a Licitação é exigível ou inexigível, pois a ela deriva da natureza das coisas.

A inviabilidade de competição se comprovará quando houver:

- Ausência de pluralidade de alternativas;
- Ausência de "mercado concorrencial";
- Impossibilidade de julgamento objetivo;
- Ausência de definição objetiva da prestação.

Configuram situações de inexigibilidade no Art. 25 da Lei 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Analisando a Inexigibilidade e dispensa de licitação encontramos diferenças cabais, essa última é caracterizada por um rol taxativo e exaustivo, que descreve quais possibilidades de escolha na dispensa, a competição é viável, porém os frutos advindos não seriam os melhores para a administração pública. Já na Inexigibilidade, a lei elenca de maneira subjetiva e exemplificativa às possibilidades em que se torna inviável a competição.

O conceito de inviabilidade não é simples e único, ataca diversas modalidades, sendo a inviabilidade uma consequência advinda de diferentes causas e pressupostos decorrentes da ausência de pressupostos inerentes ao processo licitatório.

Na inexigibilidade não se encontram pressupostos inerentes à licitação, o que tornam o procedimento inviável, a corrente doutrinária divide as causas que tornam esta inviabilidade em dois grandes grupos, como as lições de Marçal Justen Filho, que assevera:

“As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado”. (2016, p. 572).

Basicamente o primeiro grupo compreende os casos de inviabilidades advindas da ausência de pluralidade, ou seja, existe apenas um competidor apto a ser contratado, já no segundo grupo, não encontramos questões “numéricas”, pois pode haver vários entes aptos para satisfazer o interesse da Administração, porém o divisor de águas neste caso, é a natureza da atividade e sua peculiaridade atinente a própria função desempenhada. A Competição se torna inviável em virtudes de características do objeto.

A doutrina estabelece com base em todo o art. 25, as situações que configuram a ausência de pressupostos de viabilidade. Sendo que, a ausência de Pluralidade de alternativas ocorre quando a competição se torna inviável em virtude da falta de alternativas a serem escolhidas, a solução para resolver o problema administrativo é única e um único particular está capacitado para exercer tal função.

Diferentemente dos casos onde a Administração recebe propostas, podemos vivenciar uma situação em que a Administração que deveria formular propostas, isto é, fruto da inviabilidade concorrencial de mercado, quando o serviço a ser prestado advém de atividade personalíssima, ou seja, atinente à intelectualidade e criatividade humana, sendo algo abstrato, nesse mesmo sentido ocorre situações em que faltam maneiras de avaliar objetivamente a seleção, mesmo que seja possível a pluralidade de competição, porém a falta de pressupostos objetivos de avaliação, pois se trata de fatores intelectuais, artísticos, criativos, etc., ficando assim inviável a competição.

Outra situação análoga aos exemplos acima, está relacionada a casos em que o conteúdo da obrigação se estenderá e terá evidência ao longo de sua

execução, a competição se inviabiliza pela não existência prévia e exata das prestações referentes ao serviço ao longo do contrato, a execução perfeita do objeto é incerta, pois dependerá da presteza intelectual, como por exemplo a contratação de um advogado pela Administração Pública.

A inviabilidade deverá calçar-se em algumas situações, quando aquele for a única alternativa possível de contratação, quando configura-se o estado exclusivo da contraprestação. Devendo-se também, analisar todas as circunstâncias territoriais que configuram tal inviabilidade de competição dentro daquela localidade (município, estados e união).

3. A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO DESCRITA NO CAPUT DO ART 25 DA LEI 8.666/93

Acredita-se erroneamente que a inviabilidade calça-se apenas nos incisos do Art. 25 da Lei de Licitações e Contratos, pois o rol descrito é meramente exemplificativo e restritivo, que nos remete a estabelecer requisitos que autorizam a contratação direta.

O caput Art. 25 goza de autonomia normativa, podendo uma contratação direta ser realizada com base apenas nele de maneira exclusiva e direta, pois configura a existência de inviabilidade de competição, esta por sua vez, não descrita nos incisos seguintes.

4. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO I, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93

O rol exemplificativo do inciso I, traz à baila que trata-se de compras com fornecedores exclusivos, entretanto não afasta a possibilidade de contratação de obras ou serviços, implicitamente no próprio dispositivo há admissibilidade de inexigibilidade. Deve-se observar que a intenção é fomentar a inviabilidade de competição por ausência de alternativas para a Administração Pública, impossibilitando assim o procedimento licitatório. A Advocacia Geral da União em sua Orientação Normativa 15/2009, traz o entendimento de que, contratações embasadas neste inciso, não alcançam serviços.

A administração Pública nos casos de inviabilidade de competição, só configurará tal exclusividade mediante atestado técnico-científico existente para fundamentar sua escolha, tal atestado poderá ser emitido por entidade idônea e autônoma, não necessariamente as descritas no dispositivo legal e de maneira alguma poderá se usar de critérios subjetivos como preferência a marca para determinar sua contratação.

A ausência de alternativas para a Administração encontra sua comprovação pela liberdade probante, desde que esta seja constituída por meio lícito e idôneo, pois a inviabilidade não é apenas comprovada juridicamente, mas como também na análise da situação fática, mesmo que não seja possível exigir um atestado de exclusividade a situação por si só, em casos de fornecedor único, configuraria a inviabilidade competitiva.

5. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO II, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93

O inciso II da Lei de Licitações e Contratos, traz em seu bojo a inviabilidade em razão da singularidade dos serviços a serem contratados, faltam critérios objetivos que subsidiem busca pela proposta mais vantajosa, o rol exemplificativo de serviços técnicos singulares, é anteriormente imbuído no decorrer do Art. 13 do mesmo título.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

O inciso II, alcança três requisitos para configurar a inexigibilidade, sendo a natureza singular, serviço técnico especializado e a notória especialização, sendo assim, não basta o serviço ser técnico profissional, a contratação direta dependerá da característica singular natural.

A natureza dos serviços técnicos inspira atuação pessoal de um ser humano, embasado pelo seu conhecimento técnico, a divisa desse conceito

estabelece-se em virtude de que a contratação nesse caso não poderá ser baseada de maneira objetiva, em virtude de que o conhecimento humano que é especializado, devendo ser transformada em uma solução prática do caso em tela, sendo a sua atuação desenvolvida de maneira peculiar, única, advinda de sua própria criatividade, em outras palavras a capacidade técnica do prestador de serviço refletirá diretamente no resultado final.

O Art. 13 traz um vasto leque de serviços especializados, entretanto, o inciso II do art. 25, ao apontar em seu teor “natureza singular”, delimita tais contratações, pois, a natureza singular, não está se referindo à ausência de pluralidade de sujeitos aptos a desempenhar tais funções, mas sim está ligado a situações em que características especiais são determinantes para a contratação desses serviços. A singularidade se encontra na natureza do serviço e não no numeral de participantes capacitados, sendo essencial a verificação da magnitude do interesse estatal.

Ainda falando sobre a natureza do serviço, profissionais que se dedicam a realizar com expertise tais serviços, possuindo um histórico de trabalhos especializados, dedicando anos e anos de trabalho para especializar-se, entre os fatores que o fazem inigualável, impossíveis de serem avaliados por critérios subjetivos.

A notória especialização por si só não configura a inexigibilidade, mas sim é critério do profissional a ser contratado. Apontado a complexidade do objeto pretendido, demandará a escolha de profissionais altamente qualificados, com reconhecimento público, assim sendo, para evitar a contratação de pessoas com pouca qualificação o legislador colocou como critério a notória especialização.

O § 1.º soma-se a todo o inciso II, para nos trazer à obrigação de que, a atuação do particular seja considerada a mais adequada para atender o objetivo, infelizmente é impossível se aferir com tanta precisão tal intenção, assim sendo, dotada da razoabilidade deverá avaliar o custo benefício da opção escolhida com base em algum fator existente preponderante.

Apesar do próprio dispositivo vedar a contratação de serviços de publicidade e divulgação, encontramos aí uma grande disparidade legal, sendo que nestes casos a licitação é obrigatória, e o critério a ser utilizado

para seleção será a criatividade, ora se este é um critério subjetivo, como pode administração licitar esses tipos de serviços e não ter critérios objetivos de avaliação? A resposta é que nesses casos continuará sendo escolhido o vencedor, com base na subjetividade e na preferência da Administração, infelizmente uma situação onde a própria lei permite a escolha por critérios subjetivos em um procedimento licitatório.

6. MODALIDADES CONTRATUAIS CONTIDAS NO INCISO III, DO ART. 25 DA LEI 8.666/93

O inciso III do Art. 25, traz a seguinte redação: “III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública”.

Em via de regra não compete a Administração Pública contratar profissionais do setor artístico, porém existem casos onde tais contratações se fazem necessárias, visando isso, o legislador criou duas alternativas conforme a natureza do serviço a ser prestado, mas em ambos os casos as divisas de escolha serão a criatividade e a personalidade humana.

Se a Administração Pública desejar realizar competição que aferirá o melhor desempenho entre artistas, visando premiar o vencedor, ou queira realizar competição para escolher a melhor composição que irá ser o hino dos festejos de aniversário da cidade, nestes casos a própria 8.666/93, traz à modalidade do Concurso.

Entretanto, quando a Administração necessita contratar exatamente o desempenho artístico na concepção da palavra, visando atender determinadas situações de interesse público, sendo que é impossível comparar performances artísticas, não possuindo critérios objetivos de avaliação, surge a inviabilidade de competição.

A inviabilidade de competição neste caso, é em virtude da análise do caso pretendido pela Administração Pública, que deverá agir dentro dos ditames do atendimento ao interesse público e da razoabilidade, por exemplo, não se poderá contratar um cantor de “funk” para se apresentar em

determinado festival conhecido por ser frequentado por admiradores da música Sertaneja de Raiz, pois os interesses daquele público não seriam atendidos.

Assim sendo, podemos dizer que o conceito de inviabilidade não está relacionado apenas na falta de pluralidade, mas sim na falta de opções para atender o interesse público pretendido, este conceito está intimamente ligado também com o interesse tutelado pelo estado, sendo dotado de peculiaridades e de singularidade, cabendo ao Administrador dotado de seu Poder Discricionário escolher a proposta no caso de inviabilidade que atenderá o interesse público.

O § 2.º da do Art. 25, traz à baila que mesmo sendo inviável a competição, a administração pública deverá sempre buscar meios para que as contratações sejam realizadas de maneira à atender o interesse público, seja na execução, como seja na economicidade, sendo reprovável atitudes que visem o superfaturamento e a má gestão do erário público.

7. CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição Federal em 1988, o Brasil novamente passou a ser um Estado Democrático de Direito, passando à vigorar direitos e deveres de toda a população, como também se almejou de maneira isonômica equilibrar os administradores, assim como administrados, criando um legítimo poder-dever, devendo o Administrador buscar atender sempre o interesse da coletividade em seus atos.

A Constituição Federal, traz em seu bojo os deveres inerentes ao Gestor da Coisa Pública, assim como positiva os princípios básicos pelos quais a Administração Pública deverá basear-se para guiar seus atos administrativos.

Com o passar dos anos, o arcabouço jurídico pátrio, precisou ser regulamentado de maneira gradativa, em um primeiro momento tivemos o surgimento da Lei 8.666/1993, que objetivou regulamentar as formas pelas quais a Administração poderia celebrar seus contratos e contratar bens e serviços, por intermédio das modalidades licitatórias. Além de outras normativas que tiveram o condão de balizar e cristalizar a atuação do Agente Público, no exercícios de suas funções, tendo como meta tornar os processos

licitatórios, mas céleres, transparentes, buscando o atendimento do interesse coletivo.

Os procedimentos licitatórios, não surgiram com o objetivo de atrasar ou prejudicar o Gestor Público, mas sim para protegê-los pelo véu da legalidade, protegendo não só o Administrador Público, como também o interesse da coletividade.

Infelizmente, nosso país vive momentos de crise institucional, a credibilidade dos Administradores Público se encontram em constante declínio, e os folhetins jornalísticos escancaram o uso indevido do erário público, principalmente relacionado a fraudes em certames licitatórios. Mas como sabemos esses fatos não são contemporâneos, o que mudou, foi o fato que de maneira mais corriqueira, estas negociações tem se tornado públicas.

Logicamente o *animus* do Administrador Público deve ser colocado em balança, pois presume-se que este sempre agirá de boa-fé, buscando o pleno atendimento do interesse coletivo.

A Lei de Licitações não é dotada de perfeição e candura, porém objetiva dificultar ações que possam vilipendiar os cofres públicos e os administrados. Em cada uma de suas modalidades licitatórias existem diferentes situações e requisitos, que deverão ser atendidos, tanto para determinar a modalidade propriamente dita, como para dirigir os atos administrativos, que buscarão o atendimento ao edital, a economicidade, a proposta mais vantajosa, dentro da análise de cada caso específico.

Vale também destacar que a própria lei, não engessa os contratos administrativos estritamente às modalidades licitatórias, existe o rol taxativo de situações que permitem a Administração Pública realizar seus contratos, dispensando o procedimento, assim como quando não se é possível exigir, determinar o objeto pretendido, a Administração Pública poderá valer-se do instituto da Inexigibilidade para fundar seus atos.

