BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 876

(Ano X)

(20/10/2018)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2018

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: 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

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico

Publicação semanal em formato digital

Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

19/10/2018 Manoel Pastana
» Urna eletrônica, fraude: Bolsonaro tem razão

ARTIGOS

19/10/2018 Henrique Lucena de Sousa Ivaci
» Crimes contra a Ordem Tributária

19/10/2018 Yures Barbosa do Nascimento Júnior

» Análise sob a perspectiva constitucional da lei nº 12.760/2012: (in)coerências e (in)consistências

19/10/2018 Carolina Calhau de Castro e Andrade

» A necessidade de motivação da dispensa do empregado público: um estudo jurisprudencial

19/10/2018 Paula Naves Brigagão

» Desmaterializando o Ecocídio

18/10/2018 Beatriz Aparecida Soares Ganem

» A dignidade da pessoa humana como direito fundamental

18/10/2018 José Aécio Vasconcelos Filho

» A influência da teoria política de Maquiavel na obra de Shakespeare: diálogos entre Júlio César e o Príncipe

18/10/2018 Carolina Calhau de Castro e Andrade

» O contrato de trabalho na Administração Pública indireta

17/10/2018 Kennedy Elias Leite Santos Júnior

» Hediondez nos crimes de colarinho branco

17/10/2018 Rangel Brasil Ribeiro

» Análise descritiva dos meios de erradicação do trabalho infantil após a Constituição de 1988

17/10/2018 Bernardo Mello Portella Campos

» A insignificância na Lei 10.826/03

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

16/10/2018 Antonio Augusto Vilela

» O benefício previdenciário da assistência social: uma análise perfunctória sobre seus critérios objetivos e a divergência jurisprudência em relação a temática no direito pátrio

16/10/2018 Carolina Calhau de Castro e Andrade

» A importância da motivação no ato administrativo

16/10/2018 Thiago Guedes Alexandre

» Uma análise econômica do art. 223-G, §1º, incisos I a IV, da CLT

16/10/2018 Roberto Monteiro Pinho

» Judiciário se tornou o espectro do direito

15/10/2018 Natália Saab Martins da Silva

» A Defensoria Pública enquanto instituição do Sistema de Justiça no Código de Processo Civil de 2015

15/10/2018 Oswaldo Machado Neto

» O Estado de Coisas Inconstitucional - breve análise do instituto e da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca das garantias individuais

15/10/2018 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel

» Dormindo com o inimigo: Doenças criminalmente transmissíveis

15/10/2018 Alliny Mayara da Silva

» Homeschooling no Brasil: "Estado e família devem educar. Por que só o Estado pode?"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

URNA ELETRÔNICA, FRAUDE: BOLSONARO TEM RAZÃO

MANOEL PASTANA: Procurador da República e autor autobiográfico do livro "De Faxineiro a Procurador da República".

Entenda por que a urna eletrônica utilizada no Brasil não é aceita (nem de graça) em lugar algum do mundo.

Há três tipos de urnas eletrônicas: primeira, segunda e terceira gerações. A de primeira geração (utilizada no Brasil) funciona unicamente mediante registro digital, sendo inauditável, isto é, não pode ser submetida à conferência no caso de suspeita de fraude ou necessidade de fiscalização; a de segunda geração, além do registro digital, possui o impresso (físico), que pode ser submetido à conferência no caso de suspeita de fraude ou necessidade de fiscalização. A de terceira geração ainda está em fase de teste.

Dos países que adotaram a urna eletrônica de primeira geração, como Brasil, Holanda, Índia, Canadá, Estados Unidos (alguns Estados) etc., exceto o Brasil, **todos migraram para a urna eletrônica de segunda geração**. A Alemanha, que usou a urna de primeira geração, retornou para a votação manual porque a Justiça, naquele país, a declarou inconstitucional por falta de transparência. O Paraguai, que usava urnas eletrônicas emprestadas do Brasil, as devolveu e voltou à votação manual. Assim, o único país que ainda adota a urna eletrônica de primeira geração, que não pode ser submetida à conferência no caso de suspeita de fraude ou necessidade de fiscalização, é o Brasil.

Pergunta-se: **será que todos os países estão errados por não usarem a urna eletrônica de primeira geração e só o Brasil está certo ou é o contrário?**

É o Brasil que está errado. A escolha de governantes e representantes de um país não pode restar *ad eternum* sob suspeição por falta de transparência e/ou impossibilidade de fiscalização na contagem de votos. Na eleição presidencial de 2014, houve suspeita de que Dilma Rousseff teria sido beneficiada por fraudes nas urnas eletrônicas. Submetidas à auditoria, a apuração concluiu que as urnas eletrônicas utilizadas no Brasil são inauditáveis, ou seja, é impossível fazer conferência voto a voto, como se faz

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

na votação manual, bem como nas urnas de segunda geração, que possuem, além do registro digital, o impresso.

A partir dessa constatação, surgiu a ideia de elevar o Brasil ao patamar de outros países que adotam a urna eletrônica, porém a de segunda geração, que, além do registro eletrônico, possui o impresso. Foi do deputado federal Jair Bolsonaro o projeto de lei do voto impresso, que restou aprovado pelo Congresso Nacional, **porém a ex-presidente Dilma Rousseff vetou (curioso, não?).** Todavia, o veto foi derrubado e, assim, surgiu no mundo jurídico a Lei 13.165/2015, conhecida por Lei do Voto Impresso, obrigando as urnas eletrônicas brasileiras a adotarem o registro impresso nos moldes das urnas eletrônicas de segunda geração, utilizadas pelos demais países do planeta.

Na votação da urna de primeira geração (urna adotada no Brasil), o eleitor digita o número do candidato em quem deseja votar e a foto dele aparece no visor luminoso. Após o acionamento da tecla "confirma", só resta ao eleitor a lembrança na memória de que apareceu a foto do candidato no qual ele **imagina ter votado**. Fora a sua própria memória, ele não tem nenhuma prova e nem fica consignado em registro físico algum que o eleitor votou naquele candidato, ademais, sequer pode fotografar o voto porque a lei proíbe.

Caso fosse cumprido o que determina a Lei do Voto Impresso, na hora da votação, além de aparecer a foto, também apareceria um comprovante de votação no candidato escolhido. Conferido a foto e o comprovante, o eleitor acionaria a tecla "confirma" e o comprovante seria impresso e depositado na própria urna, ou seja, o eleitor não poderia levar o comprovante consigo. O impresso seria uma prova física, que permaneceria na urna, a ser consultada, caso fosse necessário.

Da forma que é registrado o voto na urna atual, não existe nenhuma prova de que o eleitor votou neste ou naquele candidato, assim, é impossível fazer auditoria, no caso de suspeita de fraude. Quando atuei como procurador eleitoral, certa vez fui procurado por um candidato, acompanhado da esposa e filho. O candidato me disse que na seção onde os dois votaram o BU (boletim de urna) registrou zero voto no seu nome, embora os dois tenham jurado que votaram nele (reclamação desse tipo é comum no Brasil inteiro).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Embora eu tenha entendido que a reclamação procedia, aconselhei o reclamante a desistir, pois não haveria possibilidade alguma de verificar na urna eletrônica o motivo de os votos dos dois eleitores não terem sido computados para ele, uma vez que o único registro impresso que urna adotada no Brasil contém é o BU - só registrando o número de eleitores votantes e a totalidade de votos obtidos por candidato. No caso em tela, no registro do BU não aparecia nenhuma irregularidade, pois a soma do número de votos de cada candidato era igual ao número de eleitores votantes. **Tudo leva a crer que os votos da esposa e do filho foram computados para outro candidato.**

Caso houvesse o registro impresso do voto como determina a Lei do Voto Impresso, bastaria conferir voto por voto o comprovante depositado na urna e o mistério seria desvendado. **O STF suspendeu a aplicação da Lei do Voto Impresso porque entendeu, equivocadamente, que a impressão do voto viola o seu sigilo.** Ora, o sigilo do voto existe bem antes da adoção da urna eletrônica, quando a votação era manual, sendo que nesse tipo de votação a apuração é feita voto por voto e nunca ninguém alegou violação do sigilo, até porque o voto tinha que ser contado manualmente.

Assim, por que somente depois da existência da urna eletrônica é que a contagem voto a voto passou a violar o sigilo? Na verdade, o STF confundiu **votação** com **apuração**. É que o processo eleitoral é composto de várias fases, tais como alistamento eleitoral, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda eleitoral, **votação, apuração**, proclamação dos resultados, prestação de contas da campanha eleitoral e diplomação. Dessas fases, a única que deve ser mantida sob sigilo é a **votação**, as demais não estão submetidas a sigilo, ao contrário, reclamam transparência, a fim de que não pairam dúvida no resultado da eleição.

Prossigo amanhã com a terceira parte do artigo no qual mostro como é possível fraudar a urna eletrônica utilizada no Brasil, bem como é possível o eleitor votar em lebre, pensando que está votando em coelho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

HENRIQUE LUCENA DE SOUSA IVACI:
Aluno do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins.

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO [1]

RESUMO: O presente trabalho apresentara os crimes contra a ordem tributária e descrevera os diversos aspectos da sonegação fiscal. O estudo teve como objetivo geral apresentar a sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária, fazendo menção as novas decisões jurídicas referente à extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributaria. Quanto os objetivos específicos são; demonstrar os principais aspectos de sonegação fiscal e do crime contra a ordem tributária; demonstrar o ilícito fiscal tributário e o ilícito administrativo, apresentar e analisar os crimes definidos na Lei 8.137/90 e explanar e refletir sobre o caput do art. 1 º desta lei o qual exige um resultado para existência do crime tributário. Buscou-se por meio da pesquisa bibliográfica, exploratória de natureza qualitativa, informações que possibilitassem a abordagem dos principais aspectos com relação ao tema. Após analisar os dados da pesquisa bibliográfica, pode se concluir que, às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal têm sustentado que, por serem materiais, os delitos previstos no artigo 1º, da Lei nº. 8.137 de 1990, só têm consumação a partir do lançamento definitivo do crédito tributário na esfera administrativa, sendo só a partir desse momento que o crédito torna-se exigível e executável, só após essa comprovação deste será possível constatar se efetivamente ocorreu redução ou supressão de tributo. Foi visto também ser possível a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária através do pagamento integral do que é devido, podendo este ser realizado em qualquer momento da ação penal.

Palavras-chave: Crimes contra a ordem tributária; Extinção da punibilidade; Posição jurídica; Sonegação fiscal.

INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

As argumentações sobre sonegação fiscal e dos crimes ordem tributaria aqui contido teve como a finalidade de apresentar o maior conhecimento destes deixando claras as mudanças legislativas ocorridas.

Os questionamentos que nortearam a elaboração deste trabalho que foram: Quais são os embasamentos judiciais com referencia a sonegação fiscal e do crime contra a ordem tributária? Qual entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal com relação extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributária?

O estudo teve como objetivo geral apresentar a sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária, fazendo menção às novas decisões jurídicas referentes à extinção da punibilidade em crimes contra a ordem tributaria. Quanto os objetivos específicos são; demonstrar os principais aspectos de sonegação fiscal e do crime contra a ordem tributária; demonstrar o ilícito fiscal tributário e o ilícito administrativo, apresentar e analisar os crimes definidos na Lei 8.137/90 e explanar e das bases para reflexão sobre o caput do art. 1 º de esta lei o qual exige um resultado para existência do crime tributário.

Foi escolhido esse tema por tratar-se de um assunto de grande interesse profissional e importância inestimável para o estudo do Direito Constitucional e tributário.

A relevância deste estudo se apresenta também na possibilidade que esse trás de conhecer como o Supremo Tribunal Federal se posiciona sobre o sobre o tema.

O estudo aqui apresentado foi caracterizado como uma pesquisa exploratória, que utilizou o método uma vez que foram analisados os crimes contra a ordem tributária e a sonegação fiscal de uma forma geral, assim como todas as discussões a eles concernentes, para se conseguir ter uma conclusão específica. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica, com o intuito de abordar todas as informações relevantes, especialmente ao caput do art. 1 º de esta lei o qual exige um resultado para existência do crime tributário. Quanto à abordagem foi qualitativa, pois analisou e interpretou dados, teorias e fatos abordados buscando o entendimento do assunto, de forma analítica, para assim ter embasamento suficiente para as conclusões apresentadas.

Foi feito um embasamento teórico a acerca da constituição da sonegação fiscal e do crédito tributário, assim como referente ao

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

parcelamento e do pagamento do integral do débito, de forma a auxiliar a compreensão da consequência destes privilégios ao contribuinte, assim verificou os dispositivos relacionados aos crimes contra a ordem tributária, buscando proporcionar uma reflexão e clara compreensão sobre estes assuntos.

O levantamento sobre principais pontos da sonegação fiscal e dos crimes contra ordem tributária, não se esgota neste artigo cientifico, devido à extensão das argumentações e aspectos, ficando este como um ponto de partida para profissionais e estudiosos desenvolverem outros estudos, desdobrando os vararias temáticas que envolvem o tema.

1. A SONEGAÇÃO FISCAL

Em razão da necessidade de regulamentação específica, como se demonstrou, foi aplicada a Lei nº. 4.729, de 14 de julho de 1965, que trajou em envergadura quatro tipos penais. A determinadora dos crimes de sonegação fiscal veio a ser a face mais importante dentro da evolução legislativa sobre delitos de evasão tributária, pois, foi com seu estabelecimento que a resolveram importante e divergente doutrinária e jurisprudencial, preenchendo a brecha que existia no ordenamento jurídico.

> "Os crimes de sonegação fiscal foram definidos pela Lei 4.729/65, que representou a etapa mais importante da evolução legislativa sobre crimes relacionados com o descumprimento de obrigação tributária, iniciada em 1964, com a Lei no. 4.357, de 16 de julho daquele ano, que criou a forma equiparada de apropriação indébita de tributos, sempre que valores retidos pela fonte pagadora de rendimentos não fossem carreados para a Fazenda Pública". [2]

Ao fazer uma análise da Lei nº. 4.729/65 a Lei da Sonegação Fiscal, deixou claro que o propósito desta vem a ser fortificar o sistema de arrecadação dos tributos, represando a sonegação e todos os crimes contra a ordem publicam, mediante a imposição de sanções distintas, com caráter específico.

Porem, ela vem a tratar apenas desse conjunto de normas sancionadoras, sendo que todos os personagens contemplados por esta lei são descritos e previstas no normativo do Código Penal vigentes. [3].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com referencia aos Crimes de Sonegação Fiscal a lei 4.729/65, vem a ser o inicio do cuidar de maneira específica como crime tributário, sob o prisma penal da sonegação de tributos. [4]

È sabido que a definição legal de sonegação vem a esta fundamentada na supressão ou redução praticada através por meio de vários procedimentos utilizados pelos agentes econômicos contra a fazenda pública, classificados nos seguintes casos de sonegação fiscal: I - Esconder informação, ou dar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – Enganar por meio de fraude a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou escondendo operação seja de qualquer caráter, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Com o advento da lei, uma variedade de questões doutrinárias e jurisprudenciais foram solucionadas, apresentando como lacuna efetiva no ordenamento jurídico no que diz respeito ao princípio da reserva legal, em relação à ações tão variadas como a uma declaração falsa, a de omitir informações, notas ou faturas de forma adulterada, e alem de varias outras formas de sonegação.

Porem a esta lei ainda não foi o bastante para combate da prática da sonegação fiscal.

> "... a lei 4.729/65 jamais chegou a cumprir seu desiderato de combater a sonegação fiscal, talvez por desídia do aparelho fiscal estadual, que, ao que parece, nunca se convenceu sobre qual seria a melhor política: contar com a receita que representava multa ou despender recursos financeiros para processar e encarar os sonegador. A lei 8.137/90 disciplinou inteiramente a matéria tratada na Lei 4.729/65 contemplou, em grande parte, as condutas já apenadas pela lei 4.729/65, não se limitando a isto, porém, alargando em muito o aspecto apenador daquele diploma anterior, não apenas no que tange às condutas incriminadas, com principalmente, com o recrudescimento das penas cominadas. Mesmo regulando inteiramente a matéria da Lei 4.729/65, a Lei 8.137/90 o fez de modo diverso,transformando os delitos tributários, antes formais, em crimes materiais

> ou de resultado, tornando também, ainda mais severa, a sanção penal, em relação ao diploma anterior. "[5]

Para que de início a uma Ação Penal Tributária relativo ao crime de sonegação fiscal, é necessário a consumação material do delito, sendo obrigatória, o envio da notícia crime ao Ministério Público, sob pena, de carência da Ação Penal por falta do item 'justa causa'.

Assim é claro o engano do legislador quando determinou a pena mais moderada aos crimes de sonegação. Se tornando necessária a elaboração de uma legislação que contemplasse normas com o objetivo de defender os interesses estatais na arrecadação de tributos, barrando os impasses doutrinários e jurisprudenciais com referencia a tipicidade ou não das ações de sonegação. Pois além de conter brechas, a Lei nº. 4.729/65 foi insuficiente para a coibição da prática criminosa, dentro dessa conjuntura e feita à criação da Lei nº. 8.137/90.

2. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

> Em 1990, com o advento da Lei n. 8.137, restaram definidos os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, já tratados como crimes de sonegação fiscal pela Lei n. 4.729/1965. Observando-se referida normativa, é possível verificar que há uma divisão referente ao agente do ilícito tributário. Enquanto que os artigos 1º e 2º da lei referem-se aos crimes tributários praticados por particulares, no artigo 3º estão dispostos os crimes contra a ordem tributária praticada por funcionários públicos. [6]

s crimes contra a ordem tributária adquiriram destaque surgimento da Lei nº. 8137, que trouxe os tipos normativos, veio elaborar as regras de conduta a serem seguidas pelo sujeito passivo da obrigação tributária, com o intuito de coagir e reduzir a ação nociva dos possíveis infratores.

> "Esta forma de delito não comporta tentativa por que até o momento final do prazo para cumprir a obrigação acessória, em regra, com data e assinaturado sujeito passivo, ela não produz efeitos. Mas, agindo e completando-o, lançando a firma, estará consumado com a sua entrega na repartição." [7]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Na definição dos crimes tributários, veio ser considerado as varias formas de evasão fiscal, seja pela ação ou omissão do agente, que tem como finalidade o não recolhimento do tributo ou o recolhimento menor que o devido.

2.1. Ordem tributária um bem jurídico

Antes de entra no crime propriamente dito torna-se necessário conhecer a ordem tributária.

A ordem tributária e vista como um intricado de normas jurídicas que vem a limitar o poder de instituir e cobrar tributos, sem os crimes contra a ordem tributária os realizados em agravo da eficácia dessas normas. Sendo assim o autor diz que "o objeto desses crimes é a eficácia da ordem tributária." [8]

O bem jurídico é a função tributária do Estado, a função arrecadadora do Estado, ou ainda, seria o Erário Público, os cofres públicos, é então o bem estaria relacionado com a atividade institucional de arrecadação de tributos, pelos interesses estatais vinculados à arrecadação de tributos devidos à Fazenda Pública, protegendo o Erário Público, a Fé Pública e a Administração Pública. [9]

> "No caso dos crimes sob estudo, considerou o legislador que a ordem tributária constitui um bem digno de proteção penal, tanto por sua relevância social quanto pela ineficácia das sanções de caráter civil, em sentido amplo, postas em sua defesa. (...) o legislador nacional, (...) erigiu a ordem tributária em bem jurídico fundamental, suscetível de proteção do direito penal. Assim procedeu, levando em conta também o desvalor social da conduta lesiva ou perigosa ao bem jurídico." [10]

Ante o exposto, em relação a todos esses crimes, o bem jurídico protegido é a ordem tributária.

2.2 Da ação penal nos crimes contra a ordem tributária.

O ato da ação penal nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90 é pública incondicionada, porem isso não proporciona ao Ministério Público o poder de fazer sua execução, ou seja, promove-la antes de encerrado o processo administrativo de lançamento. Sendo apenas

depois de gastos todos os procedimentos na via administrativa que é cabível a proposta da ação penal por crimes contra a ordem tributária.[11]

2.3 Dos crimes contra a ordem tributária consoante disposto na Lei n. 8.137/90

Em 27 de dezembro de 1990 surgiu a Lei nº. 8.137, que teve sua origem de certa forma do Projeto de Lei 4.788-A de 1990, Essa lei que trata sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências.

> "O aperfeiçoamento do tipo penal depende da ocorrência da supressão ou redução do tributo. Ainda que trata-se de "crime material de dano, pois para sua consumação é necessário a ocorrência do resultado consistente na supressão ou redução do tributo." [12]

Sobre o caput do art. 1 º da Lei 8.137/90, este exige um resultado para que o crime tributário possa a vir a existir. Interrupção ou menor proporção do que devido do tributo vem a ser determinada nos diversos incisos desta lei, assim como as atuações e as modo do agente obter o resultado, semelhante ao ladrão, previsto no art. 171, do Código Penal. [13]

Em virtude deste fato é impossível o argumento sobre crime contra a ordem tributária, sem que possua a prova de extinção ou diminuição do tributo, devendo essa comprovação ocorre antes da ação penal, por meios especializados e próprios para resolver esse problema de Direito Tributário.

Já o artigo 2º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 apresenta o crime de inadimplemento fraudulento de obrigação acessória.

> "Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; (...)."[14]

"As condutas dispostas no tipo "dizem respeito a fato relevante do ponto de vista tributário, vale dizer, fato que participa na formação da relação obrigacional tributária." [15]

É exposto no inciso II, do artigo Art. 2 que é previsto como crime com relação ao não pagamento de tributo, não recolher em prazo legal, o valor de tributo ou de contribuição social, estando esse na qualidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

sujeito passivo de obrigação e que deveria efetuar o recolhimento aos cofres públicos. [16]

Sendo assim, o inciso II, do artigo Art. 2° vem a tratar dos aspectos da omissão do contribuinte.

No artigo 2º vem a tipifica também a respeito das condutas como criminosas, assim como apresentado abaixo.

> "Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: (...) III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública." [17]

Quanto aos crimes que venha a ser praticados por funcionários públicos, contra a ordem tributária, apesar de apresentados no Código Penal, estão também pautados no artigo 3º da Lei n. 8.137/90: Assim determinado:

> "Art. 3° Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I): I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> (três) a 8 (oito) anos, e multa. III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa." [18]

Vários autores afirmam que a única previsão de delito culposo que se apresenta na Lei 8.137 é de referencia aos tipos relativos aos crimes contra a relação de consumo constante no art. 7º, parágrafo único, não aparece a modalidade culposa, em domínio de crimes contra a ordem tributária aos quais se cuidamos artigos 1º, 2º e 3º desta lei.

È notório que a Lei 8.137/90 recuperou totalmente a matéria dos crimes contra a ordem jurídica tributária, uma vez que vem a definir os tipos penais, e dispor sobre multas e responsabilidades dos agentes, sobre a representação criminal, sendo dada uma abordagem abrangente e exaustiva que permite chegar a conclusão de que lei anterior se encontra retirada do contexto jurídico e de aplicabilidade, sendo então aceito como principal fonte de informação sobre c em matéria tributária as descritas na Lei 8.137, de 1990, estando revogada a Lei 4.729/65. [19]

2.4 . Elisão e evasão Fiscal

A evasão fiscal vem a ser o comportamento lícito do contribuinte, enquanto a elisão vem a ser a utilização de meios ilegítimos para se furtar ao pagamento do tributo. [20]

"A elisão é não entra na relação fiscal. A evasão é sair dela." [21]

Elisão diz respeito a prática dos atos lícitos, anteriores á incidência tributária, que visa obter legitima economia de tributos, por meio do impedimento do fato gerador, pela exclusão do contribuinte do âmbito de abrangência da norma ou por meio da redução do valor de tributos a pagar. Quanto a evasão fiscal diz respeito a pratica, durante ou posterior á incidência tributária, que utiliza de meios ilícitos como a fraude, simulação e sonegação, visando não pagar os tributos.

2.3 DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Por meio do advento da lei 4.729/65, foi dada o inicio da hipótese de apropriação indébita por equiparação, permitindo assim a suspensão da punibilidade em virtude do pagamento do tributo, em se tratando de crimes fiscais. Porem, o a referida vantagem vinha a ser operada apenas se o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

pagamento fosse anterior ao início do procedimento administrativo. Posteriormente, o Decreto-lei n. 157 de 1967, fez alterações no texto desta lei, contudo manteve a possibilidade da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, condicionada ao fato do pagamento ser realizado em segunda do julgamento da autoridade de primeira instância administrativa. [22]

Em 1990, por meio da Lei n. 8.137, ficou assim constante em seu art. 14 que: "Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nos artigos 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessório, antes do recebimento da denúncia." [23]

Esse dispositivo veio ser revogado em 1991, pela Lei n. 8.383/91, que revogou também, todos dispositivos que viessem a conter disposição em contrária. "Era a implantação do denominado terrorismo fiscal." [24]

Foi a partir da vigência da Lei n. 9.249/95, que a punibilidade dos crimes definidos nas Lei n. 8.137/90 e na Lei n. 4.729/65, se daria com a ação do agente de pagar o tributo antes do recebimento da denúncia, como esta disposto no art. 34 de referida norma. [25]

"O princípio da ultratividade da lei penal mais benéfica faz com que essa norma beneficie os agentes que cometeram crimes previstos nas leis mencionadas, mesmo em data anterior a 1-1-1996." [26]

No estabelecimento da Lei n. 10.684/2003, não constou que o pagamento ou o parcelamento teriam que ser realizados antes do recebimento da denuncia nos crimes contra a ordem tributária. Foi disciplinada em seu normativo a questão do parcelamento da dívida, o qual passa a suspender a pretensão punitiva do Estado. Sendo assim os juristas passam a entender que é permissível a declaração de extinção da punibilidade nos crimes tributários nos casos que o pagamento tenha sido feito a qualquer tempo da persecução penal. [27]

"Depois da Lei n. 10.684/03 o assunto pacificou-se." [28]

Porem em 2011, novas normas foram apresentadas a respeito, por meio da Lei 12.382/2011, foi previsto que não haverá extinção da punibilidade se o pagamento integral da dívida for feito após recebimento da denúncia, sendo tratado da mesma maneira, o parcelamento, ou seja só extinto a punitiva do Estado, se requerido anteriormente. [29]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Discute-se, então, se a norma trata apenas sobre o pagamento da dívida posterior ao parcelamento, ou de pagamento direto e integral da dívida.