Nossos gestores são eleitos pelo sufrágio universal ou nomeados, é o Poder que cada cidadão possui e delega a um determinado sujeito. Quando exercemos tal poder, de maneira explícita esperamos que os atos do Gestor

eleito, sejam sempre baseados pelos Princípios de Probidade e Moralidade, pois ele estará gerindo algo que é nosso, de toda a coletividade.

Em um perfeito contraponto, com a Lei de Licitações, vale ressaltar, que nem todo procedimento lícito será honesto, por mais que o procedimento licitatório esteja dentro dos ditames legais, se existir alguma mácula em seu decorrer, que afrontou a ética, o mesmo estará ferido e não atenderá os interesses do coletivo e o gestor poderá ser responsabilizado.

Com a evolução das normas jurídicas e a atual crise político administrativa nacional, em um horizonte futuro, podemos esperar mudanças nos procedimentos de contratação pela Administração Pública, tais mudanças deverão cercas cada vez mais os atos administrativos, aumentar o controle pelos Tribunais especializados, buscando acabar com desconfiança de toda população em seus gestores.

Entretanto, vale lembrar que a Lei de Licitações e os Princípios Administrativos já são importantes mecanismos de inibição de atividades escusas realizadas por maus gestores. O que devemos é incentivar constantemente a cristalização dos gastos públicos, tornando-os públicos para que os administrados possam analisar e cobrar os seus gestores, reconquistando novamente a confiança na Administração Pública, como digna representante dos interesses coletivos.

Neste sentido, a Inexigibilidade de Licitação, possui inúmeras maneiras de contratação, possibilitando ao Administrador Público valer-se deste instituto específico, quando não for possível a concorrência objetiva licitatória, possibilitando assim, ao Administrador efetuar eventuais contratações, estando sua decisão legalmente embasada pelo ordenamento jurídico pátrio.

8. REFERÊNCIAS

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – 17ª ed. – São Paulo, 2016, Revista dos Tribunais.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 27ª ed. – São Paulo, 2014, Atlas.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos** – 08ª ed. – São Paulo, 2008, Saraiva.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo** – 04ª ed. – São Paulo, 2014, Saraiva.

A SEGURIDADE SOCIAL E SEUS PRINCÍPIOS

RODRIGO QUEIROZ DE ARAÚJO:

Bacharel em Direito, e Especialista em Direito Previdenciário.

RESUMO: Os princípios da seguridade social são o alicerce de um sistema de normas, servindo para direcionar a elaboração das leis que regem o sistema da previdência pública.

Palavras-chaves: Princípios. Seguridade Social. Beneficiário.

ABSTRACT: The principles of social security are the foundation of a system of norms, serving to direct the elaboration of the laws that govern the system of public welfare.

Keywords: Principles. Social Security. Recipient.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Saúde – 3. Assistência Social – 4. Evolução Histórica da Previdência Social – 5. História da Previdência Social no Brasil – 6. Princípios Constitucionais da Seguridade Social – 6.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento – 6.2 Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais – 6.3 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços – 6.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios – 6.5 Princípio da Equidade na Forma de Participação e Custeio – 6.6 Princípio da Diversidade da Base de Financiamento e da Precedência da Fonte de Custeio – 6.7 Princípio da Solidariedade – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Conforme disposto no art. 194 da CF/88, a seguridade social deverá ser composta por ações integradas dos Poderes Públicos e da sociedade, as quais deverão assegurar aos cidadãos o direito a saúde, a previdência e a assistência social.

2. SAÚDE

A saúde brasileira teve seu marco inicial no século XVI, através das criações das Santas Casas de misericórdia.

Conforme disposto no art. 196 da CF/88^[1], observa-se que a saúde é dever do Estado, e que o acesso a ela não depende de contraprestação alguma, sendo irrestrito a todos os cidadãos, alcançando inclusive os turistas estrangeiros que estejam transitando pelo país.

Neste sentido leciona Frederico Amado (2015, p. 75) “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso [...]”.

Ivan Kertzman (2015, p. 28) acrescenta que “A saúde é administrada pelo SUS – Sistema Único de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde. Este órgão não guarda qualquer relação com o INSS ou com a previdência social”.

De acordo com o art. 199 da CF/88^[2], verifica-se a possibilidade das instituições privadas, exceto as estrangeiras, participarem de maneira complementar do Sistema Único de Saúde, desde que atendam aos pressupostos legais.

Relata ainda Frederico Amado:

A saúde pública consiste no direito fundamental às medidas preventivas ou curativas de enfermidades, sendo dever estatal prestá-la adequadamente a todos, tendo a natureza jurídica de serviço público gratuito, pois prestada diretamente pelo Poder Público ou por delegatários habilitados por contrato ou convênio, de maneira complementar, quando o setor público não tiver estrutura para dar cobertura a toda população. (AMADO, 2015, p. 79).

Por fim, deve-se ressaltar o art. 3º da Lei 8.080/90^[3], o qual entende ser a saúde um estado de bem-estar, que deverá englobar o aspecto físico, mental e social do cidadão.

3. ASSISTÊNCIA SOCIAL

Observa-se que na maioria dos países a assistência social surgiu antes da previdência social, a qual se materializava através de tímidas atividades assistencialistas aos mais pobres.

Destaca-se que tais atividades inicialmente não se caracterizavam como um direito subjetivo dos cidadãos, mas sim como liberalidades governamentais.

Contudo, conforme relata Frederico Amado (2015, p. 42) “[...] com o advento do estado providência, de meras liberalidades estatais, as medidas de assistência social passaram à categoria de mais um dever governamental, pois o Poder Público passou a obrigar-se a prestá-las a quem delas necessitasse”.

Esta característica observamos no texto constitucional atual, onde a assistência social encontra-se inserida nos artigos 203^[4] e 204^[5] da CF/88.

Importante observar a dificuldade de se aplicar as medidas assistencialistas, pois se esta for insuficiente para suprir as necessidades dos mais carentes, pode por em risco a paz social. Entretanto se for aplicada de maneira excessiva e prolongada, pode fazer com que àqueles que a recebem se acomodem, e não sintam necessidade de se reinserir no mercado de trabalho.

Frederico Amado define a assistência social como:

[...] as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se

mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana. (AMADO, 2015, p. 42).

Diante deste conceito podemos observar que as medidas assistencialistas serão, em regra, destinadas aos cidadãos que não estejam cobertos por um regime de previdência, exceto se este se mostrar insuficiente para a manutenção dos padrões de dignidade humana.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A seguridade social teve sua origem na luta de trabalhadores por melhores condições de vida, os quais almejavam com este embate uma proteção do Estado, tanto para si, como para seus familiares no caso de serem afligidos por possíveis contingências ou infortúnios sociais.

Conforme Ivan Kertzman (2015, p. 43) “As primeiras normas protetivas editadas tiveram caráter eminentemente assistencial. Em 1601, foi editado na Inglaterra o *Poor Relief Act* (Lei dos Pobres), que instituiu auxílios e socorros públicos aos necessitados”.

Deve-se ressaltar ainda que tal documento criou uma contribuição obrigatória, a qual deveria ser arrecadada pelo Estado, através de tributos impostos a sociedade, a fim de custear estas despesas.

Ainda segundo Ivan Kertzman:

Sob a ótica previdenciária, o primeiro ordenamento legal foi editado na Alemanha, por Otto Von Bismarck, em 1883, com a instituição do seguro-doença. No ano seguinte, foi criada a cobertura compulsória para os acidentes de trabalho. Neste mesmo país, em 1889, foi criado o seguro invalidez e velhice. (KERTZMAN, p. 43)

Completando este entendimento, Theodoro Vicente Agostinho (2015, p. 19) trata do custeio de tais seguros afirmando que “O seguro-doença, bem como o seguro contra invalidez e velhice era custeado por contribuições dos

empregados, dos empregadores e do Estado, e o seguro contra acidentes do trabalho era custeado pelos empresários”.

Sendo assim no sistema bismakiano, observou-se pela primeira vez o Estado gerindo um benefício custeado através de contribuições compulsórias das empresas.

Adentrando na seara constitucional, observa-se que as primeiras constituições a tratar da previdência foram a do México de 1917, seguida imediatamente pela da Alemanha de 1919.

Após a crise de 1929, o governo Roosevelt, inspirado na doutrina do *Welfare State*, Estado do bem-estar social, adotou o *New Deal*, o qual, segundo Ivan Kertzman (2015, p. 43) “[..] determinava uma maior intervenção do Estado na economia, inclusive com a responsabilidade de organizar os setores sociais com investimentos na saúde pública, na assistência social e na previdência social”.

Em 1935, os Estados Unidos editaram o *Social Security Act*, sendo este um marco na evolução da previdência social norte americana, pois previa uma maior intervenção do Estado na economia, procurando estimular o consumo e prevendo ainda a instituição do auxílio aos idosos, e do auxílio-desemprego aos trabalhadores desempregados temporariamente em função da crise de 1929, prevendo desta maneira a proteção social dentro do seu sistema previdenciário.

Por último, e também reconhecido como sendo um dos pontos chaves na evolução histórica mundial, observa-se o Plano Beveridge, construído na Inglaterra em 1942, o qual previa a participação universal compulsória de todos os trabalhadores no custeio da saúde, previdência social e assistência social, através de tributos. Devendo o Estado utilizar estes recursos arrecadados de toda sociedade para oferecer serviços da seguridade social de maneira universal a todos os cidadãos, garantindo mínimos sociais.

5. HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A seguridade social surgiu no Brasil inicialmente através das organizações privadas que prestavam serviço de assistência social, tais como as Santas Casas de Misericórdia.

A respeito da história da previdência social no Brasil expõe João Batista Lazzari (LAZZARI, p. 38) “À semelhança do que se observa no âmbito mundial, as primeiras formas de proteção social dos indivíduos no Brasil tinham caráter eminentemente beneficente e assistencial”.

Dentro deste entendimento, observa-se ainda mesmo no período colonial o surgimento das Santas Casas de Misericórdia, no Porto de São Vicente, e posteriormente a de Santos, as quais prestavam serviço de assistência social.

A primeira constituição a trazer em seu bojo atos securitários foi a de 1.824, a qual previa em seu art. 179, XXXI^[6], a instituição dos socorros públicos.

Posteriormente a Constituição de 1891, em seu art. 75^[7] tratou da aposentadoria por invalidez, a qual deveria ser custeada pela nação, contudo nota-se que tal norma restringiu aos servidores públicos este tipo de aposentadoria, excluindo do seu alcance os demais trabalhadores.

Em relação à proteção do trabalhador observa Ivan Kertzman (2015, p. 44) “Em 1919 foi instituído o seguro obrigatório de acidente de trabalho pela Lei 3.724 e, também, uma indenização a ser paga obrigatoriamente pelos empregadores aos seus empregados acidentados”.

Contudo, apesar destas disposições, a doutrina majoritária considera que a previdência social nasceu com o advento da Lei Eloy Chaves, Decreto-Lei 4.682/1923, o qual determinou a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os empregados das empresas ferroviárias, mediante contribuições dos empregados, dos empresários deste ramo, e ainda do

Estado, reconhecendo-se a partir de então o caráter contributivo da previdência social.

A respeito da Lei Eloy Chaves, Frederico Amado (2015, p. 88) expõe que “[...] A Lei Eloy Chaves pode sim ser considerada como o marco inicial da previdência brasileira, mas do sistema privado, pois as caixas dos ferroviários eram administradas pelas próprias empresas privadas e não pelo Poder Público [...]”.

Ainda de acordo com Frederico Amado:

Na realidade, a previdência pública brasileira apenas iniciou-se em 1933, através do Decreto 22.872, que criou o Instituto de Previdência dos Marítimos – IAPM, pois gerida pela Administração Pública, surgindo posteriormente os seguintes Institutos: dos comerciários e bancários (1934); dos industriários (1936); dos servidores do estado e dos empregados de transportes e cargas (1938). (AMADO, 2015, p. 89)

A partir da Constituição de 1934, foi estabelecida a tríplice forma de custeio mediante recursos do Governo, dos empregados e dos empresários.

Na Constituição de 1937, foi utilizado o termo “seguro social”, sem que houvesse novas evoluções sobre o assunto.

Contudo na Carta de 1946, houve a garantia da proteção dos trabalhadores a doenças, invalidez, velhice e morte, sendo ainda utilizada pela primeira vez a expressão “Previdência Social”.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, abarcou em seu texto as três atividades da seguridade social, tratando da assistência social, da saúde e da previdência social.

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Os princípios da seguridade social procuram, assim como os demais ramos do direito, assegurar os anseios sociais, servindo para direcionar o

caminho a ser seguido pelo Poder Legislativo na elaboração das normas, bem como ainda orientar os poderes Executivo e Judiciário na sua aplicação.

Observa-se que o art. 194^[8], parágrafo único da Carta Magna, trata dos objetivos específicos da seguridade social, existindo ainda os princípios gerais aplicados a seguridade social, os quais se encontram espalhados pelo texto constitucional.

6.1 PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

Previsto no art. 194, § único, I da CF/88, estipula que todos devem estar protegidos pela seguridade social, visando proteger de eventuais contingências todas as pessoas que necessitem de um amparo social.

Segundo João Batista Lazzari:

A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social. (LAZZARI, 2015, p. 89).

Ainda em relação à universalidade, Wânia Alice Ferreira Lima Campos (2013, p. 57) diz que “O benefício previdenciário deverá ser concedido a todos que dele dependam e que dele façam jus, sem qualquer vício na sua concessão, caso contrário deverá ser indenizado pelo abalo moral que eventual vício lhe causar”.

Sendo assim, a saúde e a assistência social estão disponíveis a todos que delas necessitem independentemente de contribuição.

Contudo tendo em vista o caráter contributivo da previdência, observa-se que a universalidade de atendimento neste caso é uma universalidade subjetiva, pois se refere apenas aos beneficiários dos seguros,

os quais são sujeitos da relação jurídica previdenciária, não atingindo assim a toda a população.

6.2 PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

Disposto no art. 194, § único, II da CF/88, visa o tratamento isonômico entre as populações urbanas e rurais, devendo existir igualdade de benefícios e serviços quando houver a ocorrência dos mesmos eventos.

Este princípio, contudo não impede a existência de um tratamento diferenciado entre as populações urbanas e rurais se houver um fato que justifique tal medida, tal como a redução em 5 anos de trabalho para a aposentadoria dos trabalhadores rurais, haja vista que o trabalho no campo além de ser desgastante, expõe o rurícola a fatores climáticos intensos.

A respeito deste assunto Wânia Alice Ferreira Lima Campos relata que:

É fato notório a dificuldade que o trabalhador rural tem de obter sua aposentadoria, pois o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – exige início de prova material para demonstrar o período de atividade rural, o que, em grande parte das situações, o trabalhador não possui ou possui de forma precária. Nada obstante, este trabalhador tem o direito de se aposentar; e, negar este benefício a ele seria prestigiar o trabalhador urbano, que tem maior facilidade de provar sua aposentadoria, em detrimento do rural [...]. (CAMPOS, 2013, p. 59).

Logo, embora deva existir uma igualdade nos eventos cobertos pela seguridade social entre os trabalhadores urbanos e rurais, observa-se a possibilidade de haver um tratamento diferenciado entre estes povos em casos justificáveis.

6.3 PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA

PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS

Contido no art. 194, § único, III da CF/88, almeja que as prestações devam ser fornecidas àqueles que delas necessitar, desde que estejam enquadrados em situações definidas na lei.

Conforme Ivan Kertzman:

[...] a seletividade serve de contrapeso ao princípio da universalidade da cobertura, pois, se de um lado a previdência precisa cobrir todos os riscos sociais existentes, por outro os recursos não são ilimitados, impondo à administração pública a seleção dos benefícios e serviços a serem prestados, com base na relevância dos riscos sociais. É o chamado princípio da reserva possível. (KERTZMAN, 2015, p. 55).

Tendo em vista a impossibilidade financeira de se cobrir todos os eventos possíveis, com os princípios da seletividade e da distributividade, almejou o constituinte a seleção daqueles cidadãos que verdadeiramente necessitem da proteção social, para que haja a efetiva distribuição de renda através da concessão de benefícios.

Desta maneira, através do princípio da seletividade o legislador irá selecionar, através do interesse público, os beneficiários das prestações da seguridade social, e através do princípio da distributividade irá realizar a justiça social, fazendo a distribuição de renda através da desconcentração de riquezas, alcançando os mais necessitados.

6.4 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

A irredutibilidade do valor dos benefícios encontra-se fundamentada no art. 194, § único, IV, da CF/88, protegendo o segurado, ao proibir a redução do valor do benefício recebido.

O art. 201, § 4º, da CF/88^[9], prevê ainda o reajustamento dos benefícios com o intuito de garantir seu valor real, garantindo que o segurado não tenha seu poder aquisitivo reduzido.

A respeito deste assunto Wânia Alice Ferreira Lima Campos afirma que:

[...] é fato notório que os reajustes dos proventos e pensões implementados pelo Governo não recompõem, ou recompõem injustamente, o poder aquisitivo destas parcelas remuneratórias, impondo ao aposentado ou ao pensionista buscar a tutela judicial para ter direito ao reajuste real do benefício, gerando-lhe, além do prejuízo material de não receber o que realmente lhe é devido, também um dano moral, em razão do abalo emocional e psicológico que lhe causa. (CAMPOS, 2013, p. 60)

Sendo assim, observa-se que a Carta Magna estipula que a previdência social não pode reduzir o valor nominal de um benefício concedido, e ainda que a mesma deve realizar um reajustamento periódico das perdas inflacionárias, a fim de garantir o poder aquisitivo do segurado.

6.5 PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PERTICIPAÇÃO E

CUSTEIO

Segundo este princípio, previsto no art. 194, § único, V, da CF/88, a capacidade contributiva de cada contribuinte deve ser levada em consideração para a sua participação no custeio da seguridade social, devendo cada segurado contribuir na proporção da sua condição financeira.

De acordo com João Batista Lazzari:

[...] a participação equitativa de trabalhadores, empregadores e Poder Público no custeio da seguridade social é meta, objetivo, e não regra concreta. Com a adoção deste princípio, busca-se

garantir que aos hipossuficientes seja garantida a proteção social, exigindo-se dos mesmos, quando possível, contribuição equivalente a seu poder aquisitivo [...]. (LAZZARI, 2014, p. 90)

Diante deste fato pode-se observar a maior importância, em termos de valores, da contribuição empresarial, tendo em vista ser a maior fonte de recursos da seguridade social, haja vista possuir esta classe maior capacidade contributiva.

6.6 PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO E

DA PRECEDÊNCIA DA FONTE DE CUSTEIO

Previsto no art. art. 194, § único, VI, da CF/88, o princípio da diversidade da base de financiamento, visa fortalecer a seguridade social, ao oferecer a possibilidade do poder legislativo criar múltiplas fontes para o custeio deste sistema, diminuindo assim o risco da existência de crise na seguridade social.

O art. 195, incisos I ao IV da CF/88^[10], demonstra as diversas formas de financiamento da seguridade social permitida no nosso ordenamento constitucional, sendo, contudo permitida a criação de mais fontes para o custeio da seguridade social, desde que seja criada através de Lei Complementar.

Em relação ao princípio da precedência da fonte de custeio, prevista no art. 195, § 5º da CF/88, dispõe que não poderá haver a criação, majoração, ou extensão de benefícios de serviços, se não existir uma fonte de recurso que os custeie.

Neste sentido o que almeja este princípio é que exista uma gestão responsável da seguridade social, a fim de que o sistema não seja colocado em perigo, devendo assim na criação de prestações previdenciárias, assistencialistas e ou até da saúde, que haja a prévia existência de recursos públicos para seu custeio, mantendo assim o equilíbrio entre as despesas e as receitas públicas.

6.7 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Estipula que a seguridade social é solidária, objetivando proteger pessoas em momentos de necessidade.

Segundo Frederico Amado:

Há uma verdadeira socialização dos riscos com toda a sociedade, pois os recursos mantenedores do sistema provêm dos orçamentos públicos e das contribuições sociais, onde aqueles que pagam tributos que auxiliam no custeio da seguridade social, mas hoje ainda não gozam dos seus benefícios e serviços, poderão no amanhã ser mais um dos agraciados, o que traz uma enorme estabilidade jurídica no seio da sociedade. (AMADO, 2015, p. 37).

Diante de tal fato, existe a socialização dos riscos através de contribuições compulsórias, de maneira direta e indireta, possibilitando desta maneira que àquele que seja acometido de algum infortúnio que o torne inválido de maneira definitiva para o labor de uma maneira geral, possa se aposentar sem que tenha vertido sequer uma contribuição para o sistema.

Sendo assim, apenas através da cotização coletiva haverá a subsistência do sistema previdenciário, gerando a proteção de todos os membros da coletividade.

7. BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **Dano moral previdenciário um estudo teórico e prático com modelos de peças processuais**. São Paulo: LTr, 2015.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por dano morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano moral no direito previdenciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 7.

ELIAS, Helena. **O dano moral na jurisprudência do STJ**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 3.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Dano moral no direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WESTPHAL, Roberta Schneider. **O dano moral e o direito do trabalho**. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

NOTAS:

[1] 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.

[2] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[3] Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

[4] Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

[5] Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida; III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

[6] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...], XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. (sic)

[7] Art 75 - A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

[8] Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

[9] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...], § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

[10] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE CEMITÉRIOS EM ATIVIDADE ANTES DE ABRIL DE 2003 FACE AO DIREITO REAL DE USO DE SEPULTURA

ROBERTO AUGUSTO RESENDE
MAGALHÃES TOLEDO

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar aspectos conflitantes de dois temas que aparentemente não guardam relação, mas que se afetam profundamente e possuem relevante interesse público.

O licenciamento ambiental de cemitérios em funcionamento antes de abril de 2003 é tema extremamente controvertido, atraindo para si atenção de geólogos, biólogos, químicos, engenheiros, profissionais do direito, ciências sociais e vários outros, enquanto que o direito de uso da sepultura ou *jus sepulchri*, é presumidamente um direito essencial, exercido inequivocamente em situação de relevante interesse público, notadamente em cemitérios, muitos deles em funcionamento antes de abril de 2003.

2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental é procedimento administrativo, pelo qual o poder público submete empreendedores que usem ou impactem de alguma forma recursos naturais, ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, assim como tolerar ações do próprio poder público.

A Resolução 237/97 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 1º, I, estabelece o conceito de licenciamento ambiental:

Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental,

considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Para Fiorillo (2011), o licenciamento ambiental “é o complexo de etapas que compõe o procedimento administrativo, o qual objetiva a concessão de licença ambiental.” Conclui ainda, que “é dividido em três fases: a) licença prévia (LP); b) licença de instalação (LI); e c) licença de funcionamento”. Nas palavras de Édis Milaré (2016), o licenciamento possui papel de extrema relevância e grande responsabilidade dos envolvidos:

“o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico”.

Não há dúvidas que o processo de licenciamento ambiental possui grande complexidade, em especial quando se trata de cemitérios em funcionamento antes de abril de 2003.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL DE CEMITÉRIOS

A Administração, assim como grande parte da sociedade, não destina especial atenção aos empreendimentos deste setor, vendo-os na maioria das vezes como verdadeiro campo-santo, num prisma religioso e sagrado. Todavia, muito mais do que um lugar destinado a receber restos mortais para inumação, os cemitérios constituem relevantes empreendimentos, sejam públicos ou privados, administrados por prefeituras, empresas ou entidades religiosas e que notadamente guardam estreita relação com as questões ambientais, haja vista ser a terra sua maior matéria prima, responsável, na maioria das vezes por receber os despojos cadavéricos.

A fim de regulamentar o licenciamento ambiental deste setor, o CONAMA editou a Resolução 335/03, por meio da qual estabeleceu também diversos conceitos, indispensáveis para melhor compreensão da norma e da atividade. Novas e substanciais alterações vieram no curso dos últimos anos,

destacando-se para fins deste estudo, a Resolução 402/08, responsável por alterar o art. 11, que obrigou os órgãos licenciadores municipais e estaduais a estabelecerem até dezembro de 2010 os critérios necessários para adequação dos cemitérios já existentes em abril de 2003, período em que a resolução entrou em vigor.

A Constituição em seu art. 23, incisos VI e VII, fixou competência comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteção do meio ambiente, sendo que em seu parágrafo único estabeleceu que Lei Complementar disporá sobre a cooperação entre os entes da federação. No que concerne a matéria ambiental, a LC 140/11 fixou então normas regulamentares quanto à essa competência comum.

Neste sentido, a LC 140/11, em seu art. 9º, XIV fixou como competência dos municípios a realização de licenciamento ambiental das atividades e empreendimentos, aqui se encaixando a atividade de cemitérios. O licenciamento de deverá ser realizado pelos estados na hipótese de interesse público além da municipalidade, impacto ambiental em dois ou mais municípios, se estiver localizado em área pertencente a dois municípios e também se o município não possuir o aparato necessário, assim como será realizado pela União caso o interesse abarque dois ou mais estados.

O art. 15 da Resolução 335/03 estabelece ainda o poder de sanção da Administração, que sem prejuízo das penalidades previstas na lei 9.605/98, poderá exigir *"imediata reparação dos danos causados, bem como a mitigação dos riscos, desocupação, isolamento e/ou recuperação da área do empreendimento"*.

Relevante questão é a relação do poder de sanção concedido à Administração no licenciamento de cemitérios com a imprevisível fixação de parâmetros para licenciamento. O Brasil possui 5.570 municípios e mais 27 estados, ou seja, o leque de possíveis parâmetros para licenciamento de cemitérios, cuja competência foi outorgada ao ente federado responsável pelo licenciamento, torna inseguro o ambiente jurídico dos empreendedores e pode afetar o cidadão que necessita fazer uso do direito de sepultura do qual for titular.