> "Recentemente, quando se imaginava pacificado o assunto, a Lei n. 12.382, de 25 de fevereiro de 2011, veio com novos dispositivos que poderão suscitar controvérsias. Em seu art. 6º alterou a redação do art. 83, da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, inserindo no mesmo cinco parágrafos, com a renumeração do parágrafo único. O caput deste art. 83 já tivera sua redação alterada pela Lei n. 12.350, de 20 de dezembro de 2010. (...) Considerando que a regra do § 6º, que antes da Lei n. 12.350/2010 estava no parágrafo único, já havia sido alterado no sentido de se admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento feito a qualquer tempo, agora será suscitada a questão de saber se o fato de haver sido expressamente mantida deve ser entendido como uma reedição e, assim, voltaríamos à situação na qual o pagamento somente extinguiria a punibilidade se feito antes do recebimento da denúncia." [30]

"As causas de extinção da punibilidade atuam como inibidoras da aplicação da sanção penal, extinguindo o direito que tem o Estado de aplicar punição quando da ocorrência de crime de qualquer natureza." [31]

2.4 ENTENDIMENTO DO STJ COMO RELAÇÃO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA

Duas correntes manifestaram-se sobre o assunto no julgamento da dos embargos declaratórios na Ação Penal 516/DF.

> Na visão da primeira correnteo: (...) "a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito tributário somente seria admitida enquanto existente pretensão punitiva estatal (processo penal de conhecimento). Se já houver sentença penal condenatória transitada em julgado, surge a pretensão executória do Estado e não mais é possível a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida." Já a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> segunda corrente, defendida pelos demais ministros, e a que prevaleceu na Cúpula, concluiu que: "O pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário. Defende que o art. 9º da Lei n. 10.684/2003 não foi revogado e continua em vigor. Ao contrário das leis de ns. 11.941/2009 e 12.382/2011, a Lei n. 10.684/2003 trata de pagamento direto (e não de pagamento após parcelamento). Assim, o pagamento integral implica a extinção da punibilidade por força do §2º, do art. 9º da Lei n. 10.684/2003." [32]

O art. 9º da Lei n. 10.684/2003 deu brecha para o pagamento a qualquer tempo, uma vez que não normatizou nenhuma restrição quanto ao momento que deve ser feito o pagamento.

Quanto ao posicionamento quanto ao parcelamento da dívida nos procedimentos criminais tem-se

> "Na hipótese de parcelamento, conforme previsto na Lei n. 12.382/11, se dá a suspensão da pretensão punitiva do Estado, com relação aos crimes tributários, pelo período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, com a ressalva de que o pedido de parcelamento deverá ter sido formalizado antes do recebimento da denúncia no procedimento penal." [33]

Assim na visão do Supremo tribunal federal a respeito do momento do pagamento da dívida tributária, será considerado por este a possibilidade do parcelamento o pagamento poderá ocorre em qualquer momento da persecução penal, como acima exposto.

O STJ também é favorável à extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida em qualquer momento da ação penal, o que pode Sr visto proferido nos autos da ação penal 516/DF, proferido em recurso analisado pelo Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal apresenta a predominância de reconhecimento de se extinguir a punibilidade nos casos dos processos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

criminais tributários quando houver o pagamento da dívida, em qualquer que seja o momento do processo penal.

CONCLUSÃO

Após o levantamento dos dados da pesquisa bibliográfica, ficou claro que a introdução da Lei nº. 8.137/90 acabou disciplinando praticamente toda matéria que foi normatizada pela Lei nº. 4.729/65 pode ser atribuída como a causa de revogação desta.

Apesar de ser alvo de várias críticas por parte da doutrina e de advogados tributaristas, sendo considerado um instrumento de cobrança coativa de tributos por parte da administração, a Lei 8.137/90, mas no real essa lei que apresenta um enorme alcance social e é extremamente necessária, pois visa impedir que o Estado e a coletividade sofram com as ações de certos criminosos.

Foram apresentados elementos que comprovam que é primordial que o modo que se conduz a ação tributária penal, sendo necessária a consumação material do delito.

As discussões doutrinárias demonstraram a evolução do benefício da extinção da punibilidade nos crimes tributários, e a colocação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Concluindo-se que hoje em dia o posicionamento do STF e a favor da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária reconhecimento quando ao pagamento integral ou parcial da dívida, com a possibilidade da realização do pagamento a qualquer momento da ação penal, inclusive após sentença condenatória.

Após analisa os diversos aspectos da sonegação fica evidente que ele se caracteriza como um crime contra a ordem tributária e levando em conta que a ordem tributária é bem jurídico e dada a importante função dos tributos para o Estado manter e os setores básicos da sociedade, apresenta-se como um absurdo o entendimento de que ao efetuar o pagamento do tributo em qualquer momento processual garanta a exclusão da punibilidade, esse ato faz com que seja atribuída a importância apenas do pagamento, e não da sendo assim necessário a punição pela utilização de mecanismos fraudulentos para sonegar.

Por meio do material exposto pode se afirma que a atual forma de atuação do Direito Penal Tributário no Brasil demonstra que as condutas denominadas de crimes fiscais como sendo uma forma de coerção ao cidadão contribuinte, e que a extinção do crime pelo mero pagamento do

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tributo cobrado, torna sem sombras de dúvidas a ação, um instrumento ineficaz de mera arrecadação, indo contra a função punitiva do crime e de proteção aos bens jurídicos prevista no Direito penal

O cenário atual precisa de mudanças legais, visto a necessidade de se combater o crime contra a ordem tributaria que é a sonegação, pois os infratores estão sendo beneficiados pela própria lei.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Institui a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Brasília/DF, 27 de dezembro de 1990. In:. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/40. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na ação penal n. 516, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Britto. 2013. Disponível em:http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,crimes-contra-a-ordem-tributaria-e-a-extincao-da-unibilidade-segundo-entendimento-do-supremo-tribunal-Federal,51988.html . Acesso em: 10/03/2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados 2013. Manaus: Dizer o direito, 2014.

COÊLHO, Shacha Calmon Navarro. Teoria da Evasão e da Elisão em matéria Tributaria. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética. 1998.

COÊLHO. Antonio. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Comentários à Lei 8.137/90. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTA. Claudio. Crimes de Sonegação Fiscal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

CHEMIN, Beatris F. Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: Planejamento, elaboração e apresentação. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015.

FILHO, Andrade e OLIVEIRA Edmar. Direito Penal Tributário: Crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FILHO, Andrade e OLIVEIRA Edmar.Direito Penal Tributário - Crimes Contra A Ordem Tributária Contra Previdência Social. 7ed. São Paulo, Atlas, 2015.

GIL, Antonio C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 15ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus: 2013.

HARADA, Kiyoshi, FILHO Leonardo Musumecci. Crimes Contra a Ordem Tributária. Atlas, 2ª Ed. 2014.

JÚNIOR. César de Faria. O Processo Administrativo Fiscal e as Condições da Ação Penal nos Crimes tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JÚNIOR, Paulo José da Costa; DENARI, Zelmo. Infrações tributárias e delitos fiscais. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACHADO, Hugo de Britto. A norma Antielisão e o Princípio da Legalidade – Análise Critica do Parágrafo Único do Art 116 do CTN.. O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104. São Paulo: Dialética, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 76, v. 617, p. 259-266, mar. 1987.

RODRIGUES, Maria Lucia; LIMENA, Maria Margarida Cavalcanti (Orgs.). Metodologias multidimensionais em Ciências Humanas. Brasília: Líber Livros Editora, 2006.

NOTAS:

[1] Professor de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: luizrodrigues@catolica-to.edu.br.

[2] FILHO Andrade e OLIVEIRA Edmar. Direito Penal Tributário: Crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

[3] PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 76, v. 617, p. 259-266, mar. 1987.

[4] COSTA. Claudio. Crimes de Sonegação Fiscal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003

[5] FILHO Andrade e OLIVEIRA Edmar.Direito Penal Tributário - Crimes Contra A Ordem Tributária Contra Previdência Social. 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2015.

[6] BRASIL. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Institui a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Brasília/DF, 27 de dezembro de 1990. In:. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/40. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[7] CORRÊA, A. Dos crimes contra a ordem tributária: comentários à Lei nº 8.137/90. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[8] MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.330.

[9] ALENCAR, Romero.Crimes Contra a Ordem Tributária: Legitimidade da tutela penal e inadequação político-criminal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo. 1º ed. São Paulo: Impactus, 2008.

[10] MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.332.

[11]HARADA, Kiyoshi, FILHO Leonardo Musumecci. Crimes Contra a Ordem Tributária. AtlAS, 2ª Ed. 2014.

[12]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.328

[13]JÚNIOR. César de Faria. O Processo Administrativo Fiscal e as Condições da Ação Penal nos Crimes tributários. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[14]BRASIL. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Institui a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Brasília/DF, 27 de dezembro de 1990. In:. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/40. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[15]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.339

[16]AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014..

[17]BRASIL. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Institui a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Brasília/DF, 27 de dezembro de 1990. In:. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/40. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004..

[18]FILHO Andrade e OLIVEIRA Edmar.Direito Penal Tributário - Crimes Contra A Ordem Tributária Contra Previdência Social. 7ed. São Paulo, Atlas, 2015.

[19]JÚNIOR, Paulo José da Costa; DENARI, Zelmo. Infrações tributárias e delitos fiscais. São Paulo: Saraiva, 1995.

[20]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

[21]COÊLHO, Shacha Calmon Navarro. Teoria da Evasão e da Elisão em matéria Tributaria. Planejamento Fiscal – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética. 1998, p.75.

[22]FILHO Andrade e OLIVEIRA Edmar.Direito Penal Tributário - Crimes Contra A Ordem Tributária Contra Previdência Social. 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2015.

[23]BRASIL. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Lei 8.137/90. Institui a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Brasília/DF, 27 de dezembro de 1990. In:. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/40. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

[24]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.384..

[25]GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 15ª Ed. Rio de Janeiro. Impetus: 2013

[26]HARADA, Kiyoshi, FILHO Leonardo Musumecci. Crimes Contra a Ordem Tributária. Atlas, 2ª Ed. 2014.

[27]AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[28]CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados 2013. Manaus: Dizer o direito, 2014.

[29]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.387.

[30]MACHADO, Hugo de Britto. Crimes contra a ordem tributária. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.387.

[31]PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de sonegação fiscal. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 76, v. 617, p. 259-266, mar. 1987.

[32]CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e STJ comentados 2013. Manaus: Dizer o direito, 2014.

[33]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na ação penal n. 516, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Britto. 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,crimes-contra-a-ordem-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

tributaria-e-a-extincao-daunibilidade-segundo-entendimento-do-supremo-tribunal-Federal,51988.html . Acesso em: 10/03/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DA LEI Nº 12.760/2012: (IN)COERÊNCIAS E (IN)CONSISTÊNCIAS

YURES BARBOSA DO NASCIMENTO JÚNIOR: Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

RESUMO: A Lei nº 12.760/2012, incidente, sobretudo, nas relações de trânsito, também conhecida como "Nova Lei Seca", tipifica condutas, prevê infração e estabelece outras limitações à conduta do condutor/usuário deste tipo de serviço. O princípios e garantias constitucionais, incidentes na carta magna como instrumentos de proteção do cidadão frente às ingerências estatais, podem ser considerados limitadores à incidência de deste margo legislativo junto às situações concretas. A presunção do estado de inocência, a proporcionalidade e a proporcionalidade/razoabilidade são alguns dos desideratos balizadores de políticas públicas que devem integrar os elementos constitutivos do ato administrativo, comprometendo a sua validade quando efetivados sem a devida observância. O abuso de poder e o desvio de finalidade, à luz do que estabelece os princípios e garantias constitucionais, quando praticados sob a tutela de determinada construção legislativa compromete não só a validade do ato, em um controle concreto, mas a própria força normativa da regra constitucionalmente comprometida. O clamor popular e a estatística de resultados, por si só, não justificam a permanência de construção normativa em afronta ao texto constitucional. O interesse social se sobrepõem ao que interessa individualmente ao cidadão, mas garantias há para que a pessoa se proteja do abuso e exagero estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Seca. Trânsito. Princípios Constitucionais. Constitucionalidade.

RESUMEN: *La Ley nº 12.760 / 2012, incidente, sobre todo, en las relaciones de tránsito, también conocida como "Nueva Ley Seca", tipifica conductas, prevé infracción y establece otras limitaciones a la conducta del conductor / usuario de este tipo de servicio. Los principios y garantías constitucionales, incidentes en la carta magna como instrumentos de protección del ciudadano frente a las injerencias estatales, pueden ser considerados limitadores a la incidencia de este margo legislativo ante las situaciones concretas. La presunción del estado de inocencia, la proporcionalidad y la*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

proporcionalidad / razonabilidad son algunos de los desideratos balizadores de políticas públicas que deben integrar los elementos constitutivos del acto administrativo, comprometiendo su validez cuando se efectúan sin la debida observancia. El abuso de poder y la desviación de propósito, a la luz de lo que establece los principios y garantías constitucionales, cuando se practican bajo la tutela de determinada construcción legislativa compromete no sólo la validez del acto, en un control concreto, sino la propia fuerza normativa de la regla constitucionalmente comprometida. El clamor popular y la estadística de resultados, por sí solos, no justifican la permanencia de construcción normativa en afrenta al texto constitucional. El interés social se superpone a lo que interesa individualmente al ciudadano, pero hay garantías para que la persona se proteja del abuso y exageración estatal.

***PALABRAS CLAVE**: Ley seca. Tránsito. Principios Constitucinal. Constitucionalidad.*

INTRODUÇÃO

Na data de 20 de dezembro de 2012, sem veto algum, a presidente Dilma Rousseff sancionou a lei 12.760/2012, que foi publicada no dia seguinte a denominada pela imprensa e conhecida pela população como a "Nova Lei Seca" (BRASIL, 2012).

Com intuito de impor penalidades ainda mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool ou de outra substância psicoativa, a nova lei seca alterou a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, apesar de já ter sido modificada no ano de 2008, através da antiga lei seca, Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008. (BRASIL, 2008)

Nota-se que no período de 15 (quinze) anos, a nova lei é mais uma tentativa, dentre outras com o mesmo objetivo, de diminuir os casos de acidentes provocados pelo uso do álcool e outras drogas.

A nova lei veio acarretada de polêmicas, já que algumas das alterações certificam novos meios para identificar um condutor alcoolizado,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

fora o teste do etilômetro (bafômetro). Além dessas novidades, altera ainda o valor da multa tipificado no Código de Trânsito Brasileiro, dobrando o valor para aqueles que agora forem pegos dirigindo, sem se falar que no caso de reincidência, este valor ainda pode ser dobrado se o ocorrido acontecer mais de uma vez no período de 12 meses.

De acordo com a nova redação da lei, além do teste do etilômetro, passa a ser aceito como prova da embriaguez do motorista o depoimento do policial, vídeos, testes clínicos e testemunhos de terceiros. Valendo-se ainda a autoridade policial e seus agentes de trânsito de qualquer outro tipo de prova que pode ser admitida no tribunal.

Mudanças essas devido à grande dificuldade da comprovação da embriaguez do motorista que só poderia ser constatada através do exame do etilômetro ou via exame de sangue. Porém, tais provas dependiam exclusivamente da colaboração da vítima, o que sempre era negado, já que a Constituição da República recepcionou o Pacto de São José da Costa Rica que garante o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo, chamado princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se ipsum prodere).

Agora, com a nova redação da lei, foram ampliadas as possibilidades de provas, caso o condutor se recuse passar pelo exame do etilômetro, a autoridade de trânsito e seus agentes poderão confirmar a alteração da capacidade psicomotora através do exame de sangue, exames clínicos, perícia, vídeo, prova testemunhal, pelos sinais que indiquem a alteração como: vermelhidão dos olhos, odor de álcool no hálito, vômito, sonolência, soluços, desordem nas vestes, agressividade, arrogância, exaltação, ironia, verborragia, dispersão, dificuldade no equilíbrio e também se o condutor sabe onde se encontra a data e hora, seu endereço e, claro, se sabe seu nome ou por qualquer outros meios de provas admitidos em direito.

Neste cenário, destaca-se a atuação do Conselho Nacional de Trânsito (COTRAN), ao emitir a Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 (BRASIL, 2013), com intuito de sanar as omissões da nova lei e apresentar os procedimentos que deveriam ser adotados pela autoridade de trânsito e seus agentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Tal medida acentuou o grau de discricionariedade das autoridades de trânsito e seus agentes, que com o critério quantitativo dado pela resolução para distinguir a infração administrativa da criminal, incluiu o juízo no campo subjetivo, já que cada pessoa reage diferentemente frente ao álcool.

Por este critério, presume-se que com quantidade 6 (seis) decigramas de álcool no sangue ou 0,34 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expirado o condutor, a capacidade psicomotora torna-se alterada, se enquadrando no crime de embriaguez ao volante.

As consequências implementadas pelo novo marco legal, muitas inseridas no campo da subjetividade e da discricionariedade dos agentes administrativos, contrasta com o potencial lesivo aos direitos fundamentais daqueles que se colocam diante do juízo deliberativo desta fiscalização, podendo conviver com restrições não só no campo de sua locomoção, mas na vida social, cultural e econômica, graças as diversas repercussões das penalidades previstas em lei.

Por esta constatação, e por representar fator que se insere no contexto urbano de todo território brasileiro, sobressai a importância desta abordagem, sob o parâmetro constitucional, especialmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

1 A LEI SECA - LEI Nº 11.705/2008

A partir do momento em que o Legislador verificou a necessidade de controle dos índices de acidentes de trânsito em razão da ingestão de bebidas com teor alcoólica, sustentado em estatísticas que evidenciam a frustração das medidas coercitivas até então implementadas, decidiu-se por reformular o marco regulatório, agravando o aspecto punitivo.

Segundo Carlos Aberto Lopes:

> A chamada Lei Seca (Lei Federal nº 11.705 de 19 de junho de 2008) foi originada pela Exposição de Motivos Interministerial n° 13, de 21 de janeiro de 2008, assinada pelos então ministros Jorge Armando

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> Felix, da Secretaria Nacional Antidrogas; Tarso Genro, da Secretaria da Justiça; José Gomes Temporão, da Secretaria da Saúde; Márcio Fortes, da Secretaria das Cidades; Fernando Haddad, da Secretaria da Educação; e Alfredo Pereira do Nascimento, da Secretaria de Transportes, enviada ao então Excelentíssimo Senhor Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, este que na mesma data enviou a Mensagem Presidencial nº 20 ao Congresso Nacional, na forma de Medida Provisória que tomou o nº 415, que dá autoria ao Poder Executivo. Tal Medida Provisória nº 415, que se tornou no Projeto de Lei de Conversão nº 13, de 2008, recebeu a contribuição de 25 deputados e quatro senadores, estes que apresentaram 47 emendas e teve a relatoria do deputado Hugo Leal, antes de tornar-se na Lei nº 11.705/2008, esta que ficou conhecida como Lei Seca. (LOPES, 2012, p. 25 e 26).

A Lei nº 11.705/2008, nos termos do *caput* do seu artigo 1°, expressa a finalidade legal, indicando suas determinações. Destacam-se o índice de alcoolemia zero (no trânsito) e a existência de penalidades mais severas (BRASIL, 2008).

Luiz Flávio Gomes (2008, p. 357), comenta que o legislador desejou, por via legislativa, enfrentar uma das tragédias mais gritantes do nosso país, as mortes e acidentes no trânsito ocasionados pela ingestão de bebidas alcoólicas. Contudo, a lei implementou benefícios e malefícios.

> A lei seca, como se vê, teve a virtude de sacudir a polícia e, em consequência, a sociedade brasileira (e chegou a alterar o comportamento dos motoristas no seu princípio de vigência). A sua parte administrativa (que é muito boa), desde que combinada com a severa fiscalização, pode gerar uma nova cultura, a de jamais dirigir depois de beber. Tudo isso é muito positivo. Na sua parte criminal, no entanto, foi um desastre: ao exigir uma determinada dosagem alcoólica (0,6

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> decigramas), beneficiou não só os delinquentes pretéritos (criando uma forma de "anistia") senão também os atuais futuros (em razão da dificuldade de comprovação da referida dosagem alcoólica). (GOMES, 2008 p. 357).

É incontroverso que a intenção do legislador foi positiva, já que havia um clamor social em relação ao número de pessoas mortas no trânsito e rodovias do Brasil, no entanto, uma coisa é a intenção do legislador em criar uma lei, outra coisa é técnica legislativa utilizada para criação e redação do respectivo texto.

2 A NOVA LEI SECA: LEI Nº 12.760/2012

No dia de 20 de dezembro de 2012, a então presidente da república, sancionou a lei 12.760/2012, que foi publicada no dia seguinte. Segundo denominação conferida pela imprensa da época, se tratava da "Nova Lei Seca". Uma das inovações legislativas, entre tantas outras, foi à alteração do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que tipifica o crime de embriaguez ao volante (BRASIL, 2012).

Com intuito de impor penalidades ainda mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool ou de outra substância psicoativa, a nova lei seca vem alterar a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, apesar de já ter sido modificada no ano de 2008, através da antiga lei seca, Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008. Nota-se que no período de 15 (quinze) anos, a nova lei é mais uma tentativa, dentre outras com o mesmo objetivo, de diminuir os casos de acidentes provocados pelo uso do álcool e de outras drogas.

A nova lei seca foi uma inovação legislativa, um aperfeiçoamento da antiga lei seca, veio corrigir os erros destas e restaurar a sua moral perante a população Brasileira, já que todo crédito que ainda tinha, restou suprimido por decisões dos Tribunais Superiores.

A Lei n° 12.760/2012, Nova Lei Seca, na verdade é um remendo a Lei nº 11.705/2008, Antiga Lei Seca, já que esta veio para reparar os erros e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

omissões já cometidos. Quis o legislador com o advento da Nova Lei Seca alterar os arts. 165,262, 276, 277 e 306 do CTB, tornando mais rígida a punição aos infratores e buscou facilitar a constatação e caracterização do crime de trânsito (BRASIL, 2012).

Por ter produzido inovações legislativas tanto no âmbito administrativo quanto no penal, serão verificados separadamente estes dois aspectos, esclarecendo desde já seus principais pontos e suas consequências geradas no âmbito jurídico.

3 IMPLICAÇÕES ADMINISTRATIVAS

No Código Brasileiro de Trânsito, Lei 9.503/1997, o artigo 165 trata das infrações administrativas a partir da conduta do condutor que dirige sob a influência do álcool ou de substancia psicoativa que determine dependência.

Com redação alterada pela nova lei seca, foi mantida como infração gravíssima, contudo houve alteração em relação às penalidades:

> Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Infração - gravíssima;
>
> Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.
>
> Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4o do art. 270 da Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.
>
> Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (BRASIL, 1997)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É notória a intenção do legislador em qualificar as penalidades administrativas, com a multa dobrada, determinando o recolhimento da habilitação do infrator e prevendo de pesada punição no parágrafo único, no caso de reincidência.

O artigo 262 do CTB teve apenas uma alteração pela nova lei seca, apenas acrescentou o § 5º:

> Art. 262. [...]
>
> § 5º O recolhimento ao depósito, bem como a sua manutenção, ocorrerá por serviço público executado diretamente ou contratado por licitação pública pelo critério de menor preço. (BRASIL, 1997)

Se for recolhido a depósito, gerará custo à administração pública, e por isso o condutor deverá arcar com todas as despesas.

A inclusão do parágrafo quinto se justifica pela determinação da necessidade de licitação para prestação de serviço público, contratado na forma prevista, ensejando o critério de menor preço.

Outra inovação que se destaca encontra-se no atual artigo 276:

> Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165.
>
> Parágrafo único. O CONTRAN disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica. (BRASIL, 1997)

A principal mudança em relação à Lei 11.705/2008 foi à inclusão da expressão "ou por litro de ar alveolar", que não existia na redação anterior. A nova lei seca acrescentou ao Anexo I do CTB o conceito de "ar alveolar", qual seja, "ar expirado pela boca de um indivíduo, originário dos alvéolos pulmonares", como também o conceito de etilômetro, sendo este, um

"aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar" (BRASIL, 1997).

Assim, a alteração do artigo em análise abre a possibilidade de uso do etilômetro, outro meio de prova para a constatação da infração prevista no artigo 165 do CTB.

Em relação ao parágrafo único do artigo analisado, a redação da Lei 11.705/2008, havia previsão de que órgão do Poder Executivo federal disciplinaria as margens de tolerância para casos específicos, regulamentação esta que foi feita por meio do Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008. Porém, com o advento da nova lei seca, o órgão competente para disciplinar as margens de tolerância cabe especificamente ao CONTRAN.

A regulamentação pelo CONTRAN se deu no início por meio da Deliberação nº 133, de 21 de dezembro de 2012, que regulamentava o parágrafo único do artigo 276 do CTB, para determinar o limite de tolerância do exame de alcoolemia. Porém, esta norma foi revogada pela Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 que disciplinou o tema (BRASIL, 2013).

O artigo 277 do CTB é o responsável pela previsão de hipóteses nas quais o condutor será submetido aos procedimentos que possam constatar e certificar a sua embriaguez ou condução após o uso do álcool ou outras substâncias.

Com a inserção da expressão "poderá ser" no *caput* do artigo em análise, tem-se a retirada da necessidade de existir suspeita de que o condutor esteja sob a influência de álcool para que seja submetido a algum dos meios de constatação do consumo de álcool ou de outras substancias psicoativas que determine dependência.

Em relação ao §2º, inclui-se a possibilidade de ser utilizada imagem e vídeo como meios de prova, e a possibilidade do CONTRAN disciplinar a matéria referente aos meios de constatação do estado do condutor (BRASIL, 2013).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

A regulamentação por parte do CONTRAN em relação ao dispositivo citado ocorreu por meio da resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013.

De todas estas inovações apresentadas, o §3º foi o que mais inovou ao determinar a aplicação direta das penalidades e medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB no caso de recusa pelo condutor a se submeter aos procedimentos previstos no caput deste artigo (BRASIL, 1997).

A regra anterior dispunha que, para ocorrer a aplicação das sanções do art. 165, seria necessário que, com a recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia antes prevista, a infração fosse caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, pelo agente de trânsito, o que gerava grande dificuldades para a sua caracterização.

Porém, a partir do princípio da garantia da não auto incriminação, o condutor não estaria obrigado a produzir prova contra si mesmo e, segundo consta no dispositivo, mesmo o condutor fazendo uso deste direito, incorrerá na sanção administrativa quando se recusar a fazer o teste de alcoolemia.

Portanto, conforme análises das alterações advindas pela Lei 12.760/2012, o legislador buscou retirar os entraves para possibilitar a realização dos testes pertinentes no condutor submetido à fiscalização ou que se envolve em acidentes de trânsito àquele que se recusa a realizar os testes agora previstos.

Conclui-se que o objetivo foi obrigar o condutor a se submeter aos testes que comprovam estar ou não alcoolizado, não podendo utilizar a justificativa que não poderia produzir provas contra si, sob pena de ser caracterizada a infração do art. 165 do CTB.

4 IMPLICAÇÕES PENAIS

Em seu aspecto penal, a nova lei seca alterou o art. 306 do CTB, responsável pelo crime de embriaguez ao volante.

> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:
>
> I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)
>
> II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.
>
> § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova
>
> § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, 1997)

Antes da inovação legislativa, o dispositivo contava com o *caput* e parágrafo único. No *caput* definia-se o tipo penal e a quantidade mínima de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para o enquadramento no crime de embriaguez ao volante. Já no parágrafo único, dispunha que o Poder Executivo federal iria estipular a equivalência entre os diversos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado no dispositivo legal.

A regulamentação da Lei a que se referia o artigo com sua antiga redação foi feita pelo Decreto nº 6.488, de 19 de junho de 2008. Porém, através da nova redação dada pela Lei 12.760/2012, o §3º do artigo 306 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

CTB, determina que o COTRAN é o órgão incumbido pela determinação da equivalência entre os testes de alcoolemia. Para isso foi criado por este órgão a Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 (BRASIL, 2013).

Pela redação da nova lei seca, foi mantida a pena antes prevista, detenção de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Manteve-se o limite de tolerância de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue para o enquadramento no crime de embriaguez ao volante e não apenas a infração do art. 165 do CTB, e acrescentou o limite do etilômetro, com tolerância de valor igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar.

Os principais argumentos favoráveis à constitucionalidade da Nova Lei Seca se embasam na inviolabilidade do direito à vida, ao trânsito seguro e o princípio da supremacia do interesse público.

Conforme se extrai do artigo 5º, *caput,* do texto constitucional: "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" (BRASIL, 1988).

A inviolabilidade do direito à vida não se encontra como bem tutelado apenas pela Constituição, mas amparado por vários tratados internacionais, como o Tratado de São José da Costa Rica, que assim prevê no seu artigo 4º: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". (BRASIL, 1988)

Segundo Henrique Savonitti Miranda (2005, p. 192), a inviolabilidade do direito à vida, por ser pressuposto dos demais direitos, é o principal a ser tutelado por qualquer ordem jurídica.

Citado por José Afonso da Silva, Jacques Robert diz que: "O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica". (...). (SILVA, 2003, p. 197)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

A vida antecede a qualquer direito, e se constitui como fonte primária de outros bens jurídicos. Se não há vida, como questionar outros direitos, como a liberdade e a igualdade?

De acordo com José Afonso da Silva "de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos". (SILVA, 2003, p. 197).

A vida é um bem jurídico tão resguardado, que o legislador, ao discorrer sobre o homicídio no Código Penal Brasileiro, o colocou como 1º crime da parte especial do referido Código.

Portanto, é um dever do Estado, assegurar a vida e a integridade da pessoa humana, criando políticas que lhes garantam o direito a vida. A Constituição Federal em seu art. 144 determina que "a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]" (BRASIL, 1988).

Assim, a Nova Lei Seca (Lei n° 12.760/2013), tem como objetivo primordial a preservação da vida, ela veio para resguardar o direito à vida, e tem como finalidade principal a proteção do bem jurídico maior (BRASIL, 2013).

Teve sua criação com a finalidade de reduzir os números de acidentes de trânsito, que pela maioria das vezes são causados pelo uso abusivo de bebidas alcoólicas, conforme estatísticas apresentadas pela polícia rodoviária federal.

Com a intenção de preservar a vida, a nova lei proíbe o consumo de álcool por condutores de veículos automotores. Conforme a nova redação do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro é proibido dirigir sob a influência de álcool.

Especialistas do assunto afirmam "que quanto mais baixo for o nível de tolerância de álcool para quem dirige, menor será o número de mortes causadas por motoristas alcoolizados". (MAGALHÃES, 2008, p. 60-62).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Conforme se verifica na redação do artigo 267, a tolerância agora é zero.

A finalidade social desta lei é de suma importância, pois está resguarda o bem jurídico maior. Portanto, pela inviolabilidade do direito à vida, válido é a afirmação de sua constitucionalidade.

5 O DIREITO A UM TRÂNSITO SEGURO

A Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, trouxe no *caput* do art. 5º um direito inviolável voltado à garantia de segurança em todos os seus aspectos.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

No art. 1º, § 2º, do CTB dispõe acerca da mesma garantia prevista na carta magna:

> Art. 1º.
>
> [...]
>
> § 2º **O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos** e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.[...] (BRASIL, 1997)

Todavia, é válido ressaltar que tal dispositivo não dispõe apenas aos cidadãos, mas a um dever primordial do Estado, já que o trânsito depende da efetiva participação de toda sociedade, não sendo possível esperar responsabilidades apenas dos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Transito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O artigo 28 do CTB estabelece a obrigação do condutor de dirigir com atenção, de forma segura e que colabore para a segurança do trânsito.

Portanto, a leitura e aplicação do art. 1º, § 2º do CTB deverão se efetivar à luz do 144 da CF, que também dispõe da segurança.

Neste mesmo sentido descreve RIZZARDO (2003, p. 29):

> [...] tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito – ou seja, a garantia de um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem respeito com a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular, organizado ou planejado, não apenas no pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio trafegar, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas. (RIZZARDO, 2003, p. 29.)

Assim, tem-se o legislador constituinte se preocupou com a segurança, em especial, com a segurança no trânsito. Por esta razão, resta evidente a constitucionalidade dos respectivos dispositivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

ão é de hoje a previsão de alcoolemia zero, já que o CTB, em sua redação originária, trazia a previsão da infração administrativa ao condutor flagrado sob o efeito do álcool, bem como, já previa também a previsão do crime de trânsito aos ilícitos mais gravosos.

Há anos o legislador busca evitar a ocorrência dos eventos danosos ocasionados pela conduta ilícita de beber e dirigir, com as atualizações do CTB no decorrer dos anos, esta conduta, que é comum na sociedade brasileira, passou a ser recriminada pela atual legislação e há tempos, já é prevista a alcoolemia no trânsito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Apesar da gravidade da questão relacionada ao crime de embriaguez ao volante e mesmo com penas gravíssimas para tal conduta com intuito de evitar tal comportamento, muitas pessoas não se conscientizaram pela gravidade da questão e continuam sendo enquadradas nas infrações administrativas e penais (art. 165 e 306 do CTB).

Com a atualização dos arts. 165, 276, 277, e 306 do CTB pela Lei nº 12.760/2012, restou evidenciado que o legislador se atentou para a realidade vista no país, buscando tornar as penalidades para as condutas de beber e dirigir ainda mais pesadas, visando, além disso, a facilitação da comprovação para as infrações, tanto na seara administrativa, quanto na penal.

Todavia, por mais reprovável que seja a conduta de beber e dirigir, e por mais elogiável que seja a intenção do legislador ao promover tais mudanças no CTB com intuito de reprimir tal conduta, a legislação tem que estar em conformidade com os direitos e garantias fundamentais previsto na CRFB.

Assim, ao aplicar uma punição seja no âmbito administrativo ou penal, serão suprimidos alguns direitos garantidos pela carta magna, todavia, necessário se faz que esta punição seja feita por um meio legal e com provas verídicas que possam possibilitar ao Estado o seu direito de punir, distante da arbitrariedade e do abuso de poder, como no caso da punição pela recusa do condutor que não queira passar pelos procedimentos previstos na Resolução 432 do CONTRAN.

Portanto, a partir da análise do dispositivo à luz do centro normativo do país, a CRFB/88, punir o condutor (embora com penas administrativas) por se recusar a realizar qualquer procedimento previsto na Resolução 432 do CONTRAN, implica na desconformidade da Nova Lei Seca (Lei nº 12.760/2012) com o texto constitucional. E por desrespeitar direitos e garantias na carta magna elencados, e já especificados, tem-se como inconstitucionais.

Da mesma forma, o art. 306 do CTB que trata do crime de trânsito, também anda em sentido contrário ao centro normativo, a CRFB/88, pois tem-se uma presunção generalizada de que o condutor, ao ingerir 6

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,34 miligramas de álcool por ar alveolar, esteja embriagado, o que suprimi explicitamente o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pois pela redação dada pela Nova Lei Seca, foi desconsiderado que o álcool produz efeitos diversos em cada indivíduo, já que fatores fisiológicos variam de pessoa por pessoa, como o tamanho, o peso, a altura, o sexo etc. Tem isonomia como corolário constitucional não atingido pelo preceito da Lei Seca, pois inviabiliza a demonstração de reações diversas, a depender das características pessoas de cada condutor.

Assim, conclui-se que a Nova Lei Seca, não obstante o relevante aspecto social, possui fragilidades quando sua leitura se faz a partir do centro normativo constitucional. O legislador, ao adotar critérios quantitativos e subjetivos, erroneamente prejudicou a própria lei, utilizou-se de presunções genéricas e que desconsidera a individualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRASEL. **Requerido: Presidente da República;** Congresso Nacional. São Paulo: 2008. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL: **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: . Acesso em: 03 de agosto de 2018..

Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: . Acesso em: 03 de agosto de 2018.

Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: . Acesso em: 03 de agosto de 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Comentários à Lei 11.705/08:** alterações do Código de Trânsito Brasileiro. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei seca:** "mais rigor, menos violência no trânsito". Você acredita nessa mentira? Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

<http://www.atualidadesdodireito.com.br> Publicado em 25 de fevereiro de 2013. Acesso em: 03 de agosto de 2018.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

OEA; DETRAN; ANTP. **Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras:** relatório executivo. Brasília: 2006. Disponível em: <http://www.detran.gov.br> Acesso em: 03 de agosto de 2018.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito:** anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEYTON, Vilma; PONCE, Julio de Carvalho; ANDREUCCETTI, Gabriel. Problemas específicos: álcool e trânsito. In: Andrade, Arthur Guerra de; Anthony, James C.; **Álcool e suas consequências:** uma abordagem multiconceitual. Barueri: Minha editora, 2009. Disponível em: <http://www.coisa.org.br/novo_home.php>Acesso em 03 de agosto de 2018.

MARICATO, Percival; AKASHI, Diogo Telles. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103**. Requerente: Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entreterimento –

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 27 ed, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreita. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudo de direito constitucional. 2. Ed revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO: UM ESTUDO JURISPRUDENCIAL

CAROLINA CALHAU DE CASTRO E ANDRADE: Advogada graduada na Puc Minas.

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo a necessidade de motivação da dispensa do empregado público em sua vertente jurisprudencial. Seu objetivo principal é verificar a necessidade de haver a devida motivação do ato de dispensa do empregado, ou seja, regido pela CLT, apesar de ele não ser detentor da estabilidade de emprego prevista no art. 41 da Constituição Federal.

Palavras-Chave: Motivação. Dispensa. Empregado Público.

Sumário: Introdução. 1 A Contratação de Empregados Públicos. 2 A Necessidade de Motivação da dispensa do Empregado Público. Considerações Finais. Referências.

Introdução:

A necessidade de motivação da dispensa do empregado público das sociedades de economia mista e das empresas públicas é um tema muito recorrente nos tribunais trabalhistas brasileiros. Isso ocorre em virtude do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe que os direitos e as obrigações da relação de trabalho dos empregados públicos serão regulados por normas trabalhistas, nos seguintes termos:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> (...)
>
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
>
> (BRASIL, 1988)

Em um posicionamento adotado pelo STF quando julgou o Recurso Extraordinário nº 58998, o Relator Ricardo Lewandowski entendeu ser imprescindível a motivação para a dispensa de empregados de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos estados, municípios e do Distrito Federal, trazendo enorme controvérsia sobre o tema.

Houve uma alteração do entendimento que vinha sendo adotado nos tribunais, aumentando a discussão e controvérsias judiciais quanto ao tema, o que justifica o estudo em questão.

Diante disso, a problemática do estudo do tema está na análise da necessidade de motivação da dispensa do empregado público como forma de evitar arbitrariedades no ato de sua dispensa, já que é a parte hipossuficiente na relação de emprego e não é detentor da estabilidade de emprego prevista no art. 41 da Constituição Federal porque contratado pelo regime da CLT.

Importante enfatizar que não pretende esse artigo esgotar o estudo sobre o tema, faz-se, aqui, somente uma análise da discussão sobre essa matéria, trazendo os entendimentos que foram adotados pelos Tribunais Superiores quanto ao assunto em questão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

1 A Contratação de Empregados Públicos

Para o ingresso nos quadros das empresas públicas e sociedades de economia mista há a exigência de prestação de concurso público, como condição de validade para a contratação. O art. 37 da CF, em seu inciso II, veda a contratação de funcionários por parte da Administração, seja ela Direita ou Indireta, sem a existência de um concurso de provas ou de provas e títulos, quando determina que:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
>
> (BRASIL, 1988)

Ocorre que, diferentemente do servidor público, que possui vínculo estatutário com a Administração regido pela Lei 8.112, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos, conforme Artur Salles Viana (2014), o empregado público possui um vínculo contratual, sob a regência da CLT.

Dessa maneira, ainda que contratado mediante aprovação em concurso público, o empregado empregatício mediante a regência das Leis Trabalhistas, aplicando sobre eles os ditames da Consolidação das Leis do Trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A diferença principal entre o empregado celetista e o servidor público regido por regime estatutário é que aquele é garantido com a indenização fundiária, e este com a estabilidade. Portanto, já está pacificado o entendimento de que o empregado da empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que contratado mediante concurso público, não goza da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, não havendo mais, na esfera trabalhista, controvérsias ao tema neste sentido.

das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas estabelece com a Administração um vínculo

A grande discussão diz respeito à sua demissão, tendo em vista que se para ingressar na Administração Pública se faz imprescindível a prestação de concurso público, em respeito ao art. 37 da CF, quando da demissão do empregado público, não poderia ser diferente, devendo haver respeito, da mesma forma, por parte dos entes públicos, aos mesmos princípios constitucionais, devendo haver um controle da atuação da Administração nesse sentido, conforme Rafael Oliveira (2016).

2 A Necessidade de Motivação da Dispensa do Empregado Público

Apesar de na Constituição não constar expressamente da necessidade de motivação dos atos administrativos tomados pela Administração Pública, a Lei 9.784 de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, expõe de forma clara a necessidade de motivação, em seu art.2º.

Não obstante o que exposto em tal artigo, o capitulo XII de tal legislação trata exclusivamente da motivação no âmbito da Administração, esclarecendo, em seu art. 50º, as hipóteses em que o ato administrativo deve ser motivado.

Pela simples análise das hipóteses previstas nesse artigo, percebemos que a dispensa do empregado público é por certo uma das situações nas quais deve o administrador motivar o seu ato decisório, conforme inciso I de tal comando legal *in verbis*:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
>
> I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
>
> (BRASIL, 1999)

Ora, por óbvio, o ato de dispensa de um empregado afeta direitos e interesses do funcionário público celetista demitido, restando evidente a necessidade de motivação dos atos administrativos que determinem a dispensa desses empregados.

Ocorre que não foi esse o posicionamento que prevaleceu por muito tempo na jurisprudência trabalhista, segundo Ricardo Simão (2009). Por serem as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista pessoas jurídicas de Direito privado, prevalecia o entendimento de que a demissão de seu empregado, mesmo que contratado via concurso público, era um direito potestativo do administrador, ora empregador, não havendo que se falar em motivação de sua demissão.

Conforme explica Artur Viana (2014), o próprio TST coadunava com tal entendimento, entendendo que não seria necessário motivar o ato de dispensa do empregado público, conforme exarado na Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-1 desse Tribunal Superior do Trabalho:

> 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE
>
> I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.
>
> (BRASIL, 2007)

Em sua redação original, como explica tal autor, não se fazia ressalva à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), como pode ser verificado no item II da atual redação acima exposta. Ela apenas mencionava que era possível a dispensa imotivada dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, restringindo sua redação a essas duas entidades.

Com o julgamento do RE 220.906-9-DF pelo STF em 2002, a ECT foi equiparada à Fazenda Pública, sendo declarada a impenhorabilidade de seus bens, sua imunidade tributária, suas prerrogativas de foro, prazos e custas processuais, bem como a sua sujeição ao regime de precatórios do artigo 100 da CF, confirmando seu caráter de prestadora de serviços públicos e a necessidade de motivar as dispensas de seus empregados.

Porém, mesmo equiparada à Fazenda Pública, a ECT continuou a não motivar os atos administrativos que tomava em virtude da redação antiga da OJ 247, como exposto por Artur Viana (2014), fazendo surgir inúmeras decisões judiciais contrárias à jurisprudência do TST que entendiam pela necessidade de motivação por parte dessa instituição. Foi então que o Pleno do TST, seguindo essa linha de entendimento adotado pelo STF, publicou a Resolução 143 de 2007, dando nova redação à Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI- 1 do TST, tendo como redação atual aquela exposta supra, pela qual finalizou a discussão quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

Assim, excluindo-se os casos em que a ECT estava envolvida, o entendimento que se prevalecia era o de que não se fazia necessária a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

motivação do ato de dispensa dos empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

O próprio STF adotava esse mesmo entendimento, conforme acórdão proferido em sede de agravo regimental em agravo de instrumento nº AI 465.780-AgR (BRASIL, 2004)

> EMENTA: SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPREGADO. ESTABILIDADE. A decisão agravada está em conformidade com entendimento firmado por ambas as Turmas desta Corte, no sentido de que não se aplica a empregado de sociedade de economia mista, regido pela CLT, o disposto no art. 41 da Constituição federal, o qual somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Ademais, não há ofensa aos princípios de direito administrativo previstos no art. 37 da Carta Magna, porquanto a pretendida estabilidade não encontra respaldo na legislação pertinente, em face do art. 173, § 1º, da Constituição, que estabelece que os empregados de sociedade de economia mista estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (BRASIL, 2004)

Ocorre que, em julgado do STF, acionado pelo recurso interposto pela própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, segundo Augusto Fontenele (2013), essa corte superior alterou seu entendimento anteriormente adotado, reconhecendo a necessidade de motivação da dispensa unilateral do empregado público inclusive para as empresas públicas e sociedades de economia mista nos seguintes termos:

> EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

(BRASIL, 2013, grifos meus)

Pela decisão, ficou evidente o novo entendimento adotado, defendendo a necessidade de haver respeito aos princípios da Administração Pública por ocasião da dispensa, pelo teor da decisão, principalmente porque em sua admissão se faz necessário o preenchimento de requisitos como a investidura em concurso público. Continuou-se o entendimento de que aos empregados púbicos não se incide a estabilidade constitucional do art. 41 da CF, mas exige-se a motivação da rescisão unilateral do contrato de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

trabalho, nos termos do item IV da referida ementa, visando unicamente proteger o empregado de arbitrariedades por parte da Administração.

O Acórdão proferido foi um divisor de águas para toda a jurisprudência trabalhista, que passou a adequar seu entendimento ao novo posicionamento enfrentado pelo STF.

A 7ª Turma do TST, por exemplo, ao julgar o Recurso de Revista do processo de nº 815-29.2012.5.03.0014 (BRASIL, 2013), utilizou como fundamento principal a decisão proferida pelo STF, entendendo o relator do processo, o Desembargador Valdir Florindo, segundo Augusto Fontenele (2013), que:

> "se o artigo 37 da Constituição determina que a Administração Pública direta e indireta se sujeite aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, exigindo concurso para ingresso cargo público, evidente que tal tratamento deve estar presente também no ato da dispensa, sob pena de se fazer letra morta do texto constitucional, que visou à moralização das contratações e dispensas no setor". (FONTENELE, 2013)

O tema acabou sendo tão debatido, mesmo após as claras e cristalinas decisões proferidas pelo STF e TST, que os próprios TRTs também tiveram que pacificar sua jurisprudência por meio de súmulas para dirimir a questão.

O TRT da 3ª Região (Minas Gerais), por exemplo, foi provocado pela MGS – Minas Gerais Administração e Serviços - a uniformizar a jurisprudência desse tribunal quanto à motivação do ato administrativo de dispensa do empregado público, em virtude dessa empresa pública estar sendo suscitada como ré em diversos processos nessa especializada por ter realizado demissões de empregados públicos sem a correspondente motivação. Esse tribunal, portanto, com o intuito de elucidar o tema, ditou a súmula 57, que dispõe que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> EMPREGADO PÚBLICO DA MGS. EMPRESA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. DISPENSA.
>
> I - É obrigatória a motivação do ato de dispensa de empregado público da MGS, observado o devido procedimento administrativo.
>
> II - Incumbe à MGS o ônus de provar os motivos alegados para a dispensa, inclusive a extinção de posto de trabalho e a impossibilidade de recolocação profissional, sob pena de nulidade do ato administrativo.
>
> (MINAS GERAIS, 2016)

Nesse sentido, é evidente a necessidade de motivação dos atos administrativos, principalmente aqueles que decidem pela demissão do empregado público, conforme já se manifestou o TST e o STF em suas decisões.

Deve haver motivação do ato administrativo que decida pela demissão do empregado público das sociedades de economia mista e empresas públicas, pois, tratando-se de uma manifestação unilateral da Administração, é pela exteriorização dos motivos ensejadores do ato administrativo que se possibilita o direito de defesa por parte do empregado demitido, evitando comandos arbitrários por parte do administrador.

É a apresentação da motivação pelo gestor público que possibilita a fiscalização do ato administrativo, que está obrigado a seguir comandos legais e a publicizar o que ensejou a tomada do ato administrativo.

Portanto, essencial se faz a motivação do ato de demissão do empregado público, como forma principalmente de garantia a seu direito constitucional de defasa por meio do devido processo, evitando arbitrariedades por parte do administrador público, afastando a ideia do livre arbítrio do gestor.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Considerações Finais

No caso daqueles empregados públicos contratados pelas sociedades de economia mista ou empresas públicas, apesar de concursados, não gozam da estabilidade de emprego garantida aos funcionários públicos regidos pelo regime estatutário. Por estarem submetidos ao regime celetista, torna-se uma faculdade do empregador a dispensa do empregado, ainda que sem justa causa.

No entanto, tratando-se a decisão de demissão do empregado público de uma manifestação unilateral da Administração, há a necessidade de que seja apresentada pelo gestor público a devida motivação para o ato administrativo de dispensa desse empregado público, como comando limitador de arbitrariedades por parte do administrador.

Na jurisprudência atual, muitas são as decisões que coadunam com a tese aqui defendida sobre a necessidade de motivação dos atos administrativos de demissão do empregado público, já tendo o STF se manifestado de forma favorável quanto ao tema e o TRT da 3ª Região ditado súmula favorável à situação em epígrafe.

Nesse sentido, diante de toda a explanação realizada, é evidente a necessidade de motivação do ato administrativo que decida pela dispensa do empregado público, possibilitando ao empregado o seu exercício do direito de defesa pela garantia constitucional do devido processo. É por meio da motivação dos atos da Administração que se é possível ter conhecimento de sua atuação e, dessa forma, controlá-la, afastando a ideia do livre arbítrio do administrador e evitando arbitrariedades em sua gestão.

Referências

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

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União.** Brasília, 01 fev. 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 589998 ED / PI – Processo: 0010877-14.2016.5.03.0136. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 mai, 2017, Disponível em: Acesso em 18 mai, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 220.906-9-DF. Tribunal Pleno. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Ismar José da Costa. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, 14 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 465.780-AgR. Segunda Turma. Agravante: Cláudio Pereira de Oliveira Neto. Agravado: Banco do Brasil S/A. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 23 nov. 2004. Disponível em: . Acesso em 19 jan, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial nº 247 SDI-1. Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade Disponível em: . Acesso em: 14 jan, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo Nº TST-RR-815-29.2012.5.03.0014 – Relator: Desembargador Valdir Florindo. Brasília, 01 jul, 2013. Disponível em:<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=815&digitoTst=29&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0014>. Acesso em: 14 jan, 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Súmula nº 57. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/20183. Acesso em: 01 out, 2018.

FONTENELE, Augusto. **Turma anula dispensa sem motivação de empregada de estatal.** TST, 2013. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/turma-anula-dispensa-sem-motivacao-de-empregada-de-estatal. Acesso em: 17 jan, 2017;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

SIMÃO, Ricardo de Souza. **Uma Análise Da (Des)Necessidade Da Motivação Da Dispensa Do Empregado Público Como Uma Espécie De Ato Administrativo.** 2009. 80 f. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina – EFSC, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ. Florianópolis. 2009.

VIANA, Arthur Salles. **A motivação na dispensa do empregado de empresas públicas e de sociedades de economia mista.** 2014.70 f. Monografia. Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Brasília. 2014.

VIANA, Arthur Salles. **A motivação na dispensa do empregado de empresas públicas e de sociedades de economia mista.** 2014.70 f. Monografia. Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Brasília. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DESMATERIALIZANDO O ECOCÍDIO

PAULA NAVES BRIGAGÃO: Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Aprovada no Concurso Público para o cargo de Notários e Registradores no Estado de Minas Gerais. Mestranda em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa. Atuou como Juíza leiga perante o XXIV Juizado Especial Cível da Comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Conciliadora na XXXIII Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. Estagiou na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e na Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, aprovada em concurso público. Escritora na área jurídica.

Resumo: O presente trabalho pontua o surgimento do Ecocídio como uma espécie do gênero crimes contra a humanidade, seus aspectos peculiares frente ao cenário mundial e, sobretudo, a necessidade de proteção internacional ao meio ambiente, como forma de se resguardar a espécie humana frente às degradações ambientais passadas, presentes e futuras.

Palavras-Chave: Ecocídio. Meio Ambiente. Bem Jurídico. Tribunal Penal Internacional.

Abstract: The present work points to the emergence of Ecocídio as a species of the genus crimes against humanity, its peculiar aspects facing the world scenario and, above all, the need for international protection to the environment, as a way to protect the human species from environmental degradation past, present and future.

Sumário: Introdução. 1. Decifrando o Ecocídio. 2. Ecocídio versus Princípio da Reserva Legal. 3. Reconhecimento do Ecocídio x Sentença por voto. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

No apagar das luzes do ano de 2016 surge mais um crime contra a humanidade. Portando a rubrica de Ecocídio, a conduta de agredir o meio ambiente em larga escala, ganhou status de delito de repercussão internacional, a integrar o rol dos crimes contra a humanidade, ao lado do genocídio, do crime de guerra e do crime de agressão, nos termos dos Arts. 5º e 7º do Estatuto de Roma.

O homem, desbravador de matas, no afã da busca desenfreada por novas tecnologias, ao longo de décadas, atropelou o ecossistema e comprometeu a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações e, pasmem: até mesmo para as passadas!

Há muito o sistema da compensação (isto é, degradou versus compensou) não é mais satisfatório ambientalmente ao planeta - que vem sofrendo os impactos da degradação humana no próprio ambiente doméstico, quando, a título de exemplo, o cidadão sofre no bolso a multa pelo excessivo consumo de água, tal como ocorre no Estado de São Paulo, que, inclusive, estabelecendo a tarifa de contingência, normatizou a respeito (Lei 10.455/2007).