Diante destas questões, susceptíveis a estudos muito mais aprofundados, surge importante conflito, já que os serviços prestados por cemitérios são de caráter essencial, notadamente público, delegado muitas das vezes ao particular por meio de permissão ou concessão, visando prestar à população o indispensável serviço de inumação de restos mortais, susceptíveis de serem surpreendidos com restrições ao exercício deste essencial direito por conta das sanções aplicadas ao empreendedor pela Administração no curso do licenciamento ambiental.

Faz parte da cultura dos cidadãos brasileiros a inumação num mesmo túmulo da maioria dos mortos de uma família, e se considerarmos que este cemitério, em atividade antes de abril de 2003, possa ser poluidor e, portanto, causador de impacto ambiental e sem condições de cumprir as diretrizes fixadas pelo licenciador, estaria, em tese, sujeito a paralisação de suas atividades. Caso isso ocorresse, estaria se impondo ao titular do direito de uso da sepultura restrição do exercício do essencial direito de inumar seus mortos juntamente dos demais familiares. Há que se buscar solução para este possível conflito.

Na lição de Hely Lopes Meireles (2006), a prestação de serviço público se dá pela Administração ou por alguém em seu lugar, tal como permissionários e concessionários de serviço público. A inumação de cadáveres é serviço cuja característica essencial é uma construção doutrinária bastante sólida. Não há dúvidas de que a não prestação de serviços de sepultamento pode causar incalculáveis danos.

4 DIREITO DE USO DA SEPULTURA

A regulação existente no direito brasileiro mais adequada para tratar do direito de uso da sepultura está no que dispõe o Decreto Lei 271/67, que trata sobre a concessão de uso. Todavia, o *jus sepulchri* também carece de regulamentação capaz de solucionar conflitos advindos do seu uso em relação aos problemas oriundos de um processo de licenciamento ambiental.

Sendo o titular de uma sepultura detentor de direito real de uso, e, tendo adquirido esta condição anterior à Resolução CONAMA 335/03, não poderia sofrer restrição ao exercício do seu direito sob o argumento de

ausência de licenciamento ambiental do cemitério ou descumprimento de algum dos parâmetros estabelecidos pela Administração.

Não há dúvidas que a edição de norma regulamentadora de licenciamento ambiental de cemitérios pelo CONAMA resulta do dever Constitucional do Estado de zelar pelo meio-ambiente, todavia, o direito de uso da sepultura, assim como a indispensável necessidade de se sepultar devem ser aspectos a considerar num processo extremamente complexo de licenciamento ambiental, como é o caso de cemitérios antigos.

5 CONCLUSÃO

A realização de estudos interdisciplinares para desenvolvimento de parâmetros alcançáveis é outro ponto importante, já que de nada adiantará a fixação de obrigações inexecutáveis, especialmente se considerarmos que a maioria dos cemitérios no país são públicos, antigos e sujeitos a licenciamento, não podendo a Administração impor ao administrado que crie ou sepulte em outros cemitérios.

Frisa-se também, que os órgãos licenciadores devem se preocupar com os aspectos sustentáveis, não somente ambiental, mas ter detida atenção às questões econômicas, de modo a não causar dano ao empreendedor, dificultando-o de prosseguir na atividade, realizando os investimentos necessários.

A busca permanente para que atividades deste setor, sejam elas geridas pelo público ou privado, estejam alinhadas às boas práticas ambientais é fundamental, mas é necessário que o direito do cidadão fazer uso ao direito de sepultura também não seja obstaculizado.

As questões aqui estabelecidas merecem especial cuidado, há aspectos conflitantes dos direitos ambiental, administrativo, penal, canônico e constitucional. Os órgãos ambientais não possuem a solução definitiva, daí a importância de se estabelecer amplo debate com todos setores da sociedade envolvidos, a fim de se encontrar proposta que privilegie o interesse público, sem causar prejuízos aos diretamente envolvidos, auxiliando assim numa harmonização de parâmetros de licenciamento ambiental perante os entes da federação.

REFERÊNCIAS

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. – 9. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

ROMANO, Rogério Tadeu. O direito de uso do jazigo e o crime de violação de sepultura. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5159, 16 ago. 2017. Disponível em: . Acesso em: 4 set. 2018.



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFBV | Wyden
CURSO DE DIREITO**

VANESSA DE ASSIS FERREIRA

**O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL E AS CONSEQUÊNCIAS DA
GLAMOURIZAÇÃO**

RECIFE

2018

VANESSA DE ASSIS FERREIRA

**O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL E AS CONSEQUÊNCIAS DA
GLAMOURIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário UNIFBV – Wyden, como requisito parcial à obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Ana Flávia Dantas Figueiredo Silva

RECIFE

2018

VANESSA DE ASSIS FERREIRA

**O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL E AS CONSEQUÊNCIAS DA
GLAMOURIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário UNIFBV – Wyden, como requisito parcial à obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Msc. Ana Flávia Dantas Figueiredo Silva

Aprovada em: ___/___/___

Orientador (a)

Avaliador (a)

Avaliador (a)

RECIFE

2018

RESUMO

A presente monografia aborda o trabalho artístico, destacando as possíveis consequências na vida de crianças e adolescentes que precocemente são introduzidas no meio artístico. Destaca-se, desta forma, a trajetória de violações e supressões de direitos básicos na história brasileira, passando pela evolução das normas permissivas e proibitivas, bem como as lacunas existentes no ordenamento jurídico. A metodologia utilizada para o seu desenvolvimento se deu através de doutrinas físicas e pesquisa virtual, analisando casos práticos para melhor compreensão. Objetivou trazer pontos controversos sobre o órgão julgador competente por autorizar a atividade artística, buscando distinguir a permissão para participar ou para trabalhar no meio artístico e mais demonstrar que escondido na glamourização há uma exploração infantil, com transferências de responsabilidades para seres em pleno desenvolvimento físico e mental. Defende-se, entretanto, a não autorização para o trabalho artístico infantil antes da idade constitucional, bem como que a participação ocorra de forma a não violar direitos e garantias fundamentais disciplinados na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, já que a exploração da mão de obra infantil ainda é um caminho árduo a ser percorrido, porém possível de ser combatido.

Palavras-Chaves: Criança. Adolescente. Precocidade. Trabalho Infantil. Princípio da Proteção Integral.

ABSTRACT

This monograph deals with artistic work, highlighting the possible consequences in the lives of children and adolescents who are introduced early in the artistic world. In this way, the trajectory of violations and suppression of basic rights in Brazilian history, through the evolution of permissive and prohibitive norms, as well as the existing gaps in the legal order. The methodology used for its development was through physical doctrines and virtual research, analyzing practical cases for better understanding. It aimed to bring controversial points about the competent judging body to authorize the artistic activity, seeking to distinguish the permission to participate or to work in the artistic environment and more to demonstrate that hidden in the glamorization there is a child exploitation, with transfers of responsibilities to beings in full physical development and mental. However, non-authorization for children's artistic work prior to the constitutional age is defended, as well as participation in such a way as not to violate fundamental rights and guarantees disciplined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the Statute of the Child and Adolescent, since the exploitation of child labor is still an arduous road to be traveled, but it is possible to be fought.

Keywords: Child. Teenager. Precocity. Child labor. Principle of Integral Protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. BREVE MOMENTO HISTÓRICO DO TRABALHO INFANTIL	8
2.1 Trabalho infantil no Brasil	8
2.2 Proibições do trabalho infantil nas Constituições Brasileiras	9
2.3 Princípios constitucionais: Proteção Integral	11
2.3.1 Desdobramentos do princípio da proteção integra	14
2.3.2 Princípio da cidadania	14
2.3.3 Princípio do bem comum	15
2.3.4 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento	15
2.4 Princípio da Prioridade Absoluta e o princípio do melhor interesse	16
3. TRABALHO ARTÍSTICO E AS CONSEQUÊNCIAS ESCONDIDAS NA GLAMOUR- RIZAÇÃO	18
3.1 A criança, o <i>glamour</i> e o trabalho	18
3.2 Consequências do trabalho precoce	20
4. TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL	24
4.1 Conflitos de normas para autorizar ou não trabalho artístico infantil	24
4.2 Do projeto de lei para regulamentar a atividade artística infantil	27
4.3 Participação ou trabalho artístico infantil? Quem pode autorizá-las?	29

5. CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	36

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa desenvolver o tema relativo ao trabalho artístico infantil. A pesquisa tem por objetivo demonstrar as possíveis consequências escondidas na glamourização da atividade, bem como as divergências na legislação pátria, no que se refere a possibilidade de se autorizar ou não o trabalho artístico antes da idade constitucional e ainda, quem seria o juízo competente para tal ato.

O trabalho mostra-se relevante visto que, atualmente a atividade artística vem ganhando maior destaque na mídia, cada vez mais crianças e adolescentes se expõe de forma indiscriminada em novelas e programas de televisão, e mesmo diante de tamanha exposição, a sociedade não se dá conta que por trás de todo esse holofote, há um labor, uma grande e inconsequente exploração da mão de obra infantil.

Para o desenvolvimento da presente monografia foram utilizadas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, baseando-se em publicações de obras doutrinárias e artigos científicos relacionados a área do direito do trabalho e no direito da criança e do adolescente, bem como pesquisas de julgados dos tribunais superiores, relacionados ao tema.

Primeiramente, faz-se uma análise na história do trabalho infantil, bem como na evolução e na efetivação de normas protetoras, passando pelos principais princípios constitucionais, em especial o da proteção integral, elencado no art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

No segundo ponto aborda-se as possíveis consequências e os prejuízos que a exploração precoce do trabalho artístico pode ocasionar, expondo depoimentos reais, dramas vividos, e a difícil tarefa de se conviver com o alto estrelato.

Em um terceiro plano faz-se uma análise das normas proibitivas e permissivas para a autorização do trabalho artístico antes da idade constitucional, bem como a apreciação do projeto de lei nº 231/2015 que visam regulamentar tal atividade, indagando sua constitucionalidade, e ainda expondo os reais motivos de se cogitar a autorização do labor artístico em tenra idade. Ademais, expõe as divergências doutrinárias e jurisprudências acerca do juízo competente para autorizar a atividade artística.

Diante da exposição midiática de crianças e adolescentes, ou seja, da exploração do trabalho artístico infantil escondida na glamourização da atividade, surgiu um interesse pessoal e acadêmico de se analisar os motivos para que seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento, declinassem o olhar para os sets de gravações. Verifica-se que o tema possui relevância social e acadêmica, haja vista que às exigências das atividades artísticas podem retirar de crianças e adolescentes a convivência familiar e social, o direito ao lazer, suprimindo as necessidades escolares, ocasionando prejuízos ao seu pleno desenvolvimento integral. Para tanto, passemos a refletir sobre os tópicos a seguir demonstrados.

2. BREVE MOMENTO HISTÓRICO DO TRABALHO INFANTIL

2.1 Trabalho infantil no Brasil

O Brasil tem uma longa história de exploração da mão de obra infantil. As crianças e adolescentes pobres sempre trabalharam, desde os primórdios da história humana, elas eram recrutadas, sob a alegação de propiciar-lhes uma ocupação considerada mais útil, capaz de combater a vagabundagem e a criminalidade. (RIZZINI *in* PRIORE, 2013)

Essa forma de exploração, remota à época da colonização, pois antes mesmo de existir uma relação entre os colonizadores e os grupos existentes no Brasil, as caravelas portuguesas já traziam crianças trabalhadoras, no século XVI. Nesse sentido Cristina Porto et. al. ,

(...) as famílias pobres de Portugal embarcavam os filhos de 9 a 16 anos como grumetes e pajens nos navios. (...) para a produção de cana-de-açúcar no país, os portugueses trouxeram escravos da África. Até o final do século XIX, 4% dos africanos que desembarcavam no mercado do Valongo, no Rio de Janeiro, eram crianças. Tinham vida



www.conteudojuridico.com.br

curta: apenas um terço chegava aos 10 anos. Aos 7, já eram carregadores, mensageiros, pajens e sacos de pancadas das crianças brancas. (PORTO, 2007, p. 26)

A situação de miserabilidade em que viviam essas famílias faziam com que corressem o risco de morrerem à deriva em alto mar, pois mesmo tendo a chance de ocorrer uma tragédia esse risco ainda era menor do que morrer de fome em seu país de origem.

Superada a época da colonização, nos deparamos com o processo de industrialização no nosso país, onde cerca de 15% dos empregados das fábricas, eram crianças e adolescentes. Segundo a OIT a capital com maior índice de exploração da mão de obra infanto-juvenil era São Paulo, tendo chegado a 40%. (PRIORE, 2013)

Em 1917, com a greve mais severa que já existiu em São Paulo, chefiada pelo Comitê popular contra a Exploração de Menores, onde exigiam o cumprimento da norma, que vedava o trabalho de crianças em máquinas penosas, bem como em atividades de limpeza.

2.2. Proibições do trabalho infantil nas Constituições Brasileiras

As constituições e legislações brasileiras sofreram grandes evoluções no decorrer das décadas, algumas mudanças em benefício das crianças e dos adolescentes, outras um retrocesso.