Isto porque os reservatórios de água estão cada vez mais diminutos. A título de curiosidade, há inclusive um decreto paulista que veio a lume, a fim de regulamentar a referida legislação, no afã de impor multa para aquele cidadão que, em não sendo causa de deslizamento, lava, vez ou outra, a sua calçada. Já não era sem tempo! Basta uma experiência cotidiana e banal de seguir viagem pelas diferentes estradas do país para que se observe o quanto está em baixa o nível da água nos rios, lagos, represas, etc. Para tanto, o próprio consumo regular de água é passível de cobrança - frente ao princípio do **usuário pagador**, que vem de encontro ao combate a escassez, no Brasil, desde o ano de 1997. Base Legal: arts. 19 e 20 da Lei 9.433/97.

Os dados são preocupantes para não dizer alarmantes. Não vamos muito longe. Tempos atrás foi exibido na data de 09 de fevereiro do ano de 2017, no programa do Fantástico, na Rede Globo, o retrato da tragédia ambiental mais conhecida como desaparecimento do Lago Poopó, na Bolívia. Um lago de dimensão três vezes maior que a cidade de São Paulo no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Brasil secou do dia para noite, dando lugar a um deserto. Tudo o que restou do Lago Poopó, de dimensão de três mil metros quadrados, subsumiu-se a uma miragem daquilo que um dia foi, na esperança de que as chuvas tragam de volta o que se perdeu, de forma repentina.

Pois bem caro leitor. Já se foi o tempo em que o Direito Penal de Intervenção cujo principal expoente é Windfried Hassemer - que apregoava que o Direito Penal era voltado basicamente à tutela de bens jurídicos individuais - figurando acima do Direito Administrativo e abaixo do Direito Penal - caiu por terra. A necessidade de sobrevivência da espécie humana rendeu-se a uma nova interpretação das teorias acerca da proteção ao bem jurídico e de seu corolário, qual seja: o princípio da ofensividade. Hoje, os anseios ambientais pugnam pela adoção do Direito Penal visto como proteção do contexto da vida em sociedade, capitaneado por Günter Stratenwerth - em que o Direito subsume-se a um Direito de gestão punitiva dos riscos gerais, numa radical mudança de enfoque, em que a proteção do bem jurídico individual ganha conotação secundária, abrindo espaço para a tutela direta dos direitos coletivos como contexto da vida, de forma a garantir a própria subsistência desta. O meio ambiente é direito fundamental do homem de terceira dimensão (direitos de fraternidade!) e, para que ganhe concretude, consubstanciada na força normativa da Constituição, deve o homem protegê-lo, inclusive, de si mesmo!

Não é menos verdade, porém, que vozes contrárias surgem no contraponto da tese defendida por Günter Stratenwerth.

Por amor a didática, citamos que a doutrina critica, através da expressão princípio da liquefação, desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico, a tipificação de condutas a bens transindividuais, ao argumento de ser tal tipificação formulada de maneira vaga.

Ensina-nos com a simplicidade de linguagem que lhe é peculiar o mestre Alexandre Salim :

> "Parte da doutrina adota posicionamento crítico em relação à expansão inadequada e ineficaz da tutela penal em razão desses novos bens jurídicos de caráter coletivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> Argumenta-se que tais bens são formulados de modo vago e impreciso, ensejando a denominada desmaterialização (espiritualização, dinamização ou liquefação) do bem jurídico, em virtude de estarem sendo criados sem qualquer substrato material, distanciados da lesão perceptível dos interesses dos indivíduos (ex.: mercado econômico; ordem tributária; a moralidade pública; sentimento do povo; saúde pública etc.).O discurso crítico sustenta que não mais se protege bem jurídico, mas funções, consistentes em objetivos perseguidos pelo Estado ou, ainda, condições prévias para a fruição de bens jurídicos individuais" (AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: Parte Geral. 6ª Ed. Rev., ampl e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016, vol I (Sinopses para concursos).

Com a devida vênia à parte da doutrina que adota tal posicionamento, ousamos discordar. Atente-se o leitor para o seguinte fato: os crimes culposos, em geral, são fluidos e estão consubstanciados em tipos abertos e, nem por isso, os bens jurídicos merecem menor tutela. Uma pessoa que, de forma descuidada, atropela e mata dezenas de pessoas, ceifando dezenas de vidas, receberá uma resposta proporcional do Direito Penal e "ninguém" discute a (in) constitucionalidade dos tipos penais abertos. Ora, se a vida é protegida eficazmente de forma individual, com muito maior razão deverá sê-la de forma coletiva, pois a própria hermenêutica nos ensina que onde existe a mesma razão deve existir o mesmo direito. A vida deve ser preservada e esse é o ponto nodal de unidade do sistema, para que, com tal desiderato, se resguarde o binômio vida viável x saudável e, por conseguinte, a sobrevivência da própria espécie humana.

1- Decifrando o Ecocídio

O Ecocídio constitui-se em um novo delito mundial, espécie do gênero crimes contra a humanidade, cuja base legal reside no art. 7º do Estatuto de Roma. Trata-se de uma interpretação ampliativa realizada pelo Tribunal Penal Internacional, a fim de abarcar nos crimes contra a humanidade, consubstanciados nas lesões diretamente voltadas ao meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ambiente, e perpetradas por pessoas físicas e jurídicas, de maneira indiscriminada.

A título de exemplo, um desmatamento, ou seja, a retirada de árvores e recursos naturais impacta diretamente o ecossistema, constituindo-se, infelizmente, prática comum nas atividades de agropecuária e mineração. Após o desmatamento inicia-se todo um processo de degeneração ambiental. Ensina-nos Feranside:

> "Sob o enfoque da sustentabilidade da natureza com a retirada de uma vegetação, o equilíbrio ecológico daquele sistema fica completamente comprometido. Processos ecológicos são modificados, alterando todo o funcionamento normal do meio ambiente, criando uma série de modificações na estrutura do solo, agravando ainda mais o problema. (FEARNSIDE, P. M. *Serviços ambientais como estratégia para o desenvolvimento sustentável na Amazônia rural*: Meio Ambiente Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas. São Paulo, SP: Editora Cortez, 1997)".

Em palavras simples: Estima-se que as florestas regulem em torno de 57% (cinquenta e sete por cento) das águas doces superficiais do mundo - trazendo umidade para o ambiente, sendo que a retirada delas afeta o equilíbrio climático de muitas regiões, e, por conseguinte, acarreta, dentre outros malefícios, a intensificação do **efeito estufa**, ou seja, a retenção de calor na atmosfera, o que gera o aquecimento global e, por via de conseqüência, viabiliza o próprio processo de desertificação, narrado por nós, na parte introdutória deste artigo.

Assim, em caso de Ecocídio comprovado, a partir de setembro de 2016, a Procuradoria do Tribunal Penal Internacional, ampliando a interpretação dada aos crimes contra a humanidade, possibilita que os lesados diretos por condutas degradantes ao meio ambiente (citamos, a título de exemplo, o desmatamento, dentre uma de várias outras degradações!) possam valer-se de um recurso internacional, com o escopo

de responsabilizar os autores de crimes ambientais por danos morais e por danos econômicos - que afetem diretamente o ecossistema.

2- Ecocídio versus Princípio da Reserva Legal

O Ecocídio não se impôs ao Tribunal Penal Internacional com a majestade de um tipo autônomo. Embora digno de suma importância denota uma interpretação ampliativa aos crimes contra a humanidade, elencados no art. 7º do Estatuto de Roma.

Tal postulado "crimes contra a humanidade" consagra quaisquer atrocidades e supressões de Direitos Humanos cominados no planeta terra, em cujo princípio da retribuição deságua em uma jurisdição global ou universal.

Para os efeitos do Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade" qualquer um dos atos [listados] quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque. [1]

A base legal dos crimes contra a humanidade situa-se no capítulo II do mencionado diploma que assim dispõe:

Dos crimes contra a humanidade.

Artigo 7º

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguinte, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;
b) Extermínio;
c) Escravidão;
d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
f) Tortura;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.(grifos nossos!)

Em uma análise acurada acerca dos crimes contra a humanidade a pergunta que não quer calar é a seguinte: Ampliando-se a interpretação dos crimes contra a humanidade o Tribunal Penal Internacional não estaria realizando interpretação extensiva em desfavor do acusado e, com tal conduta, violando de maneira frontal o princípio da reserva legal?

A resposta negativa se impõe. Atente-se o leitor para o fato de que a degradação contínua ao meio ambiente afeta gravemente a saúde física da população e causa grande sofrimento a humanidade acarretando riscos a própria espécie humana. Ninguém duvida que um índice anormal de poluição (degradação antropocêntrica) derivado de uma indústria, a título de exemplo, intoxica a população local sendo, por conseguinte, causa direta e imediata de diversas doenças pulmonares e respiratórias, para se dizer o mínimo. Resta cabalmente abalado o binômio vida viável x saudável, comprometendo, outrossim, a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações e fazendo tabula rasa ao princípio do desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto a interpretação não é extensiva e sim declaratória, pois quando o Estatuto previu no art. 7º: "*Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental*" - abarcou em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

seu espírito, de forma implícita, condutas que comprometam a sobrevivência da espécie humana, a saúde e qualidade de vida dos indivíduos considerados em sua totalidade.

Assim, defendemos que não houve burla ao princípio da reserva legal, e sim, a realização de uma interpretação declaratória pelos operadores do direito, ou seja, aquela interpretação que coincide com o resultado da lei - no que toca aos crimes contra a humanidade, cujo rol de condutas que permeiam o tipo, por ser um rol extenso e aberto, chamou para si, o Ecocídio - sendo certo que, em caso de violação aos bens mais caros do ser humano, serão estes resguardados por uma jurisdição universal. É a nossa posição!

3 – Reconhecimento do Ecocídio x Sentença por voto

Para que o crime de Ecocídio possa ser reconhecido e que possa gerar efeitos em seara internacional (responsabilidade civil, administrativa e penal dos indivíduos: pessoas físicas ou jurídicas) a sentença proferida deve obedecer a uma condição específica de procedibilidade, qual seja: há que ser votada por, no mínimo, 1/3 (um terço) dos membros que compõem o Tribunal Penal Internacional. Trata-se de peculiariade que espelha a democracia como a forma mais singela de Justiça. Isso porque a soberania de um único magistrado é flexibilizada pelo consenso de alguns membros do próprio Tribunal, a fim de que se alcance uma decisão com mais plenitude, justiça e eficácia, e em consonância com os anseios do cenário internacional.

Assim, o poder judiciário amplia seu papel com relação aos demais poderes, interferindo nas barreiras que lhe foram impostas, *a priori*, que consistia na tarefa de mero reprodutor da lei, efetivando o papel democrático, não simplesmente como a boca da lei, mas como a boca da igualdade, através da aplicação justa da lei. Isso porque a democracia nada mais é que uma faceta material do princípio da igualdade.

O papel que o Judiciário internacional faz nada mais significa que dar concretude às vozes das ruas. Essa é a verdadeira essência da democracia.

Ensina-nos, com maestria, KIERKEGAARD :

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> "Para fins de argumentação, aceitemos que seja possível, em meio à nossa multiplicidade contemporânea, identificar *uma* voz das ruas, uma unidade em meio ao pluralismo. Parece-nos que, em meio a tantas diferenças, essa unidade só poderia ser apontada a partir de termos abstratos com os quais todos concordariam e que, por isso mesmo, poderiam justificar qualquer decisão que não se sustentaria a partir de argumentos jurídicos. Ilustrando em termos mais claros a partir de um exemplo: absolutamente ninguém se diz ou diria contra, digamos, a necessidade de *justiça*. Contudo, parece muito difícil visualizar qualquer situação minimamente aproximada de unanimidade que não seja assim: nada mais que uma redução a uma essência simplista que, em verdade, de tão abstrata, torna-se desprovida de sentido. Kierkegaard, sempre genial, já dizia que conceitos abstratos só não são invisíveis quando tornados concretos". ("*Abstract concepts are as invisible as a straight line; they are only visible when they are made concrete*". Cf. KIERKEGAARD, Søren. *Kierkegaard's Journals and Notebooks*, vol. 2. Editado por Niels Jørgen Cappelorn, Alastair Hannay, David Kangas, Bruce H. Kirmmse, Vanessa Rumble, e K. Brian Söderquist. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 42).

Conclusão

Cada vez mais é exigido do operador do direito um conhecimento interdisciplinar e, para tanto, uma interpretação sistemática dos temas jurídicos colocados em colisão. Se de um lado nos deparamos com um Direito Penal de Intervenção (na proteção de bens jurídicos individuais), de outro nos deparamos com um Direito Constitucional - que prima pela efetivação dos Direitos Fundamentais, exigindo do intérprete uma ponderação de interesses, de modo a dar primazia a defesa dos Direitos Fundamentais. Sendo o meio ambiente Direito Fundamental, a sua proteção resvala na própria dignidade do homem.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

A luta pela sobrevivência da espécie humana e sua proteção correlacionada à defesa do meio ambiente ganha status internacional através do crime de Ecocídio - que em respeito ao princípio da reserva legal (através de interpretação declaratória do próprio tipo dos crimes contra a humanidade), através de uma sentença democrática (votada por um 1/3 dos integrantes do Tribunal Penal Internacional), consagra a proteção à saúde humana como preocupação e respeito internacionais.

Dessa forma, conclui-se que a proteção aos bens transindividuais resvala na proteção à vida vista sob o enfoque coletivo. Não é um processo fácil e o Direito Internacional está a nos ensinar, através da democracia plural de suas decisões, que a dignidade humana perpassa a valores meramente individuais. Associar a vida humana à simples lesão individual é manipular a vida de forma egoística, desprezando o semelhante, em verdadeiro retrocesso aos Direitos Fundamentais duramente conquistados ao longo de décadas.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. Direito Penal: Parte Geral. 6ª Ed. Rev., ampl e atual. Salvador: Jus Podvim, 2016, vol I (Sinopses para concursos).

FEARNSIDE, P. M. *Serviços ambientais como estratégia para o desenvolvimento sustentável na Amazônia rural*. Meio Ambiente Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas. São Paulo, SP: Editora Cortez, 1997.

KIERKEGAARD, Søren. *Kierkegaard's Journals and Notebooks*, vol. 2. Editado por Niels Jørgen Cappelorn, Alastair Hannay, David Kangas, Bruce H. Kirmmse, Vanessa Rumble, e K. Brian Söderquist. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 42.

NOTAS:

[1] Artigo 7(1) do Estatuto de Roma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

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: A dignidade da pessoa humana avoca gradualmente um importante papel no encadeamento do Estado Democrático de Direito. Assim, o presente artigo tem por escopo fazer a análise da relevância da dignidade da pessoa humana como direito fundamental. Por estar incorporado na Constituição Federal de 1988 e presente na sociedade contemporânea, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia na República brasileira, o que justifica a iniciativa do trabalho. Com isso, levantou-se o seguinte questionamento: Qual a relevância da dignidade da pessoa humana como direito fundamental? Para tanto, a estratégia utilizada para a realização deste trabalho foi o levantamento bibliográfico, que consiste em pesquisa elaborada a partir de material já publicado, efetuada em bibliotecas e internet, constituído de livros e artigos publicados onde o acesso é permitido. Os dados da revisão literária apresentados e as considerações realizadas mostram que a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que estabelece a defesa dos direitos individuais, funciona também como dever do Estado, visando garantir a todos os indivíduos o pleno exercício da dignidade e o mínimo vital.

Palavras chave: Princípio. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ABSTRACT: The dignity of the human person gradually takes on an important role in the chain of the Democratic State of Law. Thus, the purpose of this article is to analyze the relevance of the dignity of the human person as a fundamental right. Being incorporated in the Federal Constitution of 1988 and present in contemporary society, the principle of the dignity of the human person is a guarantee in the Brazilian Republic, which justifies the initiative of work. With this, the following question was raised: What is the relevance of the dignity of the human person as a fundamental right? To do so, the strategy used to carry out this work was the bibliographical survey, which consists of research elaborated from material already published, carried out in libraries and the internet, made up of books and published articles where access is allowed. The data of the literary revision presented and the considerations made show that the dignity of the human being, while establishing the defense of individual rights, also functions as a duty of the State, aiming to guarantee to all individuals the full exercise of dignity and the vital minimum.

Keywords: Principle. Dignity of human person. Fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

A palavra dignidade no dicionário tem várias definições, na vida de uma pessoa e podem ter vários significados por se tratar de um valor moral. Porém, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma junção de deveres e condutas estabelecidas para o convívio social de todos os seres humanos, o mesmo tratamento, o mesmo comportamento de respeito entre os seres humanos.

A dignidade da pessoa humana avoca gradualmente um importante papel no encadeamento do Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente artigo tem por escopo fazer a análise da relevância da dignidade da pessoa humana como direito fundamental.

Por estar incorporado na Constituição Federal de 1988 e presente na sociedade contemporânea, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia na República brasileira, o que justifica a iniciativa do trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Com isso, levantou-se o seguinte questionamento: Qual a relevância da dignidade da pessoa humana como direito fundamental?

Para tanto, a estratégia utilizada para a realização deste trabalho foi o levantamento bibliográfico, que consiste em pesquisa elaborada a partir de material já publicado, efetuada em bibliotecas e internet, constituído de livros e artigos publicados onde o acesso é permitido.

Segundo Lakatos (2010), a pesquisa de revisão de literatura consiste em análises da literatura disponível em relação ao tema de estudo, cujo objetivo é possibilitar ao pesquisador o contato direto com tudo que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto.

Sendo assim, este trabalho foi embasado em estudo de teóricos conceituados, tendo como referência básica, Fiorillo, sarlet, Carvalho, Silva, dentre outros, que caracterizam questões relacionadas ao meio ambiente do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Buscou-se, ainda, respaldo teórico necessário para o esclarecimento do devido estudo através da plataforma SCIELO (Scientific Electronic Library Online) no *link* Pesquisa de artigos utilizando-se as palavras chave: Princípio. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de configurar o mínimo necessário para um Estado social de direito, funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de guia, inclusive, para esclarecer conflitos entre as diversas interpretações.

> A unidade de sentido dos direitos fundamentais, tal como a entendemos, representa a unidade de **concepção antropológica** que está na base do conjunto normativo que formam. A concepção do homem como ser autônomo, livre e responsável dá conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> como princípio regulativo dos direitos fundamentais e permite deste modo, uma aplicação coerente dos preceitos constitucionais receptivos [...] Esta função instrumental do princípio da dignidade da pessoa humana é apontada, na doutrina nacional, por Ingo Wolfang Sarlet, assinalando que "serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna". Esta eficácia de natureza jurídico-objetiva não se restringe a estes aspectos, assumindo ainda maior relevância quando se verifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, na verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Neste sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimas caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, a dignidade constitui verdadeira condição da democracia, que dela não pode livremente dispor (SARLET, 2012, p. 110-111, grifo nosso).

Diante da abrangência que assume o princípio da dignidade da pessoa humana, árdua é a tarefa em se tentar conceituá-lo. A violação desse princípio ocorre sempre que a pessoa humana for rebaixada a objeto, a mero instrumento, coisificada.

O aludido princípio, em sua dimensão individual, engloba a igualdade de tratamento, a proteção à integridade física, a liberdade de pensamento e expressão e a autodeterminação. Em nível social, abrangendo alguns dos direitos ditos sociais e direitos a prestações materiais por parte do Estado, envolve a garantia de justas e adequadas condições de vida para o indivíduo e sua família (SARLET, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Trata-se, então, de direito individual indisponível, ligado intimamente à autodeterminação e autonomia de cada ser humano, relacionado também à igualdade entre os homens e à garantia de mínimo para se viver.

A dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que estabelece a defesa dos direitos individuais, em especial da liberdade física e intelectual, funciona também como dever do Estado, visando garantir a todos os indivíduos o pleno exercício da dignidade e o mínimo vital.

Mas, apesar da dignidade de cada pessoa constituir reduto intangível e inalienável, poderá sofrer certas restrições ante a colisão de direitos. Se isso acontecer, há que se respeitar sempre o princípio da proporcionalidade.

Tendo em vista ser o princípio da dignidade humana o núcleo essencial da hermenêutica constitucional, pois no que concerne aos direitos e garantias individuais está incluso o de preservar a pessoa humana com um mínimo de garantias, é dever do intérprete "tomar" a dignidade humana da Constituição como núcleo essencial da mesma, funcionalizando-se o Estado ao cumprimento dessa tarefa.

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um limite inatacável de qualquer direito e garantia fundamental. O Estado tem por função e dever cumprir tais direitos. Todo o texto constitucional há que ser interpretado em função do princípio da dignidade humana e do dever estatal em defendê-lo.

2.2 A dignidade da pessoa humana como direito fundamental

O conceito de dignidade humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais (CARVALHO, 2009, p. 673).

Conforme Silva (2011), "a dignidade da pessoa humana não significa qualquer valor, mas, sim, um valor único e específico. Enquadra-se como um valor espiritual e moral inerente à pessoa e que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

consigo a ideia segura de respeito por parte das demais pessoas. Em sentido jurídico, significa viver o cidadão de forma responsável e ser respeitado nos seus direitos assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, tendo em vista que o respeito à vida é e assim deverá permanecer o mais fundamental de todos os significados da expressão".

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado, significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa (CARVALHO, 2009, p. 672).

Conforme Rocha e Queiroz (2015), com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a uma vida digna. Não basta manter-se vivo, é preciso que se viva com qualidade, o que implica conjunção de fatores como saúde, educação e produto interno bruto, segundo padrões elaborados pela Organização das Nações Unidas, sendo certo que, em tal classificação, a saúde do ser humano alberga o estado dos elementos da natureza (água, solo, ar, flora, fauna e paisagem).

Conforme o art. 6º da Constituição Federal, no tocante ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo um direito social, a segurança tem por finalidade dar condições a todas as pessoas de adquirir o mínimo necessário, porém o suficiente no convívio em meio à sociedade (BRASIL, 1988).

Segundo Fiorillo (2010), além de abarcar o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988, trouxe também o mínimo existencial ou o piso mínimo normativo, e suas garantias, de acordo com a percepção da Assembleia Constituinte. Isto é percebido quando se faz uma interpretação sistemática da Constituição (BRASIL, 1988).

Conforme Fiorillo (2010) utiliza-se da denominação piso mínimo normativo para referir-se às condições sem as quais o homem não pode viver dignamente, indicando que tais condições estão expressas no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais a educação, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Para Krell (2000), os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais.

Na ordem econômica, vem garantindo quando diz a Constituição que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170); na ordem social, quando declara a Constituição que "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193) (CARVALHO, 2009, p. 673).

Junqueira (2014) ressalta que a proteção à dignidade da pessoa humana deve ser realizada em um primeiro momento pelo Estado, quando este faz sua organização política, mas também é de suma importância para a aplicação e execução das normas atinentes ao assunto, os trabalhadores e empregadores.

Observa-se, desse modo, que a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana.

CONCLUSÃO

de conhecimento geral que o ordenamento jurídico é composto por normas que disciplinam a vida em sociedade, por conseguinte a legislação deve acompanhar a evolução social uma vez que a mesma existe em decorrência desta. Pois, o direito não é uma ciência estática, está sempre em evolução, e assim, no tocante ao termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa.

Como previsto no art. I, inciso III da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e tem como princípio assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados de forma a valorizar e preservar o ser humano (CARVALHO, 2009).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, a dignidade representa o valor absoluto de cada ser humano. E ainda, vale ressaltar a conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 674): "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".

Portanto, mediante as considerações relatadas neste artigo, resta-se elucidado que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada garantindo seu direito fundamental à condição de ser humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* 15 ed., rev. Atua e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 11. ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNQUEIRA, Ludmila Paula G. *Meio ambiente do trabalho nas minas.* 2014. Disponível em: http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=135 Acesso em: 19/08/2018.

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada:* Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. Cap. 2, p.25-60.

LAKATOS, Eva Maria. *et al. Fundamentos de metodologia cientifica.* 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. *O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana.* 2015. Disponível em: em: ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=107958&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 11/07/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 a ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DA TEORIA POLÍTICA DE MAQUIAVEL NA OBRA DE SHAKESPEARE: DIÁLOGOS ENTRE JÚLIO CÉSAR E O PRÍNCIPE

JOSÉ AÉCIO VASCONCELOS FILHO: Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Ministério Público de Contas - TCE/CE.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar os principais aspectos de intersecção entre a teoria política de Maquiavel e a obra *Júlio César*, escrita por Shakespeare em 1599. A partir da análise de diversos aspectos políticos e sociais abordados nas duas obras, pretende-se demonstrar que as ideias de Maquiavel sobre conquista e manutenção do poder, bem como sobre a relação entre os governantes e seus súditos, influenciaram a narrativa de Shakespeare, especialmente no que concerne às possíveis motivações e consequências do assassinato de um líder político carismático e popular.

Palavras-chave: teoria política, Maquiavel, O Príncipe, Júlio César.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O príncipe; 2 Breve sinopse de Júlio César; 3 Como obter o poder político; 4 Como manter o poder conquistado pela violência; 5 A relação entre o governante e a guerra; 6 A mulher e a política; 7 Exercendo o poder com apoio popular; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Júlio César é uma das obras mais difundidas de Shakespeare; apesar de ter sido escrita provavelmente em 1599, ainda hoje desperta discussões sobre os limites da disputa de poder político e as consequências que essa disputa pode trazer para a sociedade.

Nessa peça histórica, Shakespeare retrata os bastidores do assassinato do general Júlio *César* pelos membros da aristocracia romana (liderados por Brutus e Cássio), então preocupados com o aumento da popularidade de César e com o risco de que ele restaurasse a monarquia em Roma, bem

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

como as *decorrências* do vácuo político gerado pela ausência do líder romano.

Este breve ensaio analisará o contexto histórico em que a obra foi escrita, com especial destaque para a relação do enredo com as ideias desenvolvidas por Maquiavel em *O Príncipe*, publicado em 1532.

1. O PRÍNCIPE

Como se sabe, *O Príncipe* é um grande clássico da literatura mundial. Escrito no século XVI, a obra ainda representa, nos dias de hoje, um dos maiores compêndios de ciência política já produzidos no Ocidente.

Em seus 26 capítulos, construídos a partir de exemplos de disputas políticas que ocorreram desde a Antiguidade até a Europa do século XVI, Maquiavel descreve as principais maneiras pelas quais se conquista e se mantém o poder político em determinado território. Descreve ainda as virtudes que um bom governante deve reunir para se manter no poder e as tentações que ele deve evitar.

As ideias políticas de Maquiavel, embora desenvolvidas em um contexto histórico completamente diverso do atual, continuam repercutindo entre os estudiosos de todas as ciências humanas. Para além da tradicional máxima "os fins justificam os meios", seu pensamento político inaugurou a noção de que a ação do governante deve estar fundamentada na realidade das circunstâncias concretas, e não em eventuais preceitos éticos ou morais.

Embora não se tenha notícia de que Shakespeare tenha lido *O Príncipe*, há diversos indícios de que isso tenha ocorrido, pois a obra shakespeariana é rica em referências a elementos do pensamento político maquiavélico. Com efeito, muitos dos comportamentos dos personagens de Júlio César, assim como os efeitos gerados por esses comportamentos, podem ser compreendidos sob o prisma da teoria política de Maquiavel.

Segundo Miguel Chaia, da comparação de Shakespeare com Maquiavel, surge um espaço de encontro entre política e vida, cujo pano de fundo é a presença constante da tragédia. Uma visão de Shakespeare,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

clarificada pela leitura de Maquiavel, une arte e política, homem e poder, assim como caos e controle, vida e morte[1].

2. BREVE SINOPSE DE *JÚLIO CÉSAR*

Logo no início da peça, retrata-se a aclamação de César pelos plebeus e a preocupação da aristocracia romana com o aumento de sua popularidade. Enquanto uma coroa é oferecida a César, Cássio conversa com Brutus sobre os destinos da República romana, destacando o aumento da concentração de poder nas mãos de César:

> "Agora, alimenta-se esse nosso César para ter crescido a tais proporções? Tempo de hoje, como estais degradado! (...) Quando foi que se passou um outro tempo, desde o grande dilúvio, que tivesse ficado famoso por um único homem? E agora temos, nesta idade, uma Roma que é cidade, e nela há somente um homem."[2]

Embora Brutus tenha profundo respeito por César, acaba se convencendo que de que ele representa uma ameaça ao sistema político romano. Essa preocupação de Brutus pode ser explicada pelo fato de que os romanos do período republicano refutavam veementemente a ideia de concentração de poder, conforme explica Nunes Pereira:

> No constitucionalismo romano, por sua vez, o ideal constitucionalista da limitação de poder ganha sentido coletivo ou comunitário, na perspectiva do enfrentamento dos conflitos sociais. A rejeição dos romanos ao poder absoluto resulta da impossibilidade de se confundir autoridade e poder numa mesma pessoa concreta. A autoridade política romana se assenta na comunidade dos cidadãos. Assim, exsurge entre os romanos o germe da noção de povo (populum).[3]

Após Cássio e Brutus convencerem alguns outros membros da aristocracia romana, o assassinato se consuma durante uma visita de Júlio César ao Senado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É interessante observar que César, assustado com um pesadelo de sua esposa Calpúrnia, relutou em comparecer ao Senado no dia de sua morte, mas foi convencido por Décio, um caricato bajulador, que deturpou o pesadelo de Calpúrnia, interpretando-o como um sonho que ressaltava as virtudes do general.

Maquiavel dedica um capítulo inteiro de sua teoria política para explicar que o príncipe prudente deve manter distância de bajuladores. Para ele, os aduladores estão sempre preocupados em agradar, de modo que os conselhos por eles dados não são sinceros. O governante deveria de cercar de homens sábios, aos quais deve ser dada a liberdade de opinar livremente sobre os assuntos a respeito dos quais são consultados.[4]

Se Júlio César tivesse seguido essa recomendação, afastando-se do convívio de bajuladores, sua vida seria poupada. Mas o personagem de Shakespeare era extremamente vaidoso, referindo-se a ele mesmo em terceira pessoa e alegrando-se com cada elogio que recebia de seus súditos.

Após a morte do líder romano, a preocupação dos conspiradores passa a ser a estabilidade política em Roma. A estratégia de Brutus, diante da grande popularidade de Júlio César, é persuadir os plebeus de que ele era um tirano, e de que sua morte representaria a garantia da manutenção da república romana.

A estratégia funciona no primeiro momento. Ocorre que, conforme alerta Maquiavel, "a natureza dos povos não é constante e é fácil persuadi-lo de alguma coisa, mas é difícil firmá-los nessa persuasão."[5]

Marco Antônio, um dos aliados mais próximos de César, faz um discurso inflamado do púlpito do Capitólio, convencendo os romanos de que a intenção do líder assassinado nunca foi a de restaurar a monarquia em Roma.

É interessante ressaltar a habilidade de Antônio com as palavras. Shakespeare destaca a importância da comunicação persuasiva, principalmente no âmbito da política. Foi a força persuasiva de Cássio que fez com que Brutus aderisse à trama liderada por ele. Agora, o poder de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

convencimento de Marco Antônio fazia o povo se voltar contra os assassinos, culminando no fracasso da conspiração.

3. COMO OBTER O PODER POLÍTICO

Maquiavel defende que há duas formas principais pelas quais se conquista o poder: pela virtude e pela fortuna.

O particular que se torna príncipe por meio de sua própria virtude teria mais dificuldade para chegar ao poder, mas teria facilidade para mantê-lo, uma vez que as principais dificuldades já teriam sido enfrentadas ao longo da jornada rumo à conquista do principado. Como exemplos, Maquiavel cita os casos de Moisés, Ciro, Rômulo e Teseu.

Já os que dependem da fortuna são aqueles que se valem do dinheiro ou da graça de algum outro príncipe para chegar ao poder. Esses se tornam príncipes com muita facilidade, mas apenas com muito esforço conseguiriam manter o controle do principado.[6]

Isso porque, sem experiência na condução dos negócios do Estado, os governantes podem sucumbir diante do surgimento das primeiras dificuldades. Maquiavel cita, para exemplificar a chegada ao poder por meio da sorte, os casos das cidades gregas de Jônia e Helesponto, cujos governantes foram feitos príncipes por Dario.

Na obra shakespeariana, Cássio pretende governar Roma a partir do vácuo que ficaria após o assassinato de Júlio César, que estava sendo planejado por ele e por outros membros da aristocracia.

Não se trata, portanto, de uma tentativa de conquista de poder por meio de fortuna, uma vez que Roma não seria simplesmente entregue a Cássio. Não se pode considerar, tampouco, que Cássio pretendia se tornar príncipe por meio de sua virtude, pois não se pode considerar virtuoso aquele que planeja o assassinato do governante legitimamente investido no exercício do poder político.

Maquiavel não deixou de tratar dessa forma de obtenção do principado, dedicando um capítulo inteiro de sua obra-prima àqueles que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

usurpam o poder a partir de práticas criminosas. A descrição maquiavélica da maneira como Agátocles chegou ao poder é muito semelhante ao caso de Cássio:

> O siciliano Agátocles, homem comum da mais abjeta condição, tornou-se rei de Siracusa. (...) (...) ingressou na milícia e, galgando os vários graus pela força de sua maldade, alcançou a posição de pretor (comandante do exército) de Siracusa. (...) Certa manhã, ele convocou o povo e o Senado de Siracusa como se quisesse deliberar sobre assuntos importantes da república e, a um seu sinal, seus solados assassinaram todos os senadores e as pessoas mais ricas do povo. [7]

Existe, no entanto, uma diferença fundamental entre o modo de agir de Agátocles e de Cássio. O primeiro determinou a morte dos principais detentores do poder político e econômico da cidade, certificando-se de que não haveria qualquer resistência significativa à nova ordem que pretendia instaurar. Já o aristocrata romano preferiu eliminar apenas Júlio César. Embora os conspiradores tenham discutido a possibilidade de assassinar também os aliados mais próximos do general, acabaram se convencendo de que um número maior de mortes poderia afastar os plebeus da causa revolucionária. Essa opção talvez tenha implicado o fracasso da empreitada de Cássio.

4. COMO MANTER O PODER CONQUISTADO PELA VIOLÊNCIA

É uma lição clássica de Maquiavel que as ofensas dos governantes devem ser feitas todas de uma vez, ao passo que os benefícios devem ser concedidos aos poucos, para que sejam melhor apreciados.[8]

O mestre italiano defende que é possível manter o poder conquistado por meio de crueldades e traições, desde que sejam elas executadas de uma só vez. Assim procedendo, aquele que conquista o poder consegue a estabilidade necessária para governar e começar a conceder benefícios aos súditos. Já aquele que executa apenas os atos estritamente necessários para conquistar o poder enfrentará instabilidade e terá que continuar a praticar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

atos de violência para se manter no poder, o que gera descontentamento popular e aumenta a instabilidade política.

Ora, em *Júlio César* temos um exemplo claro de tentativa de golpe fracassada em virtude do temor que os conspiradores tinham de executar atos de violência. Embora Cássio tenha manifestado preocupação com o que poderia fazer Marco Antônio se sobrevivesse a César[9], foi convencido por Brutus e por Trebônio de que ele não representaria riscos à nova ordem que se pretendia implementar, e que sua eventual morte faria com que as ações dos aristocratas parecessem por demais violentas aos olhos dos plebeus.

Após a morte de César, Marco Antônio ainda foi autorizado a fazer um discurso em sua homenagem, e foi justamente nesse discurso que ele, ainda que de forma velada, incitou os plebeus romanos contra os aristocratas, iniciando uma guerra civil que impediu os conspiradores de assumir o poder.

5. A RELAÇÃO ENTRE O GOVERNANTE E A GUERRA

Outro aspecto destacado nas duas obras em exame é a relação entre os governantes e as armas. Maquiavel defende que o príncipe, se quiser manter o poder, deve ter intimidade com a arte da guerra, especialmente em épocas de paz.

No contexto em que a obra foi escrita, as guerras que decorriam da disputa de poder político eram muito mais comuns do que atualmente, de modo que aqueles que se dedicavam ao treinamento e estudo de estratégias de combate levavam uma indiscutível vantagem em comparação com aqueles que se acomodavam nas épocas de paz.

Nos dias de hoje, em que as superpotências dispõem de armamento nuclear com potencial para destruir o planeta várias vezes, os conflitos armados são mais raros e de menores proporções, sendo priorizadas as soluções diplomáticas para as controvérsias que surgem entre os países. No entanto, não se pode perder de vista que, mesmo nesse contexto, o poderio militar ainda constitui fundamento para a hegemonia política, o que demonstra a universalidade do pensamento político do mestre italiano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em *O Príncipe,* argumenta-se que a preparação para a guerra pode ocorrer a partir do exercício do corpo e da mente. O exercício do corpo ocorreria a partir de treinamentos militares, no âmbito dos quais os exércitos realizariam atividades de campo e conheceriam os terrenos e montanhas do reino. Quanto ao exercício da mente, o príncipe deveria ler os historiadores, considerar as ações dos grandes personagens, analisar suas condutas na guerra, examinar as causas de suas derrotas e de suas vitórias a fim de evitar umas e imitar outras.[10]

Em *Júlio César,* a importância da experiência na guerra é confirmada. Após a morte de César, instaura-se um conflito civil entre os aliados de Brutus e Cássio, de um lado, e os aliados de Marco Antônio do outro.

Embora Shakespeare não descreva com detalhes o desenrolar do conflito, é possível perceber que há um impasse decorrente do equilíbrio de forças entre as tropas e do excesso de cautela dos dois comandantes.

m determinado momento, após ser provocado pelo fantasma de César, Brutus decide, contra a vontade de Cássio, que suas tropas devem ir ao encontro de Antônio.

A estratégia adotada por Antônio (aguardar o inimigo no território conhecido de Filipos) é claramente superior àquela adotada por Brutus, que vê seus exércitos facilmente neutralizados pelos oponentes, embora não se tenha notícia de que fossem superiores em quantidade ou em força militar.

Percebe-se, assim, mais um elemento no diálogo entre as duas obras em exame: a importância da experiência militar para a conquista e manutenção do poder político.

6. A MULHER E A POLÍTICA

Outro aspecto digno de nota é o tratamento que os dois autores dão ao papel desempenhado pela mulher na vida política.

O Príncipe, recheado de exemplos históricos, não apresenta qualquer mulher que tenha se destacado na luta pela conquista e manutenção do poder político.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

No entanto, ao tratar dos cuidados que o governante deveria tomar para evitar o ódio de seus súditos, Maquiavel defende que o príncipe deve se abster de apossar-se dos bens e das mulheres de seus cidadãos.[11]

Percebe-se, no ponto, a clara objetificação da mulher, que é tratada como propriedade do homem, e que deve ser respeitada pelo príncipe pelo mesmo motivo que devem ser respeitados os bens materiais dos seus súditos.

Em diversas outras passagens, associa-se o adjetivo "efeminado" a características desprezíveis, que devem ser evitadas pelo bom governante.

Hannah Pitkin, analisando a questão do gênero na obra de Maquiavel, destaca que, em sua narrativa, as mulheres constituem um perigo para os conquistadores, príncipes e tiranos, quando ele não consegue mais controlar seus próprios impulsos ou os de seus filhos. E vai além, afirmando que, para ele,

> "as mulheres são um perigo não apenas para tiranos, príncipes, e conquistadores, mas também para a vida política saudável de uma república. Elas fragilizam o autocontrole varonil dos cidadãos, assim como o dos príncipes, e tendem a privatizar o cidadão republicano, atraindo-o para fora da praça pública e para dentro do quarto."[12]

Em *Júlio César*, o protagonismo também está sempre associado a personagens masculinos. Shakespeare não se preocupa em detalhar a participação de qualquer mulher no desenrolar dos acontecimentos. Elas são mencionadas apenas como apêndices dos homens, apenas na medida em são necessárias para descrever a personalidade dos protagonistas masculinos.

Veja-se o exemplo de Pórtia, esposa de Brutus. Na primeira cena do segundo ato[13], enquanto Brutus ainda discute com seus aliados o atentado contra a vida de César, Pórtia pergunta ao marido as razões da preocupação estampada em seu semblante. Embora esteja claramente perturbado (pois ainda lhe falta convicção de que César é uma ameaça à república romana), Brutus não compartilha com a esposa as suas angústias, limitando-se a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

afirmar que não está bem de saúde. O que se apreende da leitura do diálogo é que Brutus não considera que Pórtia, sendo mulher, possa dar qualquer contribuição para a definição dos rumos da política romana.

A dependência da esposa em relação ao marido é evidenciada, de maneira ainda mais flagrante, após o exílio de Brutus. "Impaciente" com a ausência do marido, Pórtia resolve engolir carvão em brasa e dar fim à própria vida[14].

A figura feminina é, assim, descrita como um ser inferior, subordinada ao marido e incapaz até de sobreviver diante da ausência de uma autoridade que dê sentido à sua vida.

O comportamento da esposa de César, Calpúrnia, também ajuda a compreender a forma como a questão de gênero é tratada na obra shakespeariana. No dia marcado para o assassinato de César, Calpúrnia tem um pesadelo em que a estátua do marido esguicha sangue nas dependências do Senado. Diante desse fato, pede ao marido que não vá ao Senado naquele dia; após certa hesitação, César decide que deve manter a visita ao Capitólio.[15]

Poder-se-ia argumentar que César deixou de seguir o conselho da esposa por não acreditar em presságios, e não pelo fato de ela ser mulher. No entanto, essa tese não se sustenta, uma vez que César é um homem claramente supersticioso. Tanto é assim que pediu para que os padres fizessem um sacrifício e ouvissem as opiniões dos deuses, e só saiu de casa naquele dia após ter o sonho de Calpúrnia reinterpretado por um homem (Décio, um dos conspiradores), que associou a presença de sangue no sonho à necessidade que Roma tinha de se banhar com o sangue revigorante de seu líder.

Conclui-se, assim, que uma outra característica comum das obras em análise é, de fato, o papel subalterno conferido às mulheres no exercício da atividade política. Isso não significa que Shakespeare e Maquiavel eram especialmente misóginos, mas que suas obras refletem o contexto social em que viveram. No século XVI, as mulheres eram consideradas extensões de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

seus pais e maridos, sendo-lhes vedado o desenvolvimento de sua própria personalidade.

Nessa ordem de ideias, Cristiane Soares Carneiro Neri é precisa ao afirmar que "a trajetória histórica das mulheres, principalmente das que povoaram a época medieval, é normalmente contada através de biografias de mulheres sempre desempenhando o papel de mães ou esposas de grandes homens da história e, raramente, por seus méritos próprios."[16]

7. EXERCENDO O PODER COM APOIO POPULAR

Maquiavel defende que tem maior facilidade para manter o poder aquele que tem o apoio popular. Tendo que optar entre o apoio das massas e o apoio das elites, o príncipe deve sempre optar pelo primeiro. Para o autor italiano, enquanto os membros da elite enxergam o príncipe como mais um entre eles (que pode ser substituído a qualquer momento), o povo apoiará o príncipe desde que ele o proteja das elites[17].

O Príncipe apresenta um capítulo inteiro dedicado à maneira pela qual se deve evitar o desprezo e o ódio. Para evitar a rebelião de seus súditos, o príncipe deve evitar ser odiado pela maioria, pois o conspirador sempre acredita satisfazer o povo com a morte do príncipe[18].

Cássio e Brutus, os conspiradores romanos, sabiam disso, tanto que a primeira medida adotada após o assassinato de César foi dar explicação aos plebeus. Brutus tinha consciência de que precisava do apoio popular para manter a ordem em Roma, e procurou obtê-lo ao associar a morte do general à libertação de Roma.

Como já dito, a estratégia não funcionou; os plebeus não aceitaram a morte de César e a cidade foi tomada por um distúrbio civil. Percebe-se, na narrativa shakespeariana, uma clara associação entre esses dois eventos, o que pode ser explicado pelo fato de que, vivendo sob a égide da monarquia inglesa, Shakespeare pretendeu relacionar a morte do governante a uma escalada de instabilidade social, evitando que sua obra fosse interpretada como um estímulo ao questionamento da autoridade monárquica.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Em sede conclusiva, é possível afirmar que existe, sim, um diálogo entre a teoria política desenvolvida por Maquiavel em *O Príncipe* e a narrativa histórica construída em *Júlio César*.

Embora Júlio César seja uma peça inspirada em uma história real, e ainda que Shakespeare tenha sido fiel aos acontecimentos que efetivamente ocorreram na época da república romana, os aspectos políticos que permeiam a narrativa, relacionados à conquista e manutenção do poder, foram provavelmente inspirados na obra maquiavélica.

Temas como a forma adequada de chegar ao poder e os cuidados que o governante deve ter para mantê-lo são abordados pelos dois autores a partir das mesmas premissas, observando-se apenas uma diferença na abordagem utilizada.

Enquanto Maquiavel escreveu um manual de ciência política, descrevendo, de forma didática (inclusive com a utilização de vários exemplos históricos), o comportamento que deveria adotar o príncipe para ser bem-sucedido em sua empreitada política, Shakespeare explora os limites da busca do poder político e a relação entre os governantes e seus súditos a partir de um único exemplo histórico, o assassinato de Júlio César, que catalisou a transição da República para o Império Romano.

REFERÊNCIAS

CHAIA, Miguel. A natureza da política em Shakespeare e Maquiavel. Palestra feita pelo autor em 21 de outubro de 1994 no IEA-USP. Disponível em . Acesso em 20.jun.2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017.

MCCORMICK, John P. Democracia maquiaveliana: controlando as elites com um populismo feroz. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, setembro-dezembro 2013, p. 253-298. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

NERI, Cristiane Soares Carneiro. Feminismo na Idade Média: conhecendo a cidade das damas. **Revista Gênero e Direito**, v. 2, n. 1, 2013, p. 68-85. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2017.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado Constitucional e as súmulas vinculantes. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 66-75, out./dez. 2009. Disponível em: . Acesso em 19.jun.2017.

PITKIN, Hannah. Gênero e Política no pensamento de Maquiavel. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, setembro-dezembro 2013, p. 219-252. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017. SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016.

NOTAS:

[1]CHAIA, Miguel. A natureza da política em Shakespeare e Maquiavel. Palestra feita pelo autor em 21 de outubro de 1994 no IEA-USP. Disponível em . Acesso em 20.jun.2017.

[2]SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 27.

[3]PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado Constitucional e as súmulas vinculantes. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 66-75, out./dez. 2009. Disponível em: . Acesso em 19.jun.2017.

[4]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 200.

[5]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 62.

[6]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 57-79.

[7]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 57-82.

[8]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 89.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[9]SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 50.

[10]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 127-130.

[11]MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos Livros, 2017, p. 146.

[12]PITKIN, Hannah. Gênero e Política no pensamento de Maquiavel. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, setembro-dezembro 2013, p. 219-252. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017.

[13]SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 54.

[14]SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 111.

[15]SHAKESPEARE, William. Júlio César. Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 58-62.

[16]NERI, Cristiane Soares Carneiro. Feminismo na Idade Média: conhecendo a cidade das damas. **Revista Gênero e Direito**, v. 2, n. 1, 2013, p. 68-85. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2017.

[17]MCCORMICK, John P. Democracia maquiaveliana: controlando as elites com um populismo feroz. **Revista Brasileira de Ciência Política,** Brasília, setembro-dezembro 2013, p. 253-298. Disponível em: . Acesso em: 25 jun. 2017.

[18]SHAKESPEARE, William. Júlio César**.** Tradução de Beatriz Viégas-Faria. Porto Alegre: L&PM, 2016, p. 159.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O CONTRATO DE TRABALHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

CAROLINA CALHAU DE CASTRO E ANDRADE: Advogada graduada na Puc Minas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar como se dá a contratação do empregado público na Administração Pública Indireta, verificando qual o regime jurídico aplicável nesses casos, como se dá sua admissão e demissão, bem como as diversas discussões quanto a tema, principalmente quanto à possibilidade ou não de considera-lo estável.

Palavras-Chave: Administração Pública Indireta. Empregado Público. CLT. Concurso Público. Admissão e Demissão.

Sumário: *Introdução. 1 Exigibilidade de Concurso Público. 2 Contratação pelo Regime Celetista. 3 Estabilidade Constitucional do art. 41 da Constituição Federal de 1988. 4 Demissão do Empregado Público. Considerações Finais. Referências.*

Introdução:

Muitas são as discussões quanto à contratação do empregado público, principalmente quanto à estabilidade constitucional elencada no art. 41 da CF/88, bem como quanto à demissão desse empregado.

No presente artigo, sem se pretender esgotar o tema em questão, propõe-se analisar tais questionamentos, verificando qual o regime jurídico aplicado à contratação, bem como qual o posicionamento doutrinário sobre o tema.

1. Exigibilidade de Concurso Público

A primeira questão a ser tratada nessa discussão é a exigibilidade de concurso público para a investidura em qualquer cargo na Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O princípio da impessoalidade, norteador da atuação da Administração, é, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009), um comando de vedação essencial de utilização de critérios pessoais nas tomadas de decisões pela Administração, o que legitima a exigibilidade de concurso público. Da mesma forma, o princípio da indisponibilidade do interesse público veda o administrador de sobrepor interesses pessoais aos interesses públicos, conforme Marçal Justen Filho (2014), fazendo-se essencial a existência do concurso para confirmar essa limitação.

Note que se a contratação de empregados na Administração Pública fosse realizada da mesma forma que na área privada, muitas seriam as arbitrariedades cometidas por parte do administrador, que poderia contratar quem bem entendesse para os cargos que desejasse. Haveria uma sobreposição de interesses pessoais sobre os públicos, não sendo uma atitude compatível com a função da administração.

De qualquer maneira, o art. 37 da CF, em seu inciso II, veda a contratação de funcionários por parte da Administração, seja ela Direita ou Indireta, sem a existência de um concurso de provas ou de provas e títulos, quando determina que:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

(BRASIL, 1988)

Nesse mesmo sentido, inclusive, já se manifestou o STF no Mandado de Segurança nº 21.322, que teve como Relator o Ministro Paulo Brossad, em 03/02/1992, na ementa transcrita a seguir:

> EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PUBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explicito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas publicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, PAR. 1. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição
>
> (BRASIL, 1992)

Assim, para o ingresso nos quadros das empresas públicas e sociedades de economia mista há a exigência de prestação de concurso público, como condição de validade para a contratação.

2. Contratação pelo Regime Celetista

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Diferentemente do servidor público, que possui vínculo estatutário com a Administração regido pela Lei 8.112, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos, o empregado público possui um vínculo contratual, sob a regência da CLT, conforme Artur Salles Viana (2014).

Sua admissão está condicionada à assinatura de sua Carteira de Trabalho pelo empregador, bem como todas as outras exigências da legislação trabalhista previstas na CLT (Decreto Lei nº 5.452 de 1943): recolhimento dos 8% mensal em uma conta vinculada ao trabalhador a título de FGTS, férias, 13º salário, dentre outros.

Conforme Carvalho Filho (2015),

> As normas desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da *unicidade normativa*, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. (CARVALHO, p. 605, 2015)

Logo, ainda que contratado mediante aprovação em concurso público, o empregado das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas estabelece com a Administração um vínculo empregatício mediante a regência das Leis Trabalhistas, aplicando sobre eles os ditames da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. Estabilidade Constitucional do art. 41 da Constituição Federal de 1988

Em 1988, com a promulgação da Constituição, ficou garantida a estabilidade constitucional a todos os servidores públicos, após três anos de exercício, não podendo ser demitidos sem processo administrativo ou sentença judicial transitada em julgado, conforme preconiza o art. 41 da Constituição, que dispõe que "são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público" (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Pela redação do texto constitucional, muito se discutiu quanto à extensão da aplicação dessa garantia, conforme explicitado por João Paulo dos Santos Melo e Jucianne Adelly Cunha Lima Melo (2007), entendendo alguns que tal comando abrangeria a todos os servidores públicos, sejam eles funcionários ou empregados, ficando excluídos apenas aqueles que exerciam cargo de provimento comissão e aos contratados em regime temporário, e outros que entendiam abranger somente os funcionários públicos estatutários.

O TST, por meio da súmula 390, se manifestou quanto ao tema, pacificando o entendimento de que os empregados públicos das sociedades de economia mista e empresas públicas não são detentores da estabilidade de emprego, nos seguintes termos:

> Súmula nº 390 do TST
>
> Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável.
>
> I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.
>
> II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (BRASIL, 2005)

Logo, conforme item II da súmula supracitada, não há que se falar em garantia da estabilidade constitucional aos empregados públicos das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

Essa lógica se dá, inclusive, pela incompatibilidade do regime do FGTS com a estabilidade de emprego. A estabilidade constitucional só é garantida ao servidor investido em cargo público de provimento em caráter efetivo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

conforme redação do artigo 41 da CF, e o funcionário admitido pelo regime da CLT não está investido em cargo público, é detentor de um emprego público na Administração, como expõe Rafael Oliveira (2016).

Esse mesmo autor explicita de forma clara essa distinção quando defende que o cargo público é provido pelo servidor público estatutário com "denominação, direitos, deveres e sistemas de remuneração previstos em lei" (OLIVEIRA, p. 633, 2016) e o emprego público é o vínculo contratual estabelecido pelas entidades administrativas de direito privado e os servidores celetistas.

Para esse autor,

> "a estabilidade somente é reconhecida aos servidores estatutários, não alcançando os empregados públicos (regime trabalhista), uma vez que a norma constitucional se dirige categoricamente aos "servidores nomeados para cargo de provimento efetivo"". (OLIVEIRA, p. 678, 2016)

Na verdade, a diferença principal entre o empregado celetista e o servidor público regido por regime estatutário é que aquele é garantido com a indenização fundiária, e este com a estabilidade. Portanto, já está pacificado o entendimento de que o empregado da empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que contratado mediante concurso público, não goza da estabilidade prevista no artigo 41 da CF/88, não havendo mais, na esfera trabalhista, controvérsias ao tema neste sentido.