Nas Constituições de 1824 e 1891 não se vê referência expressa à criança e adolescente, tampouco sobre o trabalho infantil, o que se observa é a edição do Decreto nº 1.313, regulamentando o trabalho de crianças e adolescentes nas fábricas da Capital Federal, do qual destacam-se os seguintes dispositivos:

Art. 2º. Não serão admitidas ao trabalho effectivo nas fábricas crianças de um e outro sexo menores de 12 annos, salvo a título de aprendiz, nas fábricas de tecidos a que se acharem comprehendidas entre aquella idade e a de oito annos completos.

Art. 4º. Os menores de sexo feminino de 12 a 13 annos e os do sexo



www.conteudojuridico.com.br

masculino de 12 a 14 anos só poderão trabalhar no máximo sete horas por dia, não consecutivas, de modo que nunca exceda de quatro horas o trabalho contínuo, e os do sexo masculino de 14 a 15 anos até nove horas, nas mesmas condições.

Dos admitidos ao aprendizado nas fábricas de tecidos só poderão ocupar-se durante três horas os de 8 a 10 anos de idade, e durante quatro horas os de 10 a 12 anos, devendo para ambas as classes ser o tempo de trabalho interrompido por meia hora no primeiro caso e por uma hora no segundo. (BRASIL, 1891)

No ano de 1927, foi criada com a finalidade de universalizar a legislação social-trabalhista, incluindo entre os trabalhadores as crianças e os adolescentes, o Decreto 17.943A instituído como Código de Menores, que proibia o trabalho aos menores de 12 anos e trabalho noturno aos menores de 18 anos, bem como a proibição do trabalho em praças públicas dos menores de 14 anos.

Apesar da expectativa em torno do código como primeiro instrumento específico com a proposta de promover os direitos e garantias fundamentais dos infantes e adolescentes, os seus defensores frustraram-se com o teor dos dispositivos, vez que destinava exclusivamente ao “menor infrator”, “abandonado” ou “delinquente”, abarcados no mote da “situação irregular”.(PEREZ, 2008, p. 69).

A Constituição de 1934, foi a primeira a tratar expressamente sobre a proteção à infância e a juventude e o fez no Título IV “Da ordem econômica e social”, dentre os quais a alínea ‘d’ do art. 121, nestes termos:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, aos menores de 18 anos e a mulheres; (BRASIL, 1934)

Em 1937, com a chamada Constituição Polaca, não se viu mudanças, apenas a repetição do disposto na constituição anterior, entretanto acrescida, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais a adoção de medidas de proteção da infância e da juventude.

A proteção ao trabalho infantil começou a dar os primeiros sinais com a edição da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT 1943, onde foi dedicado um capítulo sobre o tema, que, dentre outras coisas, implementou a carteira de trabalho do menor, bem como determinou a totalização das horas de trabalho, quando o adolescente menor de dezoito anos fosse empregado em mais de um estabelecimento, proibindo ainda o trabalho aos menores de quatorze anos, salvo na hipótese desses participarem de escola de ensino profissional, nas de caráter beneficente ou disciplinar.

Com o advento da Constituição democrática de 1946, o termo ADOLESCENTE, foi citado pela primeira vez, ao instituir-se a obrigatoriedade de assistência e também de aprendizagem aos trabalhadores menores, tendo em seu art. 157, inc. IX, elevado a idade mínima para a execução de trabalho noturno de 16 para 18 anos de idade.

Já a Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, descendente de um governo militar, manteve a obrigatoriedade do ensino primário gratuito a ser administrada pelas empresas industriais, porém retrocedeu ao suprimir a vedação de discriminação salarial em razão da idade além de reduzir o limite de idade para ingresso no mercado de trabalho para 12 anos. Conforme o teor do inciso X do art. 158: “proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres. ”

Em 1968, com a Emenda Constitucional de nº 1, houve uma modificação neste dispositivo, o que provocou frustração aos que combatiam essa prática, pois, a alteração foi apenas na redação, sendo o retrocesso ocorrido em 1967, reproduzido na íntegra *in verbis*: “ X -proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos. ”

Enfim, chegamos a época de grandes mudanças e garantias constitucionais trazidas pela Carta Magna, ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, onde em seu corpo normativo trouxe em seu art. 7º trinta e quatro incisos referentes ao direito do trabalhador, dentre os quais previa no inc. XXXIII a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito



www.conteudojuridico.com.br

anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz, além do capítulo VII referente à família, à criança e ao adolescente, onde consagrou a Proteção Integral no art. 227, como um dos seus princípios basilares, sobre o qual falaremos no tópico seguinte.

O entendimento acima exposto, prevaleceu por cerca de 10 anos, até que, com o advento da Emenda Constitucional nº 20, publicada em dezembro de 1998, o inciso XXXIII da nossa Carta Magna recebeu nova redação, que aumentou a idade mínima para o trabalho de 14 para 16 anos, e estabeleceu, como piso para a aprendizagem, a idade de 14 anos. Eis o teor da nova redação: “XXXIII proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.” (BRASIL, 1988)

Estes limites ainda hoje fazem parte do nosso ordenamento jurídico pátrio, sobre os quais recaem aplauso e críticas, de modo que serão detalhadamente tratados no decorrer deste trabalho.

2.3. Princípios constitucionais: Proteção Integral

A nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotou integralmente a Doutrina internacional da Proteção Integral, cuja origem remota à Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que foi criada visando promover a criança, uma infância feliz e podendo gozar, em seu benefício, os direitos e liberdades garantidos através da medida legislativa. Em seu corpo normativo foram instituídos alguns princípios dentre os quais:

Princípio 2 - A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis **visando este objetivo** levar-se-ão em conta sobretudo, **os melhores interesses da criança**.



www.conteudojuridico.com.br

Princípio 9 - A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral. (REIS, 2015, p. 58/59, grifo nosso)

Tal medida transformou-se no princípio da Proteção Integral, consolidado no art. 227 da CF/88, nestes termos:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

De sorte que o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, vem invocando tal princípio, a fim de preservar todos os direitos inerentes ao trabalho precoce, condenando, por danos morais, a reclamada que contratou uma adolescente para trabalhar como atendente de balcão, sendo, esta, obrigada a limpar o chão e banheiros se utilizando de produtos nocivos a sua saúde, *in verbis*:

EMENTA: TRABALHO PRESUMIVELMENTE INSALUBRE DE ADOLESCENTE. **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. SITUAÇÃO ESPECIAL DE AMPARO AO LABOR PRECOCE.** [...] DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. **A Constituição Federal, no artigo 227, dispõe a respeito do princípio normativo da proteção integral às crianças e adolescentes. A Reclamante aduziu que trabalhava, quando adolescente, para a Reclamada nas funções de atendente de balcão, mas também era obrigada a limpar o chão, banheiros, paredes, balcão, tendo contato diretamente com produtos insalubres.** A alegação de **labor insalubre**, portanto, a envolver trabalhadora adolescente, **implica situação especial de proteção, com base no princípio constitucional da proteção integral (art. 227 da CF), (...)** A Constituição Federal, inclusive, proíbe o trabalho insalubre do adolescente (art. 7º, XXXIII), assim como a CLT (art. 405).



www.conteudojuridico.com.br

O labor previsivelmente insalubre da Reclamante, enquanto adolescente, dá ensejo, assim, ao pagamento da indenização por danos morais pleiteada, em razão da norma constitucional ora invocada, da proteção infanto-juvenil integral. Recurso da Autora a que se dá provimento, no particular. (TRT-9º, 2016, online, grifo nosso)

É importante esclarecer que, não demorou muito para que o legislador infraconstitucional, também positivasse tal princípio, tendo este sido incorporado na Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o chamado Estatuto da criança e do adolescente, no Título I, de forma taxativa e categórica, no art. 1º, *in verbis*: “Art. 1º Esta lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente”. (grifo nosso)

No entendimento de Antônio Chaves (1997, *apud*, OLIVA, 2006, p. 103) o significado da expressão proteção integral:

Quer dizer amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual irá fazer parte. (CHAVES, 1997, p. 103)

Somando a esse entendimento Paulo Afonso Garrido de Paula (2002, *apud*, OLIVA, 2006, p. 103) afirma que a proteção integral “constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”. Segundo o referido autor, na construção de ideia de proteção integral, partiu-se de manifesta obviedade:

Crianças e adolescentes reclamam proteção jurídica frente à família, à sociedade e ao Estado, entidades que não raras vezes, a pretexto de protegê-los, negam seus interesses, entre os quais os mais básicos. Integral, portanto, no sentido de totalidade de suas relações interpessoais, sem qualquer tipo de exclusão. (PAULA, 2002, p. 103)

Para o ilustre André Araújo Molina (2013, p. 161/162), podemos conceituar o princípio supracitado como:

O princípio da proteção integral como o mais especial do Direito do Trabalho busca equiparar no campo jurídico a desigualdade causada pela liberdade fática da economia. Ele radica, entre outros, no artigo 5º, *caput*, da Constituição, a igualdade em sua vertente substancial e não apenas formal, bem assim especificamente nas diversas normas



www.conteudojuridico.com.br

constitucionais de valorização do trabalho, sendo tal princípio subdividido em: *in dubio, pro operário*; aplicação da norma mais favorável; e aplicação da condição mais benéfica. (MOLINA, 2013, p. 161/162)

É notável, a importância do princípio da Proteção rotulada como INTEGRAL pois, teve como finalidade realçar a especial proteção, com absoluta prioridade, de forma completa, envolvendo agentes para sua efetivação como a família, a sociedade e o Estado, que por sua vez, se difere de forma discreta, do princípio da proteção integral no direito do trabalho que se inclina sob o objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes, qual seja o trabalhador.

2.3.1 Desdobramentos do princípio da proteção integral.

O desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca (2002, *apud*, OLIVA, 2006), desdobrou o princípio da proteção integral, para melhor compreensão, em seis outros princípios: da cidadania, do bem comum, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, do atendimento prioritário, da ação paritária e da proteção especial ao trabalho e à educação do adolescente portador de deficiência, sendo os três primeiros, encontrados no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob os quais analisaremos a seguir.

2.3.1.1 Princípio da cidadania

Nas lições de Fonseca (2002), mesmo no conceito tradicional de cidadania, que pressupõe a possibilidade de votar e ser votado e de exercício dos atos da vida civil, a Constituição Federal e o ECA conferiram poderes-deveres às crianças e aos adolescentes, incluindo-os, de forma tutelada, na vida cívica.

Depois de longos anos de sofrimento e esquecimento, criança e adolescentes denominados MENORES, passaram a ser reconhecidas como CIDADÃOS, deixando assim de serem objetos de direito, para tornarem-se sujeitos de direitos.

2.3.1.2 Princípio do bem comum

O estatuto da criança e do adolescente representa um conjunto de normas que visa o bem comum, conseqüentemente observamos que a interpretação deve ser realizada de modo a beneficiar todos, não devemos defender o direito de um em detrimento de outrem.

Temos sempre que buscar o equilíbrio, para que nenhum cidadão tenha seu direito violado, em decorrência de uma criança ou adolescente indisciplinado, em respeito ao princípio do bem comum todos são detentores de direitos e deveres, ou seja, devemos cumprir as regras mesmo se somos seres ainda em desenvolvimento.

Nesse mesmo entendimento, o princípio do bem comum para Ricardo Fonseca (2002), repousa na ideia de que as ações voltadas à proteção da criança e do adolescente devem considerar um universo maior, de modo a que sempre que se cuidem dos interesses infanto-juvenis, tornem-se em conta as necessidades gerais da sociedade, para que não se prejudiquem interesses outros.

2.3.1.3 Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento

Deste princípio deve-se levar em conta que tanto a família, como a sociedade e a população infanto-juvenil têm que estar preparados para entender que a criança e o adolescente são pessoas em processo de desenvolvimento, sendo, por isso, destinatários de proteção peculiar, advinda de normas especiais a eles dirigidas.

Segundo Antônio Carlos Gomes da Costa (2000 *apud* OLIVA 2006), a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento traz algumas implicações:

[...] primeiramente, o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas. (COSTA, 2000)

Vale frisar que pessoa em condição peculiar de desenvolvimento não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz, cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida pela família, pela sociedade e pelo Estado.

2.4 Princípio da Prioridade Absoluta e o princípio do melhor interesse

O princípio da Prioridade Absoluta é um princípio previsto no artigo 227 da CRFB que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem **com absoluta prioridade** e também com previsão no artigo 4º. Da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente temos que é dever da família, comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, a **efetivação** dos direitos. (grifo nosso)

Interessante ressaltar que não basta apenas a prioridade, faz-se necessário a efetivação desses direitos, *referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, conforme previsto no art. 4º do ECA. Assim, devem ser consideradas e implementadas as políticas públicas visando a prioridade da criança e do adolescente.

A prioridade da Infância e da Juventude também encontra ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que vem aplicando este princípio, inclusive com a condenação dos entes federativos em obrigação de fazer, rechaçando, nesta situação, a tese de que haveria quebra da harmonia entre os poderes, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICOS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL.

ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

12. O direito do menor à absoluta Prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, e o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. ” (STJ, 2004, online grifo nosso).

Nas lições de José Dantas Oliva (2006), o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, por sua vez, representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

Dessa forma esse princípio tornou-se tanto orientador para o legislador como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas.