Sobre esse assunto, porém, cabe apenas esclarecer o item I da súmula 390 do TST supramencionada, que reconhece a estabilidade de emprego aos empregados públicos da administração Direta, autárquica ou fundacional.

Pois bem, conforme João Paulo dos Santos Melo e Jucianne Adelly Cunha Lima Melo (2007), o caput do artigo 39 da Constituição estabelecia, em seu texto original, a obrigatoriedade de um só regime jurídico a todos os servidores das Administrações autárquica, fundacional e direta por parte de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

cada ente Federado. Era vedada a adoção simultânea do regime estatutário e celetista numa mesma Administração.

Porém, com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, modificou-se o caput desse artigo 39, segundo Artur Salles Viana (2014), eliminando a obrigatoriedade de adoção de um regime jurídico único para os agentes atuantes na administração direta, autarquias e fundações públicas, editando a União a Lei 9.962, de 2000, que possibilitou a contratação de empregados públicos por esses entes.

Acontece que em agosto de 2007, o STF entendeu por meio de medida liminar concedida na ADI 2.135/DF, ser necessário suspender a eficácia da nova redação do art. 39 em virtude de haver inconstitucionalidade formal, decidindo que sua decisão teria efeito *ex nunc*, voltando a vigorar a redação originária do art. 39 da CF que exige a instituição do regime jurídico único, como bem explica Rafael Oliveira (2016).

Por seu efeito *ex nunc,* toda e qualquer Lei editada anteriormente à decisão do STF permaneceu válida, reconhecendo-se a validade da Lei 9.962 de 2000, sendo ela amplamente aplicada ao pessoal contratado antes de 2007, sob o regime de emprego público, admitindo-se dois regimes diferentes de servidores, os estatutários e os celetistas, nessa única hipótese.

Dessa forma, existem os empregados públicos da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional federal contratados ainda durante a vigência da alteração do artigo 39, caput, que são regidos pela lei 9.962 de 2000. A eles é garantida a estabilidade de emprego, conforme demonstrado, diante da peculiaridade na origem do seu regime de contratação, diferente dos empregados públicos contratados pela Administração Pública Indireta.

4. Demissão do Empregado Público

De forma geral, o empregado público é contratado pela Administração Pública Indireta para trabalhar nas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas criadas pelo Estado. Sua admissão está condicionada à aprovação prévia em um concurso público, conforme ditames do art. 37 da CF, já explicitado nos tópicos anteriores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Além disso, conforme já debatido, os empregados públicos desses entes públicos não gozam da estabilidade de emprego garantida aos funcionários públicos regidos pelo regime estatutário. Por estarem submetidos ao regime celetista, torna-se uma faculdade do empregador a dispensa do empregado, ainda que sem justa causa.

Ocorre que, sendo o empregador uma empresa pública ou sociedade de economia mista, ou seja, entes da Administração Pública indireta, estão submetidos aos princípios constitucionais que devem ser observados em todos os atos administrativos tomados pelos entes públicos, em virtude principalmente da supremacia do interesse público sobre o privado, gerando controvérsia quanto à demissão desse empregado.

Na verdade, o maior questionamento que se tem é o de que se para ingressar na Administração Pública se faz imprescindível a prestação de concurso público, em respeito ao art. 37 da CF, quando da demissão do empregado público, não poderia ser diferente, devendo haver respeito, da mesma forma, por parte dos entes públicos, aos mesmos princípios constitucionais, devendo haver um controle da atuação da Administração nesse sentido, conforme Rafael Oliveira (2016)

O que se tem discutido é a necessidade de respeito por parte da Administração a princípios constitucionais que a obrigam a motivar o ato de demissão do empregado público, mesmo sendo uma faculdade do empregador privado proceder com o devido desligamento do trabalhador, até na dispensa sem justa causa.

Considerações Finais

Conforme explanado acima, o empregado público não é contratado pela Administração Pública de forma subjetiva. Ele é submetido a concurso público, sem, contudo, possuir a estabilidade constitucional do art. 41 da CF/88. O regime jurídico ao qual ele está submetido é o da CLT, incidindo sobre ele todas as condições de um empregado privado, recolhimento dos 8% mensal em uma conta vinculada ao trabalhador a título de FGTS, férias, 13º salário, dentre outros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

No que diz respeito à sua demissão, tendo em vista que está submetido ao regime celetista, poderia, em tese, o Administrador Público demiti-lo com base nos seus interesses privados, o que acarretaria a violação de princípios constitucionais como da impessoalidade e moralidade.

O que se vê é que se para ingressar na Administração Pública se faz imprescindível a prestação de concurso público, em respeito ao art. 37 da CF, não poderia ser diferente quando da demissão do empregado público, devendo haver respeito, da mesma forma, por parte dos entes públicos, aos mesmos princípios constitucionais, devendo haver um controle da atuação da Administração nesse sentido.

Referências

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

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 390. Brasília. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390. Acesso em: 01 out, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** - 28. ed.– São Paulo : Atlas, 2015;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, João Paulo dos Santos; MELO, Jucianne Adelly Cunha Lima. Motivação Do Ato Administrativo De Dispensa Do Empregado Público. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v. 7, n. 3, p. 179 – 200, 2007. Disponível em: . Acesso em: 04 set, 2018;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

VIANA, Arthur Salles. **A motivação na dispensa do empregado de empresas públicas e de sociedades de economia mista.** 2014.70 f. Monografia. Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS. Brasília. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

www.conteudojuridico.com.br

HEDIONDEZ NOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

KENNEDY ELIAS LEITE SANTOS JÚNIOR:
Bacharelando em Direito, na Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE

DANILO FREITAS

(Orientador)

RESUMO: O crime de colarinho branco foi o apelido atribuído à lei federal 7.492/86, o qual traz em seus artigos punições para aqueles que, valendo-se da sua posição social e de seu alto prestígio, pratiquem condutas lesivas à ordem econômica. Contudo, esta norma, por conta da sua pequena força punitiva, não vem tendo uma aplicabilidade eficaz, necessitando-se de um tratamento mais rigoroso, em face daqueles que imbuídos por um sentimento de impunidade continuem cometendo tais condutas. Os danos causados por essa prática delituosa atingem níveis incalculáveis, fazendo-se necessário um caráter punitivo mais rígido, com o fim de extirpar do meio social, indivíduos que sedentos de lucros e procurando sempre o seu bem estar, tem colocado em "xeque" a primazia do ordenamento jurídico constitucional, que são os direitos coletivos, individuais e difusos. Sendo assim, torná-los hediondos seria o meio mais eficaz para que a sensação de impunidade proveniente das baixas penas cominadas, não sejam fatores motivadores para que ocorra a prática de tal conduta delitiva.

Palavras-Chave: colarinho branco; crime hediondo; impunidade.

ABSTRACT: The white-collar crime was the name given to the law 7.492 / 86, which brings in its articles punishments for those who, using their social position and their high prestige, conduct conduct prejudicial to the economic order. However, this rule, because of its small punitive force, is not having an effective applicability, requiring a more rigorous treatment, in the face of those who are imbued with a sense of impunity continue to commit such conduct. The damages caused by this criminal practice reach unprecedented levels, making it necessary to have a more rigid punitive character, in order to extirpate from the social milieu, individuals who are thirsting for profits and always seeking their well-being, has put in check the primacy of the constitutional legal order, which are collective, individual and

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

diffuse rights. Therefore, making them hideous would be the most effective means for the feeling of impunity resulting from the low penalties applied, are not motivating factors for the practice of such a delinquent conduct.

Keywords: white collar; heinous crime; impunity.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Este artigo científico, visa demonstrar a grande lesividade causada por condutas criminosas praticadas por integrantes de uma pequena parcela do corpo social, que em muito contraria a lógica da ciência criminológica, a qual sempre atribuiu condutas criminosas àqueles que se encontram na escória da sociedade. Tais condutas estão intimamente ligadas às condições de privilégios que estes agentes possuem, e o foco destes crimes são sempre de cunho político-econômico e de difícil percepção, tendo em vista que seus agentes são detentores de alto grau de conhecimento político e legislativo.

A hediondez de tal infração penal, seria a válvula de escape para o cidadão brasileiro que se sente sufocado por estas práticas inescrupulosas, o qual não vêem diferença, em grau de lesividade, entre a conduta delitiva praticada pelo criminoso comum e a destes marginais de terno e gravata.

O método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, através da análise de obras de juristas com o fim de sedimentar a crítica realizada contida neste artigo e ainda propor uma reflexão sobre a inércia por parte do legislativo brasileiro, no que pertine a uma normatização mais severa quanto a essa prática delituosa.

CORRUPÇÃO

Corrupção é proveniente do verbo corromper, que vem do latim corruptos, o qual significa “quebrado em pedaços”, “apodrecido, podre”. Segundo o dicionário Aurélio, a palavra corrupção tem os seguintes significados: depravação, suborno, alteração, sedução. Dessa forma se pode entender corrupção como o locupletamento de um individuo em face da sociedade que valendo-se da posição em que se encontra, seja por meio de

poder ou influência, age com o intuito de obter benefícios à si próprio ou à uma rede de influências o qual está inserido, colocando em miúdos, corrupção nada mais é do que o ato do indivíduo procurar obter vantagens indevidas em detrimento de terceiros. O ato do ser humano corromper-se vem desde os primórdios da humanidade, e não é difícil encontrar relatos ou ensinamentos de como não ser um corrupto, a bíblia é um bom exemplo disso, a qual traz em suas páginas ensinamentos para que não se pratique tal conduta, dessa forma não é difícil concluir que, se há um ensinamento sobre o que não fazer é por que a conduta era rotineira em tempos passados e havia a necessidade de ser combatida, como está escrito no livro de Isaías em seu capítulo 33 versículos 15 e 16:

> *"Aquele que anda corretamente e fala o que é reto, que recusa o lucro injusto, cuja mão não aceita suborno, que tapa os ouvidos para as tramas de assassinatos e fecha os olhos para não contemplar o mal, é esse o homem que habitará nas alturas; seu refúgio será a fortaleza das rochas; terá suprimento de pão, e água não lhe faltará" (Bíblia Sagrada - NVI)*

CRIME DE COLARINHO BRANCO

A sociedade brasileira tem passado por um processo evolutivo onde seus anseios tem se colidido com um arcabouço jurídico engessado e muitas vezes falho que não tem conseguido dar uma contra-resposta a altura de modo a garantir a eficácia da tutela jurídica, exemplo disso é o código de processo penal e o código penal o qual remontam os seus preceitos primários à anos em que a demanda social era outra. O atual contexto social e jurídico é diferente e condutas ilícitas, como lavagem de capitais, desvio de verbas públicas, superfaturamento de obras, evasão de divisas, dentre outros, que até então era de pequena notoriedade, seja por conta da sua pouca divulgação midiática ou por sua prática ter sido em menor intensidade em décadas passadas, ou até mesmo se somente agora é que esteja vindo a tona tais prática de anos de corrupção, enfim independente de qual seja o fator motivador de tal caos social, a situação agora é que o legislador brasileiro necessita de uma maior perspicácia para enfrentar esse imbróglio, e terá que deixar de lado interesses pessoais, que sempre foram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

os verdadeiros fatores motivadores, para exercer a "verdadeira" prática legiferante e passar agora a legislar para o povo.

Os crimes contra o sistema financeiro nacional, elencados na lei federal 7.492 de 16 de junho de 1986, mais conhecido como "crime de colarinho branco" ou "crime dos engravatados", tem um ramo jurídico próprio que é o chamado direito penal econômico, tendo como principio norteador o combate e a prevenção dessas práticas delituosas. Vale mencionar também outras leis que fazem parte do direito penal econômico, quais sejam elas: lei 8137/90 que regula os crimes cometidos contra a ordem econômica, ordem tributária e contra as relações de consumo, e a lei 9613/98 que regula os crimes de lavagem de dinheiro que anos depois sofreu alteração pela lei 12.683/12 vindo a aumentar sua abrangência.

O termo "crime de colarinho branco" vem do inglês 'white collar crime', o qual foi utilizado pela primeira vez no século XX nos EUA pelo norte americano Edwin H. Sutherland, que teve o intuito de chamar atenção da população da época, da prática de um crime silencioso cometido por chefes de grandes multinacionais, e que teria efeitos danosos caso não fossem prevenidos a tempo, ocasionando assim danos sem precedentes para uma geração futura.

Como bem leciona:

Inicialmente, Sutherland atacou as principais teses, até então dominantes no cenário da criminologia estadunidense, sobre os fatores que determinariam a atuação do criminoso, quais sejam: a) a pobreza; b) a criação dos criminosos em lares desfeitos; e, c) a existência de fixações freudianas por comportamentos ilegais na mente dos criminosos. O sociólogo estadunidense defendeu, perante seus pares, que diversas pessoas criadas em famílias economicamente bem estabelecidas, de acordo com o modelo tradicional de família e sem qualquer traço de perturbação psíquica, também poderiam delinquir. E mais, que determinados delinquentes com essas características ocupavam posições de poder no governo ou em grandes companhias. As palavras de Sutherland eram resultado de uma pesquisa que ele realizara nos anos anteriores documentando de forma detalhada o comportamento de grandes empresas. Determinadas práticas adotadas na gestão do negócio empresarial lembravam práticas semelhantes às de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

organizações criminosas. O foco do estudo de Sutherland eram comportamentos de empresários que causavam grandes prejuízos aos acionistas das empresas (fraudes financeiras), aos consumidores, aos concorrentes (como o roubo de segredos industriais) e ainda ao governo (por meio das fraudes fiscais e da corrupção de funcionários públicos). De acordo com a hipótese estabelecida por Sutherland, esses crimes recebiam pouca atenção do público e da imprensa (normalmente acostumados a fiscalizar e denunciar às autoridades a prática de crimes), em boa parte, devido ao fato de que muitos adotavam comportamentos semelhantes em suas práticas cotidianas. Os grandes jornais, por exemplo, utilizavam mão de obra infantil em larga escala burlando a legislação proibitiva por meio de uma modalidade de contratação específica (o equivalente no Brasil à contratação como autônomos, ao invés de empregado registrado). Da mesma forma, os jornais dependiam de anunciantes, geralmente as grandes corporações responsáveis pelas violações que deixavam de ser noticiadas. Nesse ponto, é imprescindível que nos coloquemos como destinatários das palavras críticas de Sutherland. Nossa realidade hoje não é muito diferente daquela que o professor estadunidense descreveu há setenta anos: muitas empresas de comunicação contratam jornalistas sob o falso manto da "pessoa jurídica", assim como universidades e organizações não governamentais, burlando a legislação trabalhista e sonegando tributos. (AMARAL, 2015, p.03).

A realidade brasileira de acordo com o texto supracitado, não é diferente dos acontecimentos que outrora vinha ocorrendo na nação norte americana no século passado. Escândalos e mais escândalos tem sido denunciado pela mídia, à guisa de exemplo tem-se a operação lava jato, que graças a perspicácia do excelentíssimo juiz Sergio Mouro tem desbaratado verdadeiras organizações criminosas, que há muito tempo vem agindo como "ratos devoradores da nação".

Nesse sentido:

> Gastamos mais do que podíamos, esta é a primeira constatação. A segunda, imposta pelos fatos revelados nas investigações, é que além de gastar a rodo, o governo montou uma imensa máquina de corrupção nas empresas estatais. Os terremotos políticos que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> operação ainda provocará, tremores isolados e tardios que abalarão as estruturas de Brasília – tudo isso pertence ao futuro. E por falar nele, a lava jato, como se não bastasse sua performance técnica, nos colocou em contato com a perspectiva de um país livre dos saqueadores e dos salvadores da pátria que nos jogaram no buraco. (NETTO, 2016, p.8).

O crime proveniente do direito penal econômico, embora aparentemente difira dos crimes comuns que são aqueles praticados normalmente por agentes que se encontram as margens da sociedade, os seus efeitos lesivos são maiores do que aqueles, pois atinge um número imensurável de pessoas. O mesmo rigor que é dispensado a um crime de homicídio qualificado, estupro de vulnerável, dentre outros, deverá ser o mesmo tratamento empregado àqueles "crimes elitizados". Embora não menos importante, o crime de estupro de vulnerável, por exemplo, lesiona bem jurídico determinado e individualizado ao passo que o dano proveniente de um desvio de verba pública alcança níveis de prejuízos imensuráveis à população, sendo necessário um maior rigor para aquele que pratica tal conduta, que muitas vezes se confiando em um sistema jurídico que não tem funcionado muito bem, continua a praticar tais condutas.

Nesse mesmo sentido:

> Com efeito, esse tipo de crime faz parte de uma nova forma de criminalidade, diferente da criminalidade clássica. O crime econômico provoca danos não individualizáveis, irreparáveis, incontroláveis e cuja percepção social é diferenciada. O objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas praticadas em grande escala por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. As condutas praticadas são de difícil identificação. Em alguns casos, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado ("lavado") no sistema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos. A busca desenfreada, feroz e sem escrúpulos de interesses estritamente pessoais — conceito oposto à justiça, que norteia as sociedades ocidentais contemporâneas — é a essência da transformação dos crimes de agressão em crimes de fraude e violação de confiança. No Brasil — como em outros países em desenvolvimento ou desenvolvidos, cujo traço comum seja o modo de produção capitalista — verificam-se ondas sucessivas de "crimes de colarinho branco", cujo custo econômico e social é muito superior ao dos demais crimes. Os protagonistas dessa nova forma de criminalidade integram uma parcela da sociedade que sempre esteve à frente dos processos de integração e desenvolvimento econômico, gerando efeitos extremamente danosos à sociedade. Os prejuízos das condutas criminosas (mas muitas vezes apenas amorais, não criminosas) são de ordem política e social, além de econômica. A constatação dos danos supra individuais é realizada mediante o cotejo entre as condutas praticadas, os fins perseguidos e os efeitos colaterais na sociedade. Como exemplos de crimes econômicos, podemos citar as alterações artificiais das condições de mercado, criação de monopólios ou oligopólios por meio de práticas que suprimem a livre iniciativa e a existência da concorrência, apropriação pelos gestores de instituições financeiras dos recursos dos investidores individuais, não recolhimento aos cofres públicos das taxas e impostos incidentes sobre os lucros obtidos, dentre vários outros exemplos. Em todas essas situações, o agente busca atingir a maior rentabilidade possível, em detrimento do meio econômico no qual ele está inserido. Nessa tentativa de maximizar ganhos, torna-se comum a prática de condutas como infiltração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> no aparelho governamental (corrupção), uso indevido de informações privilegiadas (interferindo no funcionamento livre da economia e na estabilização do valor do bem por meio da oferta e da demanda), criação de situações artificiais de risco (criando bolhas especulativas cujo estouro gera perdas para toda a economia e diminuição da confiança dos investidores no mercado). (AMARAL, 2015, p.09).

O sistema processual penal, mas especificamente o recursal, não tem sido tão eficaz. Pois levando em conta que o sistema brasileiro, é um sistema que demora para aplicar a pena, onde muitas vezes o cumprimento da pena efetivamente inexiste, pois é comum que, para que se gere uma pena privativa de liberdade ou até mesmo um ressarcimento completo do dano, seja necessário uma sentença com trânsito em julgado, e está sentença vem sendo extremamente difícil de ocorrer por conta do sistema processual penal brasileiro que é complexo e ultrapassado, precisando assim de uma urgente reforma, para que haja celeridade e eficácia na aplicação da norma penal. O fato de o criminoso não ir preso, passa a ser um incentivo para prática de tal delito, pois o que põe medo ao criminoso de colarinho é o fato de saber que poderá sofrer uma pena privativa de liberdade, então, se essa viesse como uma medida certa e efetiva diminuiria sensivelmente a incidência de tal delito inibindo-o tal prática.

CRIMES HEDIONDOS

Foi na carta magna de 1988 a primeira vez em que a expressão crimes hediondos apareceu no Brasil, isto é, que foi consagrado na legislação brasileira, pois antes tal pronúncia era falada, comumentemente, apenas no campo doutrinário, contudo normativamente somente veio aparecer no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da constituição federal de 88, em seu art. 5°, XLIII, CF, foi nesse artigo que veio ser mencionada a terminologia crimes hediondos. O inciso XLIII do art.5° da carta maior, é considerada uma norma constitucional de eficácia limitada, tendo assim sua aplicabilidade mediata, por não estar apta por si só a produzir todos os seus efeitos, dependendo da edição de uma lei para produzi-los. Quando a constituição brasileira surgiu, o quadro social era outro, mais precisamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

no que pertine a violência urbana, pois não existia organizações criminosas com tanta ênfase no cenário nacional como, por exemplo, o PCC, contudo logo após a feitura da carta magna, mais precisamente entre os anos de 1989 e 1990, surgiu no Brasil uma onda de sequestros, como foi o caso emblemático de Abílio Diniz dono do pão de açúcar na época, esse caso foi o estopim para que o congresso se reunisse em busca de uma solução para o combate as ondas de sequestros que acontecia naquela época, foi daí onde surgiu a idéia em criar as leis dos crimes hediondos, dando verdadeira eficácia a normativa constitucional de eficácia limitada, surgindo assim a lei 8'072/90, que é intitulada de lei dos crimes hediondos, a qual prevê em seu corpo normativo, um rol taxativo de condutas hediondas.

O crime hediondo é popularmente conhecido como aquele crime bárbaro, cruel e repugnante. Contudo o conceito jurídico não é esse, pois foi adotado pelo Brasil o critério legal, ou seja, crime hediondo é aquele classificado como tal, pela normativa jurídica penal, logo, crimes hediondos não são necessariamente aqueles considerados como mais graves, sendo o legislador por meio da lei que irá dizer quais serão os crimes hediondos, não havendo assim discricionariedade por parte de juiz, promotor, delegado, advogado ou qualquer outra autoridade para vir a definir o que venha a ser uma conduta hedionda, sendo dever apenas da lei definir tais condutas como hediondas ou não, pouco importando a gravidade do crime, pois o critério não é de gravidade e sim de escolha do legislador. Por exemplo, o roubo em um banco sem efeito morte não é crime hediondo, contudo a falsificação de medicamentos é crime hediondo, ficando assim mais do que evidente que a hediondez independe da gravidade da conduta.

Nesse sentido:

> Crimes hediondos são muito conhecidos pela população brasileira, pois são rotineiramente utilizados pela mídia como sinônimo de crueldade e maldade. Sua própria criação, em 1990, gerou muitas discussões a respeito da gravidade de diversos crimes praticados e qual a interpretação correta que deveria ser dada para eles. O que nem todas as pessoas sabem, no entanto, é o real significado dos crimes hediondos e o que consta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> na conhecida lei 8.072, de julho de 1990, sancionada pelo então presidente Fernando Collor. Embora possa se relacionar de maneira indireta, o crime hediondo não tem uma relação necessária com a violência ou a motivação do crime praticado. Um mesmo tipo de crime não pode variar entre hediondo ou não hediondo, de acordo com as circunstâncias de sua prática. (DIREITOSBRASIL. O que são crimes hediondos?.Disponível em: <https://direitosbrasil.com/o-que-sao-crimes-hediondos/>. Acesso em: 18 ago. 2018.)

Embora não se tenha um critério objetivo para que se possa justificar o motivo da inserção de alguma conduta no rol de crime hediondos, e não se pode também tomar como base o parâmetro conceitual do que venha a ser uma conduta hedionda, como bem conceitua o dicionário Aurélio:

1 - Horrorosamente feio.

2 - Sórdido, repugnante.

3 - Nojento.

Deve-se então, diante das objeções apresentadas, verificar o contexto social e os anseios do povo, pois os crimes que envolvam corrupção de grande monta vem sofrendo no decurso do tempo uma grande reprovabilidade social, assim como é dispensada por exemplo para uma conduta de estupro de vulnerável. Sendo assim, nada mais do que coerente será tratar tais condutas como hediondas, por agirem de forma sorrateira, com o intuito de diminuir a incidência dessa prática delituosa, que tanto tem afligido a sociedade brasileira.

Diante disso, conforme supracitado, mesmo que para que seja considerado hediondo deva ser observado o critério legal, onde o legislativo é quem define o que venha e o que não venha a ser hediondo, não podendo se afirmar se tal conduta é ou não hedionda, o legislador como representante do povo deverá ter sua atuação sempre pautada no fim social do seu exercício legiferante, visando atingir o interesse público, que foi para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

essa missão que ele foi eleito, pois todo poder emana do povo como bem preceitua o art.1°da CF/88, em seu parágrafo único. Dessa forma, será necessário que o legislador enquadre tais condutas no rol de crimes hediondos, como forma de dar uma resposta ao clamor social, assim como ocorreu com o crime de homicídio qualificado, que na época da feitura da norma não era crime hediondo, contudo com o decurso do tempo veio a ser, devendo dessa forma ser também dispensado o mesmo tratamento para o crime de colarinho branco, é interessante mencionar também a repercussão que foi dada ao seqüestro de Abílio Diniz, que conforme supracitado, foi o que motivou a feitura legislativa dos crimes hediondos em face da repercussão geral na época, repercussão não muito diferente da Lava Jato e do Mensalão na atualidade.

Vale ressaltar ainda que, se tal conduta não tivesse tamanha reprovabilidade social há muito tempo não se estaria havendo propostas, até mesmo, mais rigorosas do que aquelas previstas nas 10 medidas contra a corrupção apresentadas pelo MPF, com o intuito de combater a corrupção. Segue algumas propostas legislativas:

PL 3760/2004 – Autor – Wilson Santos – PSDB/MT, apresentada no dia 09/06/2004

PL 5784/2005 – **Autor -** Júlio Delgado - PSB/MG, a**presentada** no dia 22/08/2005.

PL 1368/2007 – Autor – Humberto Souto – PPS/MG, apresentada no dia 19/06/2007.

PL 5900/2013 – Autor - Pedro Taques - PDT/MT apresentado no dia 05/07/2013.

A HEDIONDEZ PARA A PRÁTICA DE CRIMES DE COLARINHO BRANCO

A muito tempo se vem cogitando a possibilidade de se dar um tratamento mais rígido para aqueles que se envolvam em corrupção, conforme supramencionado no tópico anterior, quando foram relacionados projetos de leis visando endurecer mais o caráter punitivo de tal prática delituosa, contudo tais projetos não conseguem obter aprovações por parte do legislativo nacional, sendo muitas vezes considerados por muitos juristas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

como idéias utópicas, tendo em vista que não favorece a massa parlamentar, que encontra-se envolvida em algum ato de corrupção.

O ministério público federal em 20 de março de 2015 lançou as 10 medidas contra a corrupção, em evento realizado na Procuradoria-Geral da República. Por meio de seus procuradores federais o MPF tem travado uma verdadeira batalha com o intuito de combater a impunidade e realizar respectivamente a prevenção da corrupção. A lava jato é um caso emblemático desse entrave, que vem obtendo êxito desde o seu surgimento em 17 de março de 2014, tendo apresentado inúmeras denúncias contra várias autoridades e pessoas de influências, além dos milhões de reais revertidos aos cofres públicos por meio de restituição voluntária. Como bem noticiou Vladimir Netto em sua obra Lava Jato – o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil:

> No dia 17 de março de 2014, quando a policia chegou ao hotel Luzeiros, em São Luis, no maranhão, para prender o doleiro, ninguém imaginava aonde aquilo iria chegar. Talvez só o próprio Youssef. (NETTO, 2016, p.09).

A corrupção no Brasil tem atingido nível estratosférico, que o homem mediano não consegue mensurar o tamanho do prejuízo causado.

Nesse sentido:

> Em nota técnica de apoio ao Projeto de Lei nº 5.900/2013, a Associação Nacional dos Procuradores da República consigna que, com base em dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, são desviados do Brasil ao menos R$ 200 bilhões por ano. Isso é quase duas vezes o total do orçamento federal da saúde de 2014, o que significa que a qualidade da saúde no Brasil (no que depende de verbas federais) poderia ser triplicada caso se fechassem as torneiras da corrupção. O valor é aproximadamente duas vezes e meia maior do que o orçamento federal da educação, o que poderia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> também, pelo menos, triplicar a qualidade da educação, no que depende de verbas federais. Já quanto ao investimento federal em ciência, tecnologia e inovação, poderia ser multiplicado por 30 vezes. Poderia ser duplicado o programa "Minha Casa, Minha Vida", que entregou aproximadamente 1,7 milhão de casas populares. (MPF. As 10 medidas contra a corrupção. p. 30./junho. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.)

A corrupção no Brasil está enraizada de tal forma na cultura brasileira, que há muito tempo vem sendo utilizado como justificativa para cometimento de práticas anti éticas e imorais. A corrupção está de tal forma impregnada no Brasil que se a corrupção for considerada um câncer, os delitos revelados na operação lava jato serão apenas um tumor especifico, pois é o sistema que é cancerígeno, a lava jato é apenas a ponta do iceberg de todo engodo maléfico que a população brasileira está inserida. Os efeitos da lava jato irão apenas exaurir-se em si mesma, ou seja, a tão sonhada diminuição da corrupção não virá meramente com o sucesso desta operação. Prova esta encontra-se no Mensalão, que durante sua operação e julgamento, a operação Lava Jato estava a todo vapor, o fato do Mensalão ter sido descoberto, apurado e processado não gerou nas pessoas envolvidas na Lava Jato temor suficiente para que estas deixassem de praticar as condutas delituosas, ou seja, mesmo havendo o julgamento do Mensalão e a investigação da Lava Jato, os políticos e empresários continuaram a fazer vistas grossas e permaneceram com seus atos corruptivos.

Sendo assim, para que se mude o Brasil, deve-se inicialmente mudar as estruturas do sistema, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa, solidária, com o pleno desenvolvimento nacional, e a erradicação da pobreza e da marginalização, sempre com o intuito de promover o bem de todos, conforme está previsto no art. 3° da Carta Maior de 1988. Visando a obtenção da fiel execução dos artigos iniciais da Constituição Federal, foi que o Ministério Público Federal por meio de seus procuradores apresentou um anteprojeto de lei de iniciativa popular intitulado de 10 medidas contra a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

corrupção, este documento traz em seu corpo várias justificativas contra a corrupção.

Nesse sentido:

> Passou da hora de se reconhecer a gravidade concreta desse crime, especialmente quando os valores envolvidos são elevados. A inclusão da corrupção em sentido amplo entre os crimes hediondos é um reconhecimento de que são crimes que atentam, direta e indiretamente, contra direitos fundamentais da população.
>
> Como são crimes que possuem motivação e consequências econômicas, é natural a inserção de um parâmetro econômico para a configuração de sua hediondez. Pela proposta, crimes como corrupção e peculato passam a ser hediondos quando o valor envolvido supera cem salários mínimos, o que em valores atuais representa R$ 78.800,00. Quanto maiores os valores econômicos, maior o dano social, até um ponto em que o prejuízo social pode ser equiparado ao de outros crimes extremamente graves, que são delitos hediondos. Crimes como corrupção e peculato, quando envolvem cem vezes o valor que é, não raro, tudo que pessoas têm para passar o mês – um salário mínimo – pode ser, sem dúvidas, caracterizado como hediondo, ainda mais dentro de um contexto de compromisso do Estado em combater a corrupção.
>
> Some-se que, na linha do que figura nesta proposta, a pena desses crimes contra a Administração Pública, com proporção econômica superior a cem salários-mínimos, varia no mínimo entre 7 e 15 anos. Esse patamar de pena é harmônico com outros crimes considerados hediondos pela lei, como estupro, cuja pena varia de 6 a 10 anos em sua forma simples, ou ainda o favorecimento da prostituição ou outra forma

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, com pena de 4 a 10 anos.

Reflexo do reconhecimento social da hediondez é o fato de que há numerosos projetos de lei propostos no Congresso, desde 1992, que objetivam transformar corrupção em crime hediondo, até mesmo independentemente do valor envolvido. Como já dito anteriormente, a corrupção é hoje um crime de baixo risco. Quando há condenação e as penas não prescrevem, elas são brandas (não prisionais) e, em pouco tempo, serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. A atribuição da qualidade de crime hediondo às modalidades mais graves de corrupção terá como um dos efeitos positivos impedir a concessão de indulto e comutação de pena aos criminosos. Tal restrição só pode acontecer por iniciativa do Congresso Nacional, aliás, pela inserção de tais crimes na categoria de crimes hediondos, para os quais a própria Constituição veda os benefícios de indulto e comutação, já que de outro modo a concessão destes está dentro da esfera de prerrogativas do Presidente da República.

Além disso, segundo estudos consagrados sobre corrupção, como os de Rose-Ackerman e Klitgaard, uma das perspectivas do ato corrupto apresenta-o como fruto de uma decisão racional que toma em conta os benefícios e os custos da corrupção e os do comportamento honesto. A ponderação dos custos da corrupção envolve o montante da punição e a probabilidade de tal punição ocorrer. A inserção de tais delitos como hediondos repercute diretamente no montante da punição, sob prisma prático, pesando como fator negativo na escolha racional do agente.

É extremamente raro que autores de crimes de colarinho-branco sejam punidos e, quando punidos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> que cumpram pena em regime fechado, mesmo quando os crimes são extremamente graves. A perspectiva de pena mais grave, e de condições mais gravosas de cumprimento de pena, será certamente um fator de desestímulo a tais práticas criminosas. No cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, é preciso adotar medidas firmes para mudar a realidade. (MPF. As 10 medidas contra a corrupção. p. 29-30./junho. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.)

Os processos de réu de colarinho branco, em geral costumam demorar não raro 15 anos, isso quando o processo não é anulado durante esse período, ou então pelo decurso do tempo diante da morosidade processual venha ocorrer, por efeito natural da vida, a morte da pessoa investigada. Contudo, não levando-se em conta essas intempéries suscitadas, caso o investigado tenha o desprazer de ser condenado, está condenação terá uma pena bastante baixa, via de regra, inferior a 4 anos, no sistema jurídico brasileiro penas inferiores a 4 anos, via de regra gera uma substituição por uma pena alternativa que poderá ser entregas de cesta básica ou prestação de serviço a comunidade, isso faz com que o crime de corrupção independente da quantia desviada possa resultar em uma substituição de pena, que atinge o absurdo da entrega de cestas básicas ou prestação de serviço a comunidade. A realidade no tocante a corrupção é assustadora, pois embora se tenha uma grande quantidade de pessoas envolvidas na corrupção, os verdadeiros responsáveis não são rigorosamente punidos, por conta das inúmeras benesses da lei, sendo assim um verdadeiro funil, de forma que apenas um ou outro acaba por ter sua liberdade cerceada. Além disso, a situação se torna mais dramática, quando se percebe que os remanescentes que serão punidos, irão se beneficiar com inúmeros benefícios legais, como por exemplo, o indulto que é editado anualmente pelo chefe do poder executivo e que tais benefícios pode culminar até mesmo na extinção da pena em alguns casos com apenas um terço dela cumprida.

Nesse sentido:

As mudanças propostas objetivam fazer da corrupção, termo usado aqui em sentido amplo, uma conduta de alto risco.

A corrupção é hoje um crime de baixo risco, com pena iniciando em dois anos de prisão. Criminosos de colarinho-branco normalmente são primários, e as penas ficam próximas do mínimo legal. Quando há condenação e não prescrevem, as penas são substituídas, por força de lei, por penas restritivas de direitos, isto é, por penas bem brandas, as quais, em pouco tempo (em regra após cumprido apenas um quarto da pena substitutiva), serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada. Considerando que a corrupção é um crime difícil de ser descoberto e provado, o criminoso só será punido em uma pequena parcela dos crimes que cometer, o que faz dela um crime altamente vantajoso.

A elevação da pena mínima dos crimes mais graves contra a Administração Pública para quatro anos significa que mesmo réus primários – e os réus de colarinho-branco normalmente são primários mesmo quando praticaram crimes antes – não terão suas penas substituídas por penas restritivas de direitos e começarão a cumprir a pena, na melhor das hipóteses, em regime semiaberto. Ninguém que praticar corrupção poderá contar com um regime aberto, o qual, em muitos casos, na prática, por falta de casa de albergado e de fiscalização, significa pena nenhuma.

Adicione-se que a pena mínima atual, de dois anos, bastante aplicada nos casos desses crimes em razão do método de fixação da pena do nosso sistema, acarreta a prescrição em apenas quatro anos, o que tende a acontecer como regra em processos de crimes do colarinho branco. Uma pena maior permite também um prazo mais dilatado para a sua investigação e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> processamento sem que o crime prescreva, o que é necessário, em decorrência de ser normalmente um crime de apuração complexa, praticado às escondidas. (MPF. As 10 medidas contra a corrupção. p. 27./junho. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.)

A corrupção como já foi mencionado traz consequências nefastas, sendo um verdadeiro crime social, que atinge a sociedade como um todo, causando danos irreparáveis para aqueles que sofrem, como por exemplo: a perca de um ente querido em um leito de hospital por falta de medicamentos.

Nesse sentido:

> Essas patologias corruptivas estão ligadas intimamente com a disposição de recursos para áreas importantes, uma vez que, quando recursos são retirados de forma criminosa é a população que sofre as consequências, pois na medida em que não há recursos suficientes para aplicar em políticas públicas, o dinheiro está nas mãos de pessoas que se beneficiam a partir de recursos públicos, como aponta Grajew (2012), "o desvio de dinheiro público retira recursos da saúde, da educação, dos serviços e investimentos públicos, tão necessários para a população, especialmente para os mais necessitados". (LEAL; SILVA, 2014, p.148).

Como já dito é necessário que estas condutas sejam tratadas com mais rigor, sendo inseridas no rol dos crimes hediondos, pois o infrator de colarinho branco é como um jogador de poker, ao analisar os benefícios e custos da sua conduta, e verificar que os benefícios são maiores do que os riscos, ele irá optar por praticar o crime. Dessa forma se não houver a redução da impunidade, não haverá redução da corrupção, que consequentemente irá gerar o chamado efeito dominó, a qual terá unicamente como vítima a população brasileira que continuará a sofrer, com a falta de remédios e estruturas hospitalares inadequadas, com uma educação básica de péssima qualidade, além da sensação de insegurança

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ocasionada pelo aumento da criminalidade que é fator direto da falta de investimentos na segurança pública. É interessante ressalta ainda que, o elevado índice de desemprego acaba por implicar diretamente no aumento do índice de criminalidade, culminando assim no verdadeiro caos social.

Nesse sentido:

> De acordo com dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)71, tem-se que 27% do valor que o setor público gasta com educação representa o montante total que se perde com a corrupção no Brasil. O custo da corrupção constitui uma parcela ainda maior do orçamento público da saúde: cerca de 40%. Em relação a segurança pública o custo médio anual da corrupção de R$ 41, 5 bilhões ultrapassa o gasto de R$ 39,52 bilhões dos estados e da União em segurança pública. É possível afirmar ainda que o custo médio da corrupção representa 2,3% do consumo das famílias de acordo com pesquisa do IPEA. Ainda no mesmo relatório do IPEA, o orçamento do SUS em 2007 foi de aproximadamente R$ 41,3 bilhões. Com este montante o SUS mantinha 367,4 mil leitos de internação. Se o montante médio anual gasto com a corrupção no Brasil fosse aplicado à saúde, seria possível manter mais 327 mil leitos, chegando a um total de quase 700 mil leitos de internação. (ROCHA, 2016, p.186).

> [...] o custo da corrupção no Brasil é extremamente elevado. Isso prejudica o aumento da renda per capita, o crescimento e a competitividade do país, compromete a possibilidade de oferecer à população melhores condições econômicas e de bem-estar social e às empresas melhores condições de infraestrutura. A corrupção, em qualquer de suas manifestações, representa um ônus insustentável para qualquer sociedade, principalmente para as que são permeadas por grandes desigualdades sociais. Ela retarda a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> ruptura dos ciclos de pobreza, da mesma forma que compromete a consolidação e o avanço da democracia. (ROCHA, 2016, p.187).

Segundo o IPEA (Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada), os brasileiros estão cada vez mais desanimados com a impunidade dos corruptos brasileiros e almejam uma punição mais rígida, assim como é aplicado a um homicida ou a um sequestrador por exemplo.

Nesse sentido:

> Os brasileiros concordam totalmente na ordem de 66%, com a frase: para diminuir a corrupção, estão faltando novas leis, com penas maiores e mais duras. Instaura-se uma lógica de criminalização gradativa da ação política, por meio da qual o problema das instituições democráticas é configurado pela lógica do direito penal. [...]A alta impunidade dos casos de corrupção, no Brasil, provoca uma visão distorcida no âmbito da opinião pública brasileira. Do ponto de vista da percepção dos brasileiros, 65% concordam que se as leis que existem fossem cumpridas e não existisse a impunidade, a corrupção diminuiria. [...] (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, p.8-9).

Muito se questiona da real eficácia e efetividade ao combate a corrupção por meio de um tratamento mais rigoroso, alguns entendem que penas mais duras não surtirão o efeito almejado, contudo experiências em alguns países tem comprovado que uma pena imposta com mais rigor surtiu um efeito significativo, como foi o emblemático caso ocorrido em Hong Kong.

Nesse sentido:

> Um dos mais famosos exemplos bem-sucedidos de combate à corrupção é a experiência de Hong Kong. De uma situação de corrupção endêmica nos anos 1960, Hong Kong migrou para a 17ª posição no ranking

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> global de honestidade da Transparência Internacional, feito com base em índice de percepção de corrupção. A estratégia de Hong Kong alicerçou-se sobre três pilares. Um deles é a investigação e punição dos culpados, afastando-se a sensação de impunidade. Os outros dois são a prevenção e a educação, que são o foco da presente medida. Em Hong Kong, houve forte campanha, feita em mídias de massa, para engajar a opinião pública na luta contra a corrupção pública e privada, não só incentivando a denúncia de atos corruptos, mas também conscientizando a população dos danos sociais e individuais decorrentes dessa prática. (MPF. As 10 medidas contra a corrupção. p. 13./junho. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.)

Quando se defende a desnecessidade da aplicação de penas mais duras, é interessante observar, antes de realizar tal defesa, os últimos acontecimentos no mundo político e jurídico. Tais acontecimentos vêm causando uma grande insegurança jurídica, como por exemplo, o entrave que o ministro da suprema corte Roberto Barroso vem sofrendo por tem adentrado com uma ADI 5874, a qual retira os condenados em crimes de colarinho branco, do rol daqueles que irão se beneficiar com o indulto concedido pelo presidente da república por meio do decreto presidencial 9.246/2017. Esse acontecimento é apenas um exemplo da tamanha celeuma e da constante queda de braço que vem ocorrendo ultimamente no mundo jurídico e político. Para evitar tamanho desgaste, nada mais coerente do que torná-los hediondos, pois só assim colocará um fim na possibilidade da concessão de indulto, graça ou anistia, evitando dessa forma embates entre os 3 poderes, pois os mesmos deverão sempre atuar de forma harmônica entre si.

Nesse sentido:

> 3. Leniência com a criminalidade do "colarinho branco": o exemplo da AP nº 470.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

28. O exemplo da Ação Penal nº 470, atualmente sob minha relatoria, ajuda a compreender de que maneira, na prática, as regras cumulativas de concessão de benefícios no curso da execução da pena podem significar um tratamento bastante brando a condenados por crimes do colarinho branco no país. Trata-se do caso conhecido como "Mensalão", em que o Supremo Tribunal Federal condenou diversos políticos, intermediários e empresários pela prática de crimes como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

29. Embora algumas das penas, diante da gravidade dos crimes, tenham sido fixadas em patamares elevados, o efetivo tempo de encarceramento foi substancialmente menor. Com exceção de Marcos Valério – sentenciado a mais de 37 anos de prisão –, nenhum dos demais condenados se encontra, ainda, cumprindo pena em regime fechado, isto é, recluso em uma penitenciária. A maioria dos condenados já foi perdoada pelo decreto de indulto presidencial. Todos os demais já progrediram para regimes mais benéficos ou estão em livramento condicional, como se pode verificar em tabela anexa ao presente voto.

30. Tome-se como exemplo o caso do ex-Deputado José Genoíno, condenado a 4 anos e 8 meses, além de 180 dias-multa, pela prática dos crimes de corrupção ativa e formação de quadrilha. Após permanecer por 9 meses em uma colônia penal, passou a cumprir a pena em seu domicílio. Pouco menos de um ano após o início do cumprimento da pena, já estava perdoado por decreto presidencial.

31. Do total de 23 réus condenados no caso do "Mensalão", 13 já foram beneficiados pelo indulto presidencial. A despeito de muitas das condenações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> não terem sido fixadas em patamar baixo, a maior parte dessas execuções, que se iniciaram entre 2013 e 2014, receberam algum tipo de benefício no curso do cumprimento e, até o ano de 2017, já haviam sido extintas por força do perdão presidencial.
>
> 32. Muito mais do que uma crítica ao papel que os benefícios da execução penal exercem na ressocialização dos detentos, essas reflexões se destinam a expor à sociedade, de modo transparente, aspectos do sistema e suas agruras. Como é notório, há intensa demanda na sociedade por um endurecimento do direito penal, particularmente no que diz respeito a crimes contra a Administração Pública. O direito penal, em uma sociedade como a brasileira, por motivos diversos, deve ser moderado. Porém, deve ser sério na sua interpretação, aplicação e execução de penas.
>
> 33. O excesso de leniência em casos que envolvem corrupção privou o direito penal no Brasil de uma de suas principais funções, que é a de prevenção geral. O baixo risco de punição, sobretudo da criminalidade de colarinho branco, funcionou como um incentivo à prática generalizada desses delitos. É à luz dessas premissas que analiso o instituto do indulto, a fim de avaliar seus impactos no sistema punitivo brasileiro. (STF - ADI 5874/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, 12.3.2018.).

Por fim, é interessante trazer a baila o tratamento dispensado pela lei aos crimes hediondos e aos equiparados. A lei 8.072/90 em seu art. 2° assegura que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: anistia, graça e indulto, além do cumprimento inicial em regime fechado, ressalvada as devidas exceções. Diante de tamanha reprimenda, a probabilidade de diminuir a incidência de crimes de colarinho branco será bem maior, pois haverá um verdadeiro desestímulo à pratica de tal conduta delituosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o objeto de estudo tenha sido a política, vale deixar frisado que a corrupção não está intimamente ligado a política, esta é apenas uma forma de exteriorização de uma epidemia que tem assolado a nação brasileira. Pois não há corrupto sem corruptores, dessa forma muito se tem discutido e criticado sobre o partido A ou B, sobre o político X ou Y, contudo o problema é mais grave do que se pareça, porque o cidadão que pinta o rosto coloca a bandeira do Brasil e sai às ruas pedindo por justiça, gritando contra a corrupção, é o mesmo que fura a fila do banco, sonega impostos, compra CD e DVD pirata, falsifica carteira estudantil para ganhar meia entrada no cinema, transita pelo acostamento para evitar o congestionamento, entrega atestado médico falso ao professor, pratica cola na escola (conhecida também como fila), entre outras inúmeras condutas lesivas, sendo assim necessário haver uma profunda conscientização de cada brasileiro. Pois nenhum ladrão começa roubando um banco, assim como um incêndio inicia-se por meio de uma pequena faísca, o ladrão nasce no berço de casa, nas pequenas atitudes dos pais, amigos ou parentes, dessa forma o político nada mais é do que o reflexo de uma sociedade corrupta.

Nesse sentido:

> A aceitação da corrupção na cultura social ocasiona sua assimilação em subculturas organizacionais. Evidência reveladora dessa conclusão é a pesquisa que mostra um índice de tolerância à corrupção política de 75%, ou seja, 75% dos brasileiros admitem que seriam capazes de cometer irregularidades em cargos públicos. Diante desse número, não surpreende que parte relevante dos atos corruptos – como a corrupção de policiais no trânsito ou as fraudes em licitações – comece por atos de particulares. Um exemplo claro, grave e recente da corrupção privada foi exposto pelo noticiário "Fantástico" do dia 4 de janeiro de 2015, ao divulgar a existência de uma máfia de próteses, por meio da qual médicos receberiam uma "comissão" de 20% a 30%

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> dos valores das próteses em troca da escolha de determinadas marcas. Por outro lado, de nada adiantaria instituir, simplesmente, auditorias e sistemas de controle se não houver uma preocupação com a mudança da cultura de corrupção social e individual, pois o homem continuará buscando e encontrando brechas para manter o velho jogo oculto sob as novas regras. Por isso é que também são propostas medidas mais amplas e com repercussão social. Assim, paralelamente à efetividade da punição do comportamento corrupto, deve-se realizar trabalho consistente de conscientização da população acerca dos malefícios coletivos e individuais que a corrupção acarreta, bem como para que reportem comportamentos corruptos. Há várias campanhas anticorrupção no mundo que utilizaram, intensivamente, propagandas veiculadas em meios de comunicação de massa a fim de contribuir com a mudança da cultura da corrupção pública e privada. (MPF. As 10 medidas contra a corrupção. p. 13./junho. 2015. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.)

A mentalidade pós moderna vem trazendo uma visão mais excêntrica de mundo, pois a moda é amar a comida, mas odiar as indústrias alimentícias, amar a organização, porém odiar a burocracia, amar a Deus e odiar a religião, resumindo o homem passa a vida dando voltas em si mesmo "correndo atrás de seu próprio rabo" em um conflito interior sem precedentes.

Dessa forma, para que haja modificações no cenário político brasileiro, é crucial que ocorram mudanças na sociedade brasileira. Pois de nada adiantará desejar que os crimes de colarinho branco sofram reprimendas mais duras, se a base social está corrompida. A prova é tanto que as 10 medidas contra a corrupção estão paradas no congresso nacional, pois aqueles que irão votar na sua aprovação, são os mesmos que serão indiciados pelos preceitos legais contidas naquelas normas. E o culpado indiretamente pelo não prosseguimento de tais medidas é o próprio

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

brasileiro, ao colocar tais políticos nas cadeiras da câmara e do senado, mediante vendas de votos.

Por fim, independente de quem seja o culpado na história, o necessário é que atos de corrupção sejam punidos com "punhos de ferro", e que condutas que há tempos vem esfacelando toda a nação brasileira seja banida do meio social, com a adoção de leis mais severas aos atos de corrupção, e para aqueles atos mais pesados que envolvam grandes cifras monetárias aplique-se a hediondez

Esse foi o objeto de estudo desse artigo científico, que descreveu a problemática em torno do cenário político-social brasileiro, a qual deve haver uma maior reprimenda para aqueles que vêm agindo com desvio de finalidade, sempre objetivando proveito próprio em detrimento do interesse público.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. Direito penal econômico. 1. ed. FGV direito rio, 2015.1.

LEAL, Rogério Gesta. SILVA, Ianaiê Simonelli. As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea. Santa cruz do sul: EDUNISC, 2014.

BRASIL. Dicionário Aurélio. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Brasil escola. Disponível em: . Acesso em: 17 ago. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. As 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: . Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5874 MC/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de Julgamento: 12/03/2018. Data de Publicação: DJ 13-03-2018.

AVRITZER, Leonardo. FILGUEIRAS, Fernando. Corrupção e controles democráticos no Brasil, 1. ed. Brasília: Cepal, 2011.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Netto, Vladimir. Lava jato o juiz Sérgio Mouro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de lei: PL 3760/2004. Disponível em: Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de lei: PL 5784/2005. Disponível em: Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de lei: PL 1768/2007. Disponível em: Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de lei: PL 5900/2013. Disponível em: Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. Direitos Brasil. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

ANÁLISE DESCRITIVA DOS MEIOS DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

RANGEL BRASIL RIBEIRO: Bacharelando em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

ANTÔNIO CESAR MELLO

(Orientador)[1]

RESUMO: Com recorrentes relatos de menores sendo abdicados de seus direitos como crianças e adolescente, pelo fato de iniciarem em suas vidas uma jornada de trabalho e com isso causando um grande prejuízo irreversível para esse menores, que é o lazer, a brincadeira, e isso por causa da ocupação que por maioria das vezes é pelo fato de ajudarem as famílias ou mesmo por que são obrigados. Fez se necessário o Estado intervim e resguardar esses menores, por meio de políticas de erradicação e normas jurídicas que faz proteção integral desses indivíduos, no entanto os índices mostram que a ocupação dessas crianças e adolescentes continuam em um grau absurdo e cada vez mais o Estado vem criando meios de erradicar esse problema no Brasil, e temos como principais maios de erradicar o trabalho infantil o Estatuto da Crianças e Adolescente, a própria Constituição da Republica, a Consolidação das Leis Trabalhistas, e alguns programas criados por meio dessas políticas publicas que o Estado vem oferecendo para a extinção dessa imensa causa desumana que afeta não só uma classe de pessoas mas uma nação inteira.

Palavras-chave: Criança e adolescente, trabalho, proteção integral, erradicação.

ABSTRACT: With recurring reports of children being abdicated their rights as children and adolescents, because they start a work day in their lives and with this causing a great irreversible harm to this minor, which is leisure, play, and that because of of the occupation that most of the time is because they help the families or even because they are obliged. If necessary, the State intervened and protected these minors, through eradication policies and legal norms that makes full protection of these individuals, however the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

indices show that the occupation of these children and adolescents continue to an absurd degree and increasingly the State has created the means to eradicate this problem in Brazil, and we have as main tools to eradicate child labor, the Statute of Children and Adolescents, the Constitution of the Republic itself, the Consolidation of Labor Laws, and some programs created through these public policies that State has been offering to extinguish this immense inhuman cause that affects not only one class of people but one entire nation.