Em suma, leciona Romero Vasconcelos (2009), esse princípio se preocupa com o bem-estar da criança e do adolescente acima de qualquer outro fator, vinculando o legislador, o juiz e qualquer outro administrador público a interpretar as normas constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente em prol da qualidade de vida desses sujeitos em evolução.

Os princípios analisados, nos retrata a importância de proteger as criança e adolescentes, a fim de que não sejam novamente taxadas como objetos, como pessoas delinquentes denominadas MENORES, que sua infância seja preservada afastando delas o trabalho precoce e introduzindo-as nas escolas com a finalidade de buscar um futuro melhor.

3. O TRABALHO ARTÍSTICO E AS CONSEQUÊNCIAS ESCONDIDAS NA GLAMOURIZAÇÃO.

3.1 A criança, o *glamour* e o trabalho

A realidade brasileira sempre buscou retratar como trabalho infantil aquele realizado por meninos pobres, órfãos e carentes; responsáveis pelo sustento da família. O que se percebe, é a preocupação em repudiar a exploração da mão de obra infantil, tão somente, naquelas atividades consideradas de risco, ignorando outras possíveis formas de trabalho, que também estão no rol daquelas que dificultam o sadio desenvolvimento mental da criança. (TORRES; SILVA, 2015)

As crianças, independente da classe social, devem ser expostas única e exclusivamente ao estudo e ao lazer, encaminhadas para uma um futuro promissor, passando pelas fases da vida de acordo com seu discernimento, para ao final tornarem-se adultos capacitados, com suas estruturas físicas e mentais preservadas. Devendo, no entanto, a sociedade, a família e sobretudo o Estado se mobilizarem a

fim de unirem esforços para que a educação e o desenvolvimento sadio desses seres, sejam prioridades, afastando-os de qualquer forma de exploração. (TORRES; SILVA, 2015)

De tal sorte é preciso atenção, pois a fase da infância e da adolescência são períodos de descobertas, que podem vir acompanhadas de estímulos benéficos ou maléficos; desta forma parece importante observarmos os primeiros encantamentos dos pequenos no meio artístico, já que este envolvimento pode promover o resultado inverso ao esperado pois, em alguns casos, podem ser vistos como “mini adultos”, sendo expostos a riscos, tendo seus direitos e garantias violados. (SILVA, 2015)

É salutar que a prática de atividades artísticas como ballet, teatro e danças podem, em alguns casos, promover uma melhor desenvoltura, um entrosamento social, mas desde que esse exercício não se torne um empecilho a vida escolar, bem como passe a exigir um alto nível de profissionalização, saindo da brincadeira e tornando-se um trabalho artístico infantil.

É preciso cautela, visto que o trabalho artístico vem decorado com a glamourização, os holofotes estão sempre voltados para os pequenos, mas será que todo esse *glamour* persiste por trás das câmeras? Será que para ser tornarem artistas basta tão somente o talento espontâneo e a desinibição?

Uma pesquisa realizada pela advogada e professora Sandra Regina Cavalcante (2015), perguntou para as crianças e suas mães quais características essenciais para seguir uma carreira no meio artístico, as respostas foram surpreendentes, cumprir horários, ter muita garra para aguentar o que vem, ter humildade para esperar muitas horas para fazer pontinhas e aceitar um papel pequeno, foram algumas das afirmações, demonstrando que não basta o talento, mas sim perseverança seguir caminhos penosos ditos pelos contratantes.

Para CAVALCANTE (2011), a lista de aspectos desejáveis nos candidatos a artista mirim já permite vislumbrar a realidade escondida atrás do sonho e *glamour* da atividade artística.

A indagação da referida autora com as crianças, também nos demonstrou que muitas vezes elas exerciam aqueles papéis não por serem desinibidas, mas sim por serem obrigadas pelos genitores, ou até mesmo pelo caráter financeiro, visto que as mesmas afirmavam que não gostavam daquelas atividades, que os comerciais demoravam muito para serem gravados, a vontade de ir à praia ou ao aniversário de um colega e não poder, porque os finais de semana eram reservados a um estúdio de gravação, eram algumas das frustrações relatadas pelos pequenos, porém não tinham outra alternativa, porque os pais haviam assinado um contrato e agora eles teriam que cumpri-lo.

Para Vila Nova (*apud*, CAVALCANTE, 2011) o trabalho artístico, é abordado como o trabalho infantil das classes superiores, porque seduz considerável fatia da classe média. Além de ser um trabalho mais bem remunerado do que o "clássico" trabalho infantil.

É verdade que o trabalho artístico tem além das motivações financeiras, a vaidade dos pais e a ideia de que "se dar bem na vida" é conseguir sucesso e fama, sendo certo que os pais, muitas vezes vê na criança uma oportunidade a qual não conseguiu, uma frustração particular, acarretando em uma obrigação, uma expectativa e uma pressão ainda mais forte e prejudicial para o infante.

Por trás do *glamour* existe uma sombra negra, que atrapalha, prejudica, e até mesmo pode causar um trauma perpétuo na vida dos infantes. Direitos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da criança e do adolescente são cotidianamente desrespeitados pelos agenciadores e produtores, sendo tais atos maquiados com alvarás judiciais interpretados à própria discricionariedade, dos contratantes.

A psicóloga Renata Lacombe, relembrou sua experiência em um ambiente artístico afirmando:

Ao longo dessa experiência, encontrei, conheci e fiz vínculos com muitas crianças habitantes desse estranho mundo dos bastidores. Algumas, ainda bem novas, já são veteranas e circulam por esse mundo com uma desenvoltura surpreendente. São capazes de

trabalhar muito duro, viajar todas as semanas de suas cidades para os estúdios e suportar, muitas vezes, a incompreensão e a insensibilidade dos adultos que as cercam. Mesmo assim, permanecem com uma obstinação "de adulto". **Em alguns casos, o desejo que sustenta esta obstinação estava claramente na mãe e no pai.** Em outros, na própria criança. Em geral, ocorria uma mistura distinta de desejos que, de uma maneira ou de outra, tomavam conta do universo dessas crianças. **Outra observação, captada na prática e que pode ser útil ao desenvolvimento deste trabalho, aponta a televisão como um dos maiores estimuladores culturais no cotidiano dessas crianças. Elas não têm, portanto, o hábito de frequentar teatro infantil ou de ler, por exemplo.** Em seus contextos familiares esses também não são, em geral, hábitos difundidos. O desejo de entrar para a TV estaria muito mais relacionado à possibilidade de se tornar "artista famoso" do que a exercer qualquer tipo de atividade artística. (LACOMBE, *apud* CAVALCANTE, 2011, p. 50/51, grifo nosso)

Para CAVALCANTE (2011), o importante relato evidencia que o trabalho infantil na televisão não é uma atividade cultural, que estimula o desenvolvimento da criança, mas sim um trabalho árduo, que exige esforço, dedicação e compromisso.

3.2 Consequências do trabalho precoce

Algumas vezes nos deparamos com crianças excepcionais, com níveis de Quociente de Inteligência (QI) acima da média, elas demonstram naturalmente maior preferência por atividades intelectuais, sendo certo que tal excepcionalidade não é o principal problema na vida das crianças. Segundo a psicóloga Carmen Mendoza, o contexto social e educacional despreparado para receber e estimular crianças talentosas, é o fator primordial para o problema. (CAVALCANTE, 2011)

Para a psicanalista Ana Maria Lencarelli (*apud*, CAVALCANTE, 2011), "o talento incomum na pouca idade constitui um perigoso desvio do desenvolvimento normal por levar a criança a fazer algo inadequado para a infância, sendo esta uma das formas de inclusão na vida adulta que vão custar caro".

Alguns exemplos emblemáticos que causaram abalos psíquicos em crianças, durante uma das cenas que participaram, vieram a público anos depois e o depoimento de alguns, demonstraram o quão difícil é a vida dos artistas mirins. Um

desses relatos é do ator Felipe Paulino, na época com 8 anos. Ele contou que o trauma após interpretar o menino atingido por um projétil de arma de fogo o perseguiu até a adolescência e acrescentou:

Filmar aquela cena foi um dos grandes traumas da minha vida. A preparadora de elenco fazia uns exercícios muito loucos para que eu tivesse medo do Leandro Firmino (*ator que interpretou o personagem Zé Pequeno*). A gente não podia almoçar junto, me deixavam em um quarto escuro, acendiam a luz de repente e o Leandro estava lá. **Aquilo ficou na minha mente por muito tempo.** (MARQUES, 2017, grifo nosso)

A carreira artística não traz somente *glamour*. Segundo GRUNSPUN, o cantor americano Robert Blake, que começou sua carreira com dois anos de idade, teria relatado:

Eu não era um astro infantil. Eu era um trabalhador infanti. De manhã, minha mãe me entregava para o estúdio da MGM como um cachorrinho em confiança... eu era como a maioria dos artistas mirins. **Eu interpretava porque me mandavam. Eu não gostava.** Não era um modo de se viver. (GRUNSPUN, *apud* OLIVA, 2010, p. 140/141, grifo nosso)

Para o referido autor, “forçar um garoto para ser artista é uma das piores coisas que podem acontecer a uma criança. Obriga-as a serem adultos quando ainda são crianças”.

Como também não podia deixar de mencionar, a história da precoce Máisa Silva, que estreou aos três anos de idade e aos sete já tinha uma rotina de adulto, pela manhã apresentava o Bom Dia e CIA, saindo da emissora diretamente para a escola, muito paparicada, rapidamente passou a fazer participações em outros programas de televisão, local esse onde protagonizou uma cena lamentável de choro e gritos, demonstrando está desorientada, e mais ao pleitear o colo da mãe, a mesma foi rejeitada e obrigada a retornar ao palco do Programa Silvio Santos, visto existir um contrato a ser respeitado. (CAVALCANTE, 2011)

Para o procurador do trabalho Rafael Dias Marques,

o trabalho artístico precisa ser bem incorporado pela psique infantil, principalmente quando sabemos que muitas carreiras são fugazes e elas podem se frustrar. Há crianças que choram, outras que



www.conteudojuridico.com.br

somatizam, confundem os papéis. Muitas vezes as pessoas só conseguem ver o lado da fama e esquecem o custo que isso pode ter, porque **prejuízos não acontecem de imediato. Eles vão sendo acumulados e começam a aparecer na vida adulta.** (MARQUES, 2017, online, grifo nosso)

De acordo com o psiquiatra Mario Louzã (2016), um dos problemas de atores mirins é se deslumbrar com a fama. Assim,

uma criança famosa terá que lidar com o fato de ser reconhecida e admirada por todos, ao mesmo tempo em que deve cumprir todas as etapas da vida de qualquer outra criança. Caso a criança fique muito vidrada com o narcisismo, que é natural tanto da idade quanto da fama, ela corre o risco de tornar o convívio insuportável com ela mesma, passando a ser sistematicamente ignorada pelas demais crianças. (LOUZÃ, *apud* JUNQUEIRA, 2016, online)

Segundo ele o sucesso relâmpago também é prejudicial, momento em que a criança pode desenvolver problemas mentais ou emocionais.

A psicanalista Tania Coelho dos Santos (2011), salienta que o tema deve ser amplamente discutido, pois não podemos deixar que os pais usem o talento dos filhos como um produto, levando-os bruscamente para o mercado artístico. Ressalta que em sua experiência clínica, muitas vezes, recebeu mulheres jovens que se tornaram, prematuramente, modelos no mercado da moda, por instigação de seus pais. Ademais,

nunca recebi um único caso proveniente de uma família abastada. Elas provinham de famílias pobres que esperavam que o sucesso da filha bonita trouxesse benefícios para seus pais e irmão. Por essa razão, foram entregues às agências de modelo que as enviaram para o exterior com 14 anos de idade. Essas meninas sofreram muito com a separação precoce e muitas desenvolvem sintomas psicológicos graves. Nesses casos, o laço entre o trabalho artístico da jovem e a ambição familiar é especialmente claro. (SANTOS, *apud* CAVALCANTE, 2011)

De tal feita, é evidente que a precocidade no meio artístico pode causar danos irreparáveis na vida de crianças e adolescentes, visto que muitas além de sofrer com as pressões do set de gravação, ainda tem de conviver com a pressão familiar, de que seu trabalho é que sustenta a casa. Ademais são expostas a ambientes que vão de

encontro com a moral e os bons costumes, participando de cenas inapropriadas, em período noturno e até mesmo insalubre.

Assim é importante destacar que, não podemos permitir que crianças e adolescentes se transformem em previdência privada dos pais, nem que sua espontaneidade seja um meio de negócio para as grandes produtoras, visto que assim sua dignidade, seus direitos adquiridos na Constituição da República Federativa do Brasil, estarão sendo gravemente violados. A arte deve ser desenvolvida a fim de expor o talento de forma sadia, educacional, como uma demonstração das habilidades naturais.

Investir nas habilidades artísticas das crianças deve ser sinônimo de estudo, explorar sua desenvoltura para o lazer social, como uma brincadeira, o trabalho precoce só atrapalha, e faz com que os traumas perpetuem ao longo de sua vida.

A criança terá direito a receber educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a um senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade, com oportunidade para brincar e divertir-se. (BRASIL, 1969)

4. TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL

4.1 Conflitos de normas para autorizar ou não trabalho artístico infantil

Depois de uma breve explanação sobre a história e a evolução do trabalho infantil, bem como a demonstração das possíveis consequências na vida dos pequenos, é preciso confessar que querendo ou não, tendo ou não consciência ou indiferença sobre o tema, nos deparamos diariamente assistindo ou até mesmo admirando uma atividade artística realizada por crianças em tenra idade, ou seja, involuntariamente o trabalho artístico infantil invade nossos lares cotidianamente e nada fazemos, ao contrário, nos encantamos com o ato.

Não devemos, porém, ignorar tal realidade, pois assim a realidade pode ignorar o direito, como bem adverte o jurista francês George Ripert.

De logo, esclarecemos que atualmente, no Brasil, não existe uma regulamentação do trabalho artístico infantil, visto que a nossa Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 7º, inciso XXXIII que “o trabalho não poderá ser exercido por menores de 16 anos, pondo a salvo o aprendiz com 14 anos, ou seja, em nada expõem sobre a atividade artística, nem tampouco sobre a permissão, mesmo que excepcional, antes dos 14 anos de idade”.

Tal questão também é reproduzida na legislação ordinária. No Estatuto da Criança e do Adolescente temos a vedação em seu art. 60 proibindo qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho, que em seu art. 403 reproduz a proibição descrita na Carta Magna.

De forma que, em havendo vários dispositivos proibindo qualquer forma de trabalho ao menor de 16 anos, como poderia uma criança exercer trabalho artístico, visto que este não é considerado uma atividade de aprendizagem.

Ocorre que a Convenção nº 138 sobre a idade mínima para admissão em emprego, ratificada pelo Decreto Presidencial nº 4.134 em 2002, estabelece em seu art. 8º que:

Artigo 8º. 1. **A autoridade competente poderá conceder**, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, **exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar**, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, **no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas**. (BRASIL, 2002, grifo nosso)

Para o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Lélío Bentes Corrêa (2015, p.175), há, neste artigo:

[...] inequívoca autorização normativa para permitir o trabalho artístico antes de completados os 16 anos de idade, independentemente de contrato de aprendizagem. Fica claro, no entanto, que isso só se dará mediante licença individual, emitida por autoridade competente, que limitará o número de horas e estabelecerá condições para o desenvolvimento do trabalho. (CORRÊA, 2015, p. 175)

Entretanto, é de suma importância indagarmos qual a natureza jurídica da Convenção nº 138 da OIT, para que possamos determinar em que grau de hierarquia normativa a mesma se encontra.

Desta forma podemos destacar que, como a referida norma não foi aprovada com os requisitos impostos no art. 5º, § 3º da CRFB/88, quais sejam, serem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, não poderia, esta, ter equivalência a Emenda Constitucional.

Para Flávia Piovesan (1997, p. 82), no entanto, já que a Convenção não preenche o disposto na CRFB/88, esta, por ser decorrente de um direito internacional, possuiria natureza jurídica de norma constitucional, sendo esta, incluída no elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, conforme dispõe o art. 5º, § 2º da Carta Magna.

Porém, mesmo diante de um tema bastante controvertido, é sabido que todas as normas que são ratificadas pelo Brasil sem o preenchimento dos requisitos existentes no art. 5º, § 3º da CRFB, possuem *status* de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, mas acima das leis, sendo tal entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, ao expressar, em sede de Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal.

De sorte que, por ser, a Convenção nº 138, norma supralegal, não teria esta, o condão de ignorar o disposto na Constituição da República e autorizar o trabalho artístico infantil antes da idade constitucional, sendo possível, para tanto, autorizado a mera participação em eventos artísticos.

Ademais, expõe que no plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 406, incisos I e II, permite, mediante autorização judicial, o trabalho de maiores de 16 anos em teatros de revistas, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings, estabelecimentos análogos ou em empresas circenses, desde que tenha fim educativo ou seja indispensável à própria subsistência ou de seus familiares.

Salienta, no entanto, que tal dispositivo clama por reforma e atualização à realidade atual, sendo, inclusive, considerado por alguns doutrinadores um artigo não recepcionado, vez que foi editado antes da promulgação da Constituição da República de 1988, além de violar gravemente o art. 227 da Lei Maior, que consagrou o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes.

Por fim, mas ainda diante de uma norma infraconstitucional, nos deparamos com o art. 149, inciso II, da Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que permite a participação de crianças e adolescentes, mediante autorização da autoridade judiciária fundamentada, caso a caso, em espetáculos públicos e seus ensaios e em certame de beleza. Ressaltando, portanto, a mera participação e não o trabalho artístico infantil.

De modo que, seguindo o entendimento majoritário da doutrina trabalhista, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a norma predominante nesta situação seria a Constituição da República Federativa do Brasil, visto ser a Lei Maior

do país, sendo, portanto, a Convenção nº 138 da OIT uma norma de caráter supralegal, não podendo, assim, autorizar o trabalho artístico infantil antes da idade constitucional.

4.2 Do projeto de lei para regulamentar a atividade artística infantil.

Atualmente existe um projeto de lei nº 231/2015 que tramita perante o Senado Federal, de autoria do Senador Valdir Raupp (MDB/RO), a fim alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para regulamentar o trabalho artístico infantil, sendo certo que essa proposta vem preocupando as associações de proteção ao trabalho infantil, visto ser algo frágil e suscetível a burlas. Para o Procurador do Trabalho, Rafael Dias Marques,

[...] é um projeto de lei muito tívio, muito frágil e que não traz a proteção necessária para as crianças e adolescentes que trabalham no meio artístico. É preciso avançar, é preciso que o projeto seja mais ousado e preveja outras questões, outros parâmetros mínimos de proteção para que uma criança ou adolescente possa trabalhar como artista mirim, tais como: a presença do responsável, a necessidade de se respeitar o direito à educação, o horário escolar, a compatibilização com a ida à escola, a necessidade de um laudo médico psicológico informando se aquela atividade não vai trazer prejuízos para o desenvolvimento da criança. (MARQUES, 2017, online)

Da mesma forma é o entendimento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, como bem afirmou a vice-presidente da Anamatra, Noemia Garcia, *in verbis*:

a entidade está preocupada com a regulamentação da atuação de crianças e adolescentes na atividade artística [...] o universo de glamour da TV, do cinema e de outras mídias pode esconder situações de exploração de menores, o que exige normas de proteção [...] atribuir somente aos pais o poder absoluto de autorizar a atividade, deixando o Estado de fora, de modo que **o trabalho seja considerado apenas uma mera manifestação artística e cultural, é um dos mais graves problemas do PLS 231/2015.**

Trabalho infantil artístico é trabalho sim, e deve ser tutelado pelo Estado. É uma exploração que muitas vezes conta com o deslumbramento e a cumplicidade dos pais e responsáveis [...]

Mesmo em atividades glamourosas, há risco para crianças. O marco regulatório é importante, mas não do modo atual. O PLS está longe de alcançar patamares mínimos de proteção. (GARCIA, 2017, online, grifo nosso)

De tal modo é importante esclarecer que o referido projeto de lei, visa retirar das mãos do Estado o poder de autorizar ou não uma atividade artística antes da idade constitucional, passando tal decisão para a livre discricionariedade dos detentores do poder familiar para adolescente maior de 14 (quatorze) anos e menor de 18 (dezoito) anos, e em se tratando de menores de 14 (quatorze) anos, estes além da autorização expressa, devem estar, obrigatoriamente, acompanhado de um responsável no ambiente da atividade artística.

A principal justificativa dos apoiadores do projeto de lei é a de que hoje, no Brasil, os artistas infantis encontram-se em uma situação de indefinição jurídica, em razão do texto exposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República, tendo estes que exercer a atividade sem vínculo formal de trabalho. Já a representante da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), Alice Voronoff, argumentou que:

A nossa **Constituição é muito enfática quando diz que é um direito de todos, inclusive das crianças, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou de licença**, de modo que a manifestação de menores em participações artísticas e desportivas, antes de ser qualificada como trabalho, é um desenvolvimento de sua personalidade. (VORONOFF, 2017, online)

Ocorre que crianças e adolescentes em tenra idade, não deveriam estar ligadas e preocupadas a assuntos relativos ao trabalho, mas sim a uma convivência familiar e social adequada, frequentando regularmente a comunidade escolar, dedicando-se, no tempo livre, ao lazer e as atividades culturais, de caráter puramente educativo, o que na prática não acontece, como bem expressa Sandra Cavalcante (2017),

o trabalho das crianças nessas produções geralmente é estressante e requer diversas tarefas, como decorar o texto antes, treinar as falas, marcar a cena e gravar a mesma cena várias vezes. Não há dúvidas de que é um trabalho. Tudo é ensaiado, nada é espontâneo. Nada é da livre espontaneidade da criança, então aquela coisa lúdica e

divertida pode se tornar muito complexa. (CAVALCANTE, 2017, online)

Ademais, é sabido que as autorizações judiciais para que crianças e adolescentes participem de alguma atividade artística variam de acordo com o caso concreto, então como poderia os detentores do poder familiar, geralmente os genitores, ao seu bel prazer, autorizar a realização de tal atividade? Como saberiam se aquela atividade poderia ou não trazer algum prejuízo para seus filhos? Os responsáveis, diante de um contrato valioso, pensariam no tempo em que aquelas crianças ficariam disponíveis para o trabalho?

Angélica Camargo (2010), já explicitava que por trás dos projetos de leis reservados a essa matéria, qual seja, trabalho artístico infantil, existiam interesses ocultos, dentre os quais os econômicos. De tal feita, sugeriu que tais projetos se preocupassem, pura e simplesmente em resguardar o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, jamais deixando, a critério dos pais, a tomada de uma decisão tão importante que, se não bem analisada, poderia trazer implicações para o desenvolvimento das crianças e adolescentes ao longo de suas vidas.

Diante de todo o exposto faz-se necessário a abordagem da diferenciação da participação para o trabalho infantil, bem como qual o órgão julgador competente para autorizá-las, o que faremos a seguir.

4.3 Participação ou trabalho artístico infantil? Quem pode autorizá-las?

Primeiramente é de suma importância destacar que há uma grande divergência no que diz respeito às nomenclaturas participação e trabalho artístico. Alguns estudiosos do tema defendem que o disciplinado no artigo 149, II, do Estatuto da criança e do adolescente expõe apenas a mera participação em alguma atividade artística, ou seja, aquelas em que ocorreriam em um curto tempo, sem remuneração, não alterando a rotina da criança. Nesse sentido é o entendimento da Coordenadoria

Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes (Coordinfância) do MPT,

ORIENTAÇÃO N. 1. Autorizações Judiciais para o Trabalho antes da idade mínima. Invalidez por vício de inconstitucionalidade. Inaplicabilidade dos arts. 405 e 406 da CLT. Inaplicabilidade do art. 149 do ECA como autorização para o trabalho de crianças e adolescentes. [...] III - **A autorização a que se refere o art. 149, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não envolve trabalho, mas a simples participação de criança e de adolescente em espetáculo público e seu ensaio e em certame de beleza.** (BRASIL, 2010, grifo nosso)

Já o trabalho artístico infantil, no entendimento do Órgão Ministerial, seria toda e qualquer forma de manifestação artística apreendida economicamente por outrem, bem como aquelas que demandam tempo à disposição da empresa contratante, com horários a cumprir, alterando a rotina do infante, sendo este autorizado caso a caso de forma excepcional. Assim dispõe:

ORIENTAÇÃO N.02. Trabalho Infantil Artístico. Proibição Geral para menores de 16 anos. Excepcionalidades. Condições Especiais. **I. O trabalho artístico, nele compreendido toda e qualquer manifestação artística apreendida economicamente por outrem, é proibido para menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, nos termos do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal.** [...] III. Em razão dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta, são condições especiais de trabalho a constar em qualquer alvará judicial que autorize o exercício de trabalho artístico para menores 16 anos, sob pena de invalidez: [...] (BRASIL, 2012, grifo nosso)

Para OLIVA (2010), apesar de ser nobre o propósito de tais distinções, se consagrada pela doutrina e pela jurisprudência ela poderá transformar-se naquilo que seus autores pretendiam evitar: uma porta escancarada para a fraude. Segundo o referido autor, o trabalho artístico infantil, poderia ser rotulado como uma mera participação artística, vitimizando assim, crianças e adolescentes.

Então, havendo uma distinção entre participação artística e trabalho artístico infantil, ou até mesmo a possibilidade de concessão de autorização para o trabalho

antes da idade constitucional, de quem seria a responsabilidade para autorizar tais atos, justiça comum ou justiça do trabalho?

O Estatuto da criança e do adolescente em seu artigo 149 dispõe que compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios, bem como em certames de beleza, sendo este entendimento firmado no artigo 406 da CLT, onde expõe: O Juiz de Menores (atualmente, Juiz da Infância e Juventude) poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405.

Ocorre que tais dispositivos vêm sendo questionados pela doutrina e pelo judiciário trabalhista, já que para eles o referido artigo da CLT pode ser considerado não recepcionado, pois contraria os princípios protetores dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil, e o mais importante argumento é de que com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho, o art. 114 da CRFB passou a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

[...]

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (BRASIL, 2018, online, grifo nosso)

Para OLIVA (2012), o judiciário trabalhista foi alçado à posição de merecido destaque, permitindo o constituinte derivado que deixasse de julgar apenas casos de empregados, para ele quaisquer questões relacionadas ao trabalho envolvendo até mesmo crianças ou adolescentes são de competência da Justiça do Trabalho, tendo sido revogadas, ainda que tacitamente, disposições contrárias. Nestes termos, leciona:

De qualquer modo, o artigo 114, I, da Constituição Federal, agora é de clareza solar: tratando-se de relações de trabalho (*lato* e não mais *stricto sensu*), **competete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações que delas se originarem**. A expressão relação de emprego é apenas conteúdo, ou seja, gênero que comporta múltiplas espécies, sendo a relação empregatícia só uma delas. (OLIVA, 2012, p. 135, grifo nosso)

Nessa esteira MARQUES (2016), não há ramo mais preparado para lidar com as questões que se apresentam nessas situações, estabelecendo as condições em que o trabalho será desenvolvido e os parâmetros protetivos aplicáveis. Ele segue citando OLIVA, *in verbis*:

Ora, se a Carta nada excepciona, com ela colidem as disposições infraconstitucionais que atribuíam ao Juiz da Infância e da Juventude a competência para outorgar permissões de trabalho nas situações já avendadas. Mesmo quando trata de um artista mirim, a sua atuação configurará trabalho no sentido *lato*, podendo ou não haver vínculo empregatício.

Caso a criança ou adolescente, no exercício de trabalho artístico, sofra algum dano moral, a competência para solucionar eventual litígio daí derivado, será da Justiça do Trabalho, art. 114 VI da Constituição Federal.

Na hipótese de sofrer a criança ou adolescente artista acidente no trabalho, trazendo-lhe, este, consequências danosas, uma vez mais será o Juiz do Trabalho competente para dirimir a controvérsia, por reparação de danos materiais e morais, conforme pacificado, pela Súmula Vinculante nº 22 do STF. (OLIVA, *apud* MARQUES, 2016, p. 79)

De outro lado, uma decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, em sede liminar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5326, suspendeu todos os efeitos dos atos anteriormente realizados a fim de:



www.conteudojuridico.com.br

[...], quanto a apreciação de pedidos de alvará visando a participação de crianças e adolescentes em representações artísticas e a criação do Juizado Especial na Justiça do Trabalho, ficando suspensos, por consequência, esses últimos preceitos. **Além, neste primeiro exame, assento ser da Justiça Comum a competência para analisar tais pedidos.** (SANTOS; MARQUES, 2016, p. 83)

Para Elisiane Santos e Rafael Marques (2016), a decisão do monocrática do STF, deve ser entendida como uma mera manifestação artística sem implicação econômica, concentrando-se na diversão, entretenimento, revelando-se o brincar no meio comunitário. Salientam, no entanto, que caberá aos Ministros da Corte Suprema fazer valer os princípios constitucionais, reconhecendo, a competência do juiz do Juiz do Trabalho para autorização excepcional para o labor artístico dos pequenos, pondo fim a quaisquer controvérsias.

De tal modo, podemos concluir que nossa legislação pátria, rejeita qualquer forma de trabalho antes da idade constitucional, salvo no que se refere a participação artística, onde, no caso concreto, o juiz decidirá se a atividade trará algum benefício ao desenvolvimento moral e intelectual daquela criança, sempre invocando os princípios da proteção integral e do melhor interesse.

Importante reafirmar que Convenção nº 138 da OIT ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, como uma norma supralegal, não tento, no entanto, o condão de contrariar nossa Lei Maior, porém, ressalto que em casos excepcionais, o trabalho artístico infantil poderá ser autorizado, resguardando todos dos direitos inerentes à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Quanto a autorização para participação ou, excepcionalmente, para o trabalho artístico infantil, esta permanece sob a ótica do Estado, mas precisamente pela Justiça do Trabalho e pela Justiça Comum, já que em uma decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio Mello do STF, determinou que as Recomendações expedidas por alguns Tribunais de Justiça, em conjunto com o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, fossem parcialmente suspensas.

Por fim, a autorização para o trabalho artístico infantil, ainda que de forma excepcional deve ser revista e apreciada com mais cautela, pois estamos diante de



www.conteudojuridico.com.br

seres em desenvolvimento, que não estão preparados para lidar com acontecimentos da vida adulta, sendo certo que em permanecendo a competência sob a jurisdição da Justiça do Trabalho, esta deve ao meu ver, municiar-se de profissionais como psicólogos, assistentes sociais, bem como com uma estrutura física que possa receber os pequenos “litigantes”, de forma acolhedora, a fim de que não se sintam constrangidas, o que algum acontecimento cause-lhes traumas permanentes.

5. Conclusão

No desenvolvimento do presente estudo, analisarmos os momentos históricos, refletimos o quanto fizemos crianças e adolescentes levarem uma vida de sofrimento, de angústia, sem perspectivas para o futuro, sem dignidade, vendo diante de seus olhos sua vida ser destruída em favor dos poderosos.

Diante das normas aplicadas, dos costumes da época, nos entristecemos, com a falta de dignidade para com seres humanos em formação psíquica e moral e concluímos que houveram pequenos avanços, pequenas tentativas de erradicação ao trabalho infanto-juvenil, tentativas essas que devemos implementar cotidianamente, a fim de que a erradicação ao trabalho precoce saia do plano das ideias e tornem-se um plano material e concreto.

Com a vida moderna nos deparamos com outros tipos de exploração da mão de obra infantil, o sonho do glamour, um talento precoce explorado pelos grandes produtores e muitas vezes pela própria família, ou seja, a atividade artística, que encanta meninos e meninas ainda muito cedo, com falsas perspectivas de fama, de holofotes, é uma verdadeira máquina de exploração, visto que nos bastidores a alta dedicação, os horários imprevisíveis, o lazer transformado em labor são uns dos dissabores da glamourização.

Após o estudo da presente monografia, baseada em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, bem como publicações de obras doutrinárias e artigos científicos relacionados a área do direito do trabalho e no direito da criança e do adolescente, e pesquisas de julgados dos tribunais superiores, relacionados ao tema. Pôde-se então esclarecer a problemática pretendida, ou seja, foi possível demonstrar se a autorização do trabalho artístico infantil antes dos 16 (dezesesseis) anos de idade, violaria a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? Tal trabalho poderia ocasionar consequências na vida dos infantes? Qual órgão julgador seria competente para autorizar o labor artístico?

Inicialmente o que se percebeu, foi a expressa determinação constitucional, que expõe ser determinadamente proibido qualquer forma de trabalho antes dos 16 anos, salvo o aprendiz aos 14 anos, evidenciamos, pois, que a Convenção nº 138,

contraria sim a Carta Magna, haja vista seu caráter supralegal, ou seja, diferentemente do que muitos imaginam, a referida convenção não ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com status de Emenda Constitucional, mesmo versando sobre direitos humanos.

Ademais, salienta a argumentação de alguns defensores da atividade, que afirmam ser uma liberdade de expressão artística, que a exposição artística não tem cunho laboral, mas sim uma demonstração espontânea da arte. Ocorre que, o fato de uma criança encontra-se a disposição das contratantes, recebendo remuneração, com horários controlados, tendo que honrar o contrato firmado, são provas de exploração infantil.

Destacamos ainda que, a mera participação em evento artístico não violaria a Carta Magna, já que seria algo eventual, sem prejuízos as atividades cotidianas da criança e do adolescente.

No pertinente as consequências do trabalho precoce, evidenciamos o total prejuízo ao direito a convivência social e familiar, bem como ao direito a educação, direitos esses consagradas na nossa Carta Magna, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescentes, tal exploração ocasiona prejuízos o seu desenvolvimento físico e mental, já que a exaustão laborativa, pode desencadear traumas e lesões profundas, pois crianças e adolescentes não possuem condições psicológicas para suportar uma rotina de responsabilidades, de cobranças, isoladas nos bastidores.

Desta forma, é evidente que a intenção do presente trabalho foi o combate ao trabalho travestido de fama e alegria, o labor escondido na glamourização, pois tudo aquilo que vemos na telinha, nada mais é do que uma farsa, pois aquelas crianças passaram horas se dedicando a grandes textos, cenas gravadas e regravadas, muitas vezes no horário noturno, prejudicando a saúde do sono, a saúde mental, impedindo seu pelo desenvolvimento, intervindo diretamente no seu desempenho escolar.

Sendo assim, acredito que com o conteúdo exposto, pode-se provocar debates, críticas, tendentes a abolir a exploração da mão de obra artística infanto-juvenil, que retira sonhos de seres humanos ainda em desenvolvimento, já que o trabalho precoce,



é um meio de se inviabilizar uma adequada formação educacional e profissional na vida de crianças e adolescentes. Além disso, deseja-se que esta pesquisa ultrapasse barreiras a fim de, efetivamente, contribuir para as mudanças culturais da sociedade e do Estado, evitando que esses artistas mirins tenham diariamente seus direitos violados diante dos olhos daqueles que deveriam resguardar os direitos adquiridos ao longo da história.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **Revista da associação dos magistrados da justiça do trabalho da 15º região**. São Paulo: LTR, 2010.

ANDREUCCI, A.C.P.T.; CARACIOLA, A.B.; JUNQUEIRA, M.A., org. **Estatuto da criança e do adolescente: 25 anos**. São Paulo: LTR, 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 05 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 05 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto n.º 1.313**, de 17 de janeiro de 1891. Estabelece providências para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fábricas da Capital Federal. Sala das sessões do Governo Provisório, 3º da República. Acesso em 05 jan. 2018.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.mpt.gov.br/camara_Arquivos/CCR109472012201.pdf> Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei nº 231/2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/material/120768>> Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Senado Notícias. **Projeto acaba com exigência de autorização judicial para trabalhos artísticos de crianças**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/2017/11/projeto-acaba-com-exigencia-de> -



www.conteudojuridico.com.br

[autorizacao-judicial-para-trabalhos-artisticos-de-criancas](#)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 577.836**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/imprensa/pdf/resp577836.pdf>> Acesso em 01 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> Acesso em 01 mai. 2018.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTR, 2011.

DUTRA, Maria Zuila Lima. **Meninas domésticas, infâncias perdidas**. São Paulo: LTR, 2007.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2008.

JUNQUEIRA, Camila. **Atores mirins revelam depressão e traumas. Psiquiatra explica por que isso acontece**. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/entretenimento/538240/atoresmirinsrevelamdepressae-traumas-psiquiatra-explica-por-que-isso-acontece>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

LEOPOLDINO, João Bosco. **O trabalho infantil – As alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/98 no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.jbleopoldino.com.br/trabalho-infantil-as-alteracoes-promovidas-pela-emenda-constitucional-n-2098-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 01 mai. 2018.

MARQUES, Raquel. **Os limites do trabalho infantil artístico**. Disponível em: <<http://www.chegadetrabalho infantil.org.br/noticias/materias/os-limites-trabalho-infantil-artistico/>>. Acesso em: 16 mai. 2018.

MELO, G.A.B; CÉSAR, J.B.M., org. **Trabalho infantil mitos, realidades e perspectivas**. São Paulo: LTR, 2016.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos princípios trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2013.

MOURA, Dulcilene Simões Rosa Alves de; MOURA, Marcelo Antônio de Oliveira Alves de. **COMPETÊNCIA para autorizar o trabalho do menor: justiça comum estadual ou justiça do trabalho?** Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/competencia-para-autorizar-o-trabalho-do-menor-justica-comum-estadual-ou-justica-do-trabalho/>> Acesso em: 14 jun. 2017.

NOCCHI, A.S.P; FAVA, M.N.; CORREA, L.B., org. **Criança e trabalho: da exploração à educação**. São Paulo: LTR, 2015.



www.conteudojuridico.com.br

OLIVA, José Roberto Dantas. **Competência para (des) autorizar o trabalho infantil.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-out-16/jose-roberto-oliva-competencia-desautorizar-trabalho-infantil>> Acesso em: 12 dez. 2017.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O Princípio da Proteção Integral e o Trabalho da Criança e do Adolescente no Brasil.** São Paulo: LTR, 2006.

_____. **O que é trabalho infantil.** Disponível em: <<http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal/mpt/sala-imprensa/mpt>> Acesso em: 06 mai. 2018.

PEREZ, Viviane Matos González. **Regulamentação do trabalho do adolescente.** Curitiba: Juruá, 2008.

PRIORE, Mary Del. **História das Crianças no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2013.

REIS, Jair Teixeira dos. **Direito da criança e do adolescente.** São Paulo: LTR, 2015.

VASCONCELO, Enéas Romero. **O princípio constitucional da prioridade absoluta da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <<https://direitoshumanosfundamentais.com/2009/01/14/o-principioconstitucional-da-prioridade-absoluta-da-crianca-e-do-adolescente/>>. Acesso em: 17 dez. 2017.