Keywords: Child and adolescent, work, integral protection, eradication.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceitos; 3 Estatísticas Do Cenário Brasileiro Em Relação Ao Trabalho Infantil; 4 Garantia Constitucional Sobre A Erradicação Do Trabalho Infantil; 4.1 Estatuto Da Criança E Adolescente Contra O Trabalho Infantil; 4.2 Consolidação Das Leis Do *Trabalho Contra O Trabalho Infantil; 5* Programa De Erradicação Do Trabalho Infantil; 6 Conselho Tutelar; 7 Considerações Finais; 8 Referências

1 INTRODUÇÃO

Devido à gravidade e o alto índice de trabalho infantil no Brasil, o Estado teve que tomar algumas atitudes em relação ao trabalho infantil, trazendo algumas ações para erradicar esse problema que afeta milhares de criança não só no Brasil mas no mundo todo, e com isso fez se necessário o Estado brasileiro tomar algumas atitudes para amenizar esse grande surto que afeta não só uma determinada classe social, mas uma nação inteira.

Esses meios de erradicação criados pelo Estado não foram elaborados visando apenas o principal, que é a extinção do trabalho infanto juvenis, mas sim de promover uma igualdade de condições, tanto financeira quanto na assistência social, no lazer, na cultura e entre outros, essas ações visam buscar uma solução e uma continuação das claras oportunidades em longo prazo que terá no decorrer da vida dessas crianças e adolescentes, seguindo esse mesmo pensamento o ministro do Superior Tribunal do Trabalho Lélio Bentes Corrêa participou do debate promovido pelo Programa Arise em um seminário realizado em Porto Alegre nos dias 18 e 19 de agosto de 2016 e explanou da seguinte forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> Não se combate o trabalho infantil só com medidas imediatas. É fundamental que se invista em educação de qualidade, que se assegure a permanência destas crianças e adolescentes na escola e que elas tenham o direito a sua formação profissional, que está prevista na Constituição brasileira.[2]

Após a Constituição da Republica Federativa Brasileira (CRFB) ser promulgada, deu-se uma maior valorização as crianças e adolescente, constituição essa que foi reconhecida pela sua característica mais humana, indo de encontro com a necessidade do povo brasileiro, e com as crianças não foi diferente, e assim sendo conhecida como a constituição cidadã, deixando de lado um período em que os direitos das pessoas eram ofuscados, minimizados e até mesmo sendo extintos pelo regime ditatorial.

Em virtude dessa promulgação o poder legislativo por meios de estudos e pesquisas realizadas por parcerias, trouxe inúmeras normas inovadoras em relação a esse problema, criando normas para regularem e criarem ações de erradicação, e alem de tudo os programas que executam essas ações.

2 CONCEITOS

A legislação brasileira juntamente com os doutrinadores trouxe uma larga definição do que venha ser o trabalho infantil, para André Viana Custódio e Josiane Rose Petry Veronese[3]

> O conceito de trabalho infantil (precoce) é o que melhor expressa a proibição do trabalho infanto-juvenil entendido como todo trabalho realizado por criança ou adolescente com idades inferiores aos determinados pela legislação.

Já para o grande doutrinador Oris de Oliveira, o trabalho infantil é definido da seguinte forma

> É tecnicamente "infantil" todo trabalho proibido com fins econômicos ou equiparados ou sem fins

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> lucrativos em ambiente residencial para terceiros (doméstico) quando não se obedece às limitações acima apontadas sobre idades mínimas.

Levando em consideração esses posicionamentos podemos posicionar da serguinte forma, trabalho infantil é toda atividade realizada por crianças e adolescente mesmo por interesse próprio e até mesmo sem fins lucrativos, que caracteriza-se pela ocupação de atividades laborais que estão em desacordo com as limitações sobre a idade mínima permitida.

No entanto o mais importante de tudo é que o ordenamento jurídico brasileiro faz o uso de três parecidas palavras mas com sentidos totalmente diferentes na sua aplicação, que são as palavras, menor, criança e adolescente, apesarem de serem parecidas os seus significados são distintos.

O emprego da palavra "menor" fazia referencia aquele que ainda não tinha completado os 18 anos de idade, e com isso a constituição da republica federativa brasileira CRFB foi conivente a esse posicionamento doutrinário, no entanto o Estatuo da Criança e Adolescente (ECA) no seu artigo segundo trouxe uma delimitação do que venha a ser criança e adolescente, contrariado a definição da Organização das Nações Unidas, segundo NOGUEIRA[4], no qual afirma:

> O ECA , no *caput* do art. 2°, conceitua o termo "criança" da seguinte forma: "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade". Já a Organização das Nações Unidas (ONU) aduz que criança é aquele indivíduo de 0 a 18 anos. O termo "adolescente" é empregado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) com o objetivo de designar indivíduos com a faixa etária entre 15 e 18 anos.

Já o trabalho infantil na sua conceituação, aglomerou a criança e o adolescente, segundo a rede peteca o Trabalho infantil é toda forma de trabalho realizado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima permitida, de acordo com a legislação de cada país, levando em

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

consideração essa definição, o trabalho infantil no Brasil segundo as normas jurídicas vai alterar de acordo com a faixa etária e com o tipo de atividades ou condições em que é exercido.

A OIT diferenciou o trabalho infantil da atividade econômica, segunda Nogueira que esclareceu da seguinte forma:

> Trabalho infantil é um conceito mais restrito do que "crianças economicamente ativas", excluindo todas as crianças com 12 ou mais anos que trabalham apenas algumas horas por semana em trabalhos leves autorizados e aquelas com 15 ou mais anos cujo trabalho não é classificado como "perigoso". O conceito de "trabalho infantil" baseia-se na Convenção da Idade Mínima da OIT, de 1973 (n. 138), que constitui a mais completa e oficial definição internacional sobre a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho, indicando uma "atividade econômica". A atividade econômica é um conceito amplo que engloba a maioria das atividades produtivas realizadas por crianças, sejam ou não para o mercado, remuneradas ou não, por algumas horas ou em tempo integral, de forma ocasional ou regular, legais ou ilegais; excluem-se as pequenas tarefas realizadas pelas crianças em sua casa ou na escola. Para ser considerada como economicamente ativa, uma criança deverá ter trabalhado pelo menos uma hora em qualquer dia, num período de referência de sete dias. "Crianças economicamente ativas" é um conceito estatístico e não uma noção jurídica (OIT, 2006, p.12).

No entanto, com vários posicionamento de idéias em relação a idade que é permitida o trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro posicional da seguinte forma, a CRFB considera menor trabalhador aquele na faixa de 16 a 18 anos (artigo 7º, inciso XXXIII) já a idade autorizada pela consolidação das leis trabalhista (CLT) ficou a partir dos 14 anos, mas na forma de menor aprendiz.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

3 ESTATÍSTICAS DO CENÁRIO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AO TRABALHO INFANTIL

Para demonstrar o grau da complexidade que o Brasil vive, a Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR) juntamente com a OIT apontaram dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no qual apontam que em 2014 haviam 41,1 milhões de crianças no Brasil, das quais 3,3 milhões (8,1%) eram ocupadas. A tendência, contudo, tem sido de redução nas últimas décadas e a projeção é de que, em 2020, o número caia para 1,9 milhões de crianças.

Já no ano de 2015 segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2015, fez um novo panorama do quadro existente no Brasil, foi detectado que cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos trabalham em todo o território nacional.

O Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI) no ano de 2017 lançou uma nota explicativa posicionando sobre uma nova pesquisa realizada em 2016 pelo PNAD Contínua 2016, divulgado pelo IBGE, que apresentou os dados de 1,8 milhão de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos e de 30 mil na faixa de 5 a 9 anos, no entanto o FNPETI[5] repudiou a pesquisa e posicionou da seguinte forma.

> Ressaltamos que as informações precisam ser avaliadas e compreendidas a partir da seguinte mudança metodológica: foram excluídas da apresentação dos dados sobre trabalho infantil 716 mil crianças e adolescentes que trabalham para o próprio consumo. Nessa ocupação, há uma maior incidência de trabalho infantil abaixo de 13 anos. Os dados apresentados de 1,8 milhão de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos e de 30 mil na faixa de 5 a 9 anos mascaram a realidade do trabalho infantil no Brasil. O número real sobre trabalho infantil, somados os 1,8 milhão aos 716 mil, é de 2,5 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

No entanto, o IBGE informou segundo a rede peteca, que a metodologia usada para realizar essa pesquisa foi feita diferente da metodologia da pesquisa de 2015, pois essa mais recente não considera trabalho infantil aquele realizado para a próprio sobrevivência da criança e do adolescente, igualmente as atividades domésticas, com isso o PNADE minimizou uma grande proporção apresentado em 2015, e sendo assim, os dados apresentados revelam uma queda em que mais de 1 milhão de trabalhadores infantis estão invisíveis para os programas sociais, no primeiro momento da pesquisa parecia ser uma grande vitoria, pelo fato de vários órgãos estarem empenhados nessa erradicação, mas logo depois veio a realidade, um período em que o Estado passa por uma das maiores crises existente, tanto financeira como política, com reduções de verbas para as políticas sociais e as demais, não tem cabimento essa redução tão alarmante, isso só evidencia mais ainda o desprezo e falta de caráter do Estado quando tenta burlar uma pesquisa para mostrar para a sociedade uma falsa imagem no intuito de enganar as pessoas.

Sobre isso a Procuradora do Trabalho e Coordenadora do Fórum Paulista de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil em São Paulo, Elisiane Santos em uma coluna publicada pela Rede Peteca posicionou da seguinte forma

> O IBGE deve uma explicação à sociedade brasileira sobre os dados apresentados, que contrariam uma série histórica e a realidade social, ocultando a triste realidade do trabalho que atinge um contingente de pelo menos 2,5 milhões de crianças e adolescentes brasileiros, em sua maioria pretos e pardas.[6]

Alem disso o Ministério Público do Trabalho (MPT) também solicitou ao IBGE esclarecimentos sobre as mudanças implementadas na PNAD divulgada em 2017. Em ofício assinado pelo procurador geral do Trabalho (PGT), Ronaldo Fleury, a instituição questionou a motivação das modificações mais preocupantes na metodologia, capazes de distorcerem os resultados e tornarem a atual pesquisa impassível de comparação com edições anteriores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O que se percebe é que parte do Estado tenta mascarar um problema no intuito de ser reconhecido no cenário internacional como um Estado avançado, e assim dificultando a eficácia das medidas tomadas para as efetivações dessas ações.

4 GARANTIA CONSTITUCIONAL SOBRE A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL

Após um ardente período do regime militar, o Estado brasileiro promulgou a constituição de 1988, saindo de um estado puramente ditatorial e indo para um estado democrático de direito, dando uma maior importância na inclusão de idéias diversas, voltadas à elaboração de uma sociedade justa, livre e solidária, e assim renascendo os valores sociais e culturais.

Durante esse regime militar surgiu um texto normativo importante na proteção dos menores, que ficou conhecido como Código dos Menores, pela época que foi criado entende-se que o Estado não se preocupou em compreender e atender à criança e ao adolescente, apenas criar métodos para a punição dos menores infratores.

Um grande avanço com a promulgação da constituição de 1988 foi a respeito da criança e o adolescente, dando uma maior importância na concretização de seus direitos, trazendo uma segurança jurídica com o principio da proteção integral, disposto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no qual diz

> 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Essa proteção da infância orientada pelo princípio estabelecido na Constituição CRFB da proteção integral fez a inclusão nos direitos fundamentais dos direitos sociais (CRFB, artigo 6º), e com isso introduzido no rol das clausulas pétreas, não podendo sequer ser objeto de deliberação de emenda tendente a abolir este direito fundamental (CRFB, artigo 60, §4º, IV), com essa garantia deu-se o reconhecimento de um Estado que valoriza as pessoas, que reconhece o valor de cada ser humano e aplicando o principio da igualdade, igualando as oportunidades de cada ser humano que vive de formas diferentes uns dos outros, e assim aplicando o principio da isonomia no qual Aristóteles definiu da seguinte forma, Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

A partir desse momento fez necessárias criações de normas para regularem esses direitos das crianças e adolescentes, e com isso foi promulgada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 conhecido como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) que pode ser considerada uma das principais normas do ordenamento jurídico em relação aos direitos das crianças e adolescentes.

Logo em seguida o Brasil comprometeu-se com a OIT, por meio das convenções 138 e 182, a efetuar condições imediatas para a prevenção e erradicação das formas de escravidão; trabalhos forçados; prostituição infantil; atividades ilícitas; e atividades que ferem a saúde, a segurança e a moral dascrianças, criando condições e promovendo o acesso à educação básica.

Já a convenção 182 da OIT direcionou a fixação da idade mínima permitida para a concessão de trabalho na forma de aprendiz para o adolescente, e a CLT trouxe essa ideia, em sua atualização alguns artigos foram modificados e trouxe essa novidade, que é o trabalho do adolescente na qualidade do menor aprendiz.

4.1 ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE CONTRA O TRABALHO INFANTIL

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Em 13 de julho de 1990 foi promulgada a lei 8.069/90 o Estatuto da Criança e Adolescente conhecida como ECA, firmando uma grande vitoria da sociedade brasileira, pois esse estatuto contemplou de forma avançada e minuciosa a carta dos direitos humanos nos aspectos que trata dos direitos das crianças e adolescente, deixando de lado qualquer margem de intervenção nos direitos ou mesmo usurpação arbitrária do Estado contra essas pessoas.

Os direitos fundamentais foram a base em que se alicerçou o ECA, estabelecidos pelos Artigos 5°, 227° e 228 da Carta Magna. O primeiro, em seu corpo de texto, é composto por um rol de direitos fundamentais coletivos de maneira extremamente ampla, que possui a finalidade básica de proteção da dignidade da pessoa como ser humano, direitos essenciais para vida em sociedade

O Art. 227 apresenta de forma específica os direitos básicos e necessários à pessoa como a vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, como também estabelece a proteção referente a negligencia, exploração, violência, crueldade e opressão.

No entanto existe um longo caminho a ser trilhado para efetivar esses direitos que o ECA trás, e em seu artigo 4º o estatuto trouxe uma garantia para essa classe de pessoas, que diz da seguinte forma:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos 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.

Fica evidente que para garantir esse objetivo é preciso a contribuição não só do Estado, mas toda a sociedade, sendo necessária a participação dos três âmbitos, tanto o federal como o municipal e o estadual, é o que diz Antonio Carlos Gomes da Costa citado pela Gisella Lorenzi[7], no qual aponta em seu texto “O Desfio da Implementação do Estatuto da Criança e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

do Adolescente", ele trás três eixos que tem que ser realizado para o Estado conseguir executar o plano de erradicação do trabalho infantil, que são:

> 1. Mudanças no panorama legal: os municípios e estados precisam se adaptar à nova realidade legal. Muitos deles ainda não contam, em suas leis municipais, com os conselhos e fundos para a infância.
>
> 2. Ordenamento e reordenamento institucional: colocar em prática as novas institucionalidades trazidas pelo ECA: conselhos dos direitos, conselhos tutelares, fundos, instituições que executam as medidas sócio-educativas e articulação das redes locais de proteção integral.
>
> 3. Melhoria nas formas de atenção direita: É preciso aqui "mudar a maneira de ver, entender e agir" dos profissionais que trabalham diretamente com as crianças e adolescentes". Estes profissionais são historicamente marcados pelas práticas assistencialistas, corretivas e muitas vezes repressoras, presentes por longo tempo na historia das práticas sociais do Brasil.

O ECA possui a sua estrutura textual dividida em duas partes: geral e especial. A parte geral dispõe sobre os direitos fundamentais com expiração total na Constituição Federal, ao apresentar quais são e como eles serão aplicados, assegurados o Estado e a sociedade.

Na parte específica pode-se encontrar as medidas de proteção, sua aplicabilidade e as normas relativas aos atos infracionais. Além destas, também é possível verificar nesta parte os órgãos responsáveis pelas resoluções de conflitos e necessidades supridas por parte do Estado, como crimes e infrações administrativas

O estatuto é recheado de artigos que resguarda direitos das crianças e adolescentes, e assim não da margem para se eximir da responsabilidade com o dever de exercer essas obrigações com esses menores, como exemplo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

desses direito o artigo 7º menciona que toda criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Nesse mesmo sentido o artigo 16 estabelece a liberdade infanto-juvenil que ela é plena na medida em que permite o ir e vir das crianças e dos adolescentes; respeitando as opiniões e a religião deles; oferece-lhes convívio com a família e a comunidade; entre outras questões. Logo em seguida o artigo 17 vem tratar do respeito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, das idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Está evidente que o estatuto trouxe uma larga e imensa prerrogativas quando diz respeito a direitos e garantias para as crianças e adolescentes, apesar dos avanços que já foram alcançados pelos esforços continuamente dos que abraçam essa causa, as crianças e adolescentes precisam de muito mais, e o ECA tem legitimidade de oferecer isso, no entanto o que falta é a efetividade dessas políticas públicas.

4.2 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO *TRABALHO CONTRA O TRABALHO INFANTIL*

Mencionado anteriormente sobre a convenção 182 da OIT, faz–se necessário a implementação de uma norma que regulasse essa visão da OIT, visão essa que aponta a cerca da Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua eliminação, *com isso no ano de 2000, foi publicada a Consolidação das leis trabalhista CLT que promoveu a regularização do contrato de trabalho para os adolescente, e indicando pelo* art. 428, parágrafo 2º que ao menor aprendiz, será garantido salário mínimo hora, salvo condição mais favorável, ou seja o ordenamento jurídico está tentando de todas as formas resguarda os direitos das crianças e adolescente, além de tudo promover uma formação técnica profissional.

No entanto, o adolescente para conseguir ser inserido nesse contexto precisa preencher alguns requisitos existentes pela norma, que é de está matriculado devidamente em uma unidade de ensino e ter frequência

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

regular, o menor deve ser proibido de trabalhar em locais que *prejudiquem* sua moralidade, em local insalubre, penoso, perigoso, e durante a noite, e assim ficando resguardado de qualquer abuso, é o que está escrito no parágrafo único do artigo 403 da CLT que diz da seguinte forma, o trabalho do adolescente não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

5 PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL-PETI

Levando em consideração esse contexto brasileiro, o confronto contra a erradicação do trabalho infantil adquiriu maior proporção a partir dos anos de 1992 à 1994, no que fez o Brasil tornar-se parte do Programa Internacional de Erradicação do Trabalho Infantil da OIT e elaborou o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, assim fazendo surgir o Programa de Prevenção e Eliminação da Exploração do Trabalho Infantil-PETI um programa do Governo Federal, criado no ano de 1996, que tem por objetivo erradicar todas as formas de trabalho de crianças e adolescentes menores de 16 anos e garantir que frequentem a escola e atividades socioeducativas.

Segundo o Portal Brasil esse desejo de crianças e adolescentes frequentarem a escola teve resultados satisfatórios, pois segundo a secretária nacional adjunta de Avaliação e Gestão da Informação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome MDS afirma que:

> Entre 2004 e 2014, o número de ocupados de 5 a 17 anos entre os pobres e extremamente pobres caiu 78%. Já entre o público de renda per capita acima de R$ 415 houve aumento de 33%. Destes, quase metade tem renda acima de R$ 830. "O que observamos são crianças e adolescentes acompanhando os pais no setor de comércio ou na agricultura.

O acesso à educação. Em 2002, 32,1% dos 20% mais pobres estavam em idade escolar adequada. Em 2014, o número saltou para 58,2%, um aumento de 80%. Considerando os 5% mais pobres, entre 6 e 14 anos, 97,8%

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estão na escola. "Não estamos mais lidando predominantemente com crianças do trabalho infantil fora da escola". Ao contrário, elas estão majoritariamente na escola.

Nesses últimos anos o PETI por meio da Cofinanciamento das Ações Estratégicas do PETI ampliou-se para tentar acolher aos novos desafios que o Brasil adquiriu em relação ao trabalho infantil brasileiro, em maio de 2018 aconteceu uma nova reforma nas ações estratégicas do PETI.

A reforma do programa foi introduzida a partir do Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, o PETI organizou ações planejadas em cinco eixos principais, que são:

(a) Informação e mobilização: sensibilização, mobilização, realização de campanhas e acompanhamento de audiências públicas;

(b) Identificação: busca ativa e registro no Cadastro Único;

(c) Proteção social: transferência de renda (continua a integração Bolsa Família e PETI), inserção das crianças, adolescentes e suas famílias em serviços sócias assistenciais e encaminhamento para serviços de saúde, educação, cultura, esporte, lazer ou trabalho (intersetorialidade);

(d) Defesa e responsabilização: reforço das ações de fiscalização, acompanhamento das famílias com aplicação de medidas protetivas, articuladas com Poder Judiciário, Ministério Público e Conselhos Tutelares;

(e) Monitoramento: registro em sistema de informação e monitoramento do processo de identificação e cadastramento (Cadastro Único), do atendimento em serviços sócio assistenciais.

Com isso constata que o Brasil vem adquirido status quando tem por tema erradicar trabalho infantil, segundo a Diretora do Escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil, Laís Abramo, o Brasil está promovendo avanços importantes neste tema, que se constitui numa grave violação dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais no trabalho.

6 CONSELHO TUTELAR

Pode-se dizer que o Conselho Tutelar é um órgão de integração do Estado com a sociedade, de natureza administrativa, ou seja, atua na orientação e direcionamento para outros órgãos de cunho específico. Auxiliando na aplicação das medidas cabíveis e apresentadas pelo Estatuto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

da Criança e Adolescente, é possível a partir do seu trabalho, a garantia aos menores de idade, os direitos constitucionalmente estabelecidos em Lei.

Como a própria nomenclatura diz, esse órgão tem sua estrutura em forma de conselho, ou seja, um conjunto de pessoas que acordam sobre tomadas de decisões e sistemática de trabalho em prol de um mesmo objetivo.

O órgão possui algumas medidas especificas de aplicação das normas e direitos inerentes à proteção integral da criança e do adolescente, dotado ainda de autonomia em disciplinar sua forma de atuação, porém isso deverá estar composto em lei municipal.

Abordando o papel relevante da sociedade e a família junto ao Conselho Tutelar, Wilson Donizeti Liberati (2010, p.111) afirma que o mesmo é um órgão da sociedade, dividirá com o Estado e a família a responsabilidade da execução da política de atendimento social da criança e do adolescente.

Diante disso, Roberto João Elias (2010, p112), destaca o Conselho Tutelar como "um órgão representativo por excelência". Característica que além de auxiliar, ele também representa a sociedade municipal, na forma de conselheiros na busca por soluções referentes aos problemas da criança e o adolescente em situação de risco.

Para tanto, o Conselho além de atuar de forma executora, como instrumento de execução dos direitos da criança e adolescente, é também um órgão fiscalizador, ou seja, fiscaliza a aplicação das medidas judiciais decretadas quando há necessidade. Ainda destacase como um órgão garantidor, articulador vinculado à sociedade e o Estado na aplicação das medidas de proteção integral juvenil.

Este órgão tem por base a participação da comunidade, isto é, uma socialização entre a sociedade e as instituições públicas responsáveis para o cumprimento dos direitos do menor de idade, caracterizando uma inovação do Estatuto

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exporto fica nítido que o Brasil é um pais que tem uma grande desigualdade social no meio da criança e adolescente, no entanto o Estado brasileiro após a Constituição da República de 1988 deu-se mais uma ênfase a essa causa, com implementações de inúmeros programas sociais,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

normas que resguarda vários direitos até então não reconhecidos ou mesmo não efetivados pela o Estado, e ao passar do tempo vem sendo expressivo os resultados adquirido.

No entanto, estejamos bastantes longes da total extinção da exploração do trabalho infantil, conforme dados expostos anteriormente, embora que muitos meios de erradicação já foram desenvolvidos, esses mecanismos precisam ser efetivado com a ajuda da sociedade, que é na fiscalização juntamente com o Ministério Público, delegacias de menores, entre outros, enquanto não forem punidos os agentes causadores desse problema o Brasil vai continuar sofrendo.

E por fim o que resta para essas crianças e adolescente é a esperança de ter um futuro melhor, mesmo com uma grande desvantagem em seus passados, e uma frase que pode ficar como um marca de esperança é a do Nobel da Paz Kailash Satyarthi[8], que diz: ainda há muito a ser feito para impedir o trabalho infantil. Se o mundo pode chegar a Marte, por que não podemos alcançar cada criança que corre perigo.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Honor de. Trabalho infantil na terceira revolução industrial. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: **Vademecum**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Vademecum**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____**. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador (2011-2015)** Disponivel em http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/ipec/pub/plan-prevencao-trabalhoinfantil-web_758.pdf Acesso em: 17 de agosto 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho Infantil Artístico: Do Deslumbramento à Ilegalidade.** São Paulo: LTr, 2011

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho Infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil.** Florianópolis: OAB/SC edit., 2007.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4° edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários **ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil.** Brasil, 2016. Disponível em: . Acesso em: 28 ago. 2018.

NOGUEIRA, Jeanne Mendes. ***Trabalho Infantil*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 14 nov. 2012.** Disponivel em: . Acesso em: 24 ago. 2018.

SANTOS, Elisiane. **CHEGA DE TRABALHO INFANTIL.** [S.l.: s.n.], 2017. 2 p. Disponível em: . Acesso em: 18 ago. 2018.

OLIVEIRA, Oris de. **O Trabalho da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1994

NOTAS:

[1] Orientador: Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (Canoas - RS - 1996), é especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares - MG), é Mestre em Ciências do Ambiente pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (Palmas - TO). É doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (Belo Horizonte). É professor do Centro Universitário Luterano de Palmas e da Faculdade Católica do Tocantins. Tem experiência profissional e catedrática nas áreas de Direito Civil, Constitucional e Ambiental,

Email: antoniocesarmello@hotmail.com

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[2] Disponível em https://nacoesunidas.org/trabalho-infantil-afeta-3-milhoes-de-criancas-no-brasil-especialistas-pedem-mais-politicas-publicas/

[3] Trabalho infantil p, 125.

[4] Jeanne Mendes Nogueira ***Trabalho Infantil*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 14 nov. 2012**

[5] Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil 30/11/2017

[6] Procuradora Elisiane Santos

[7] Gisella Werneck Lorenzi **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil.**

[8] Encontra-se: https://nacoesunidas.org/se-o-mundo-pode-chegar-a-marte-por-que-nao-podemos-alcancar-cada-crianca-que-corre-perigo/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INSIGNIFICÂNCIA NA LEI 10.826/03

BERNARDO MELLO PORTELLA CAMPOS: Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro/RJ.

RESUMO: O presente trabalho traz os precedentes mais recentes que indicam um overruling na jurisprudência dos tribunais superiores, envolvendo a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de porte e posse de arma de fogo da lei 10.826/03. A modificação é salutar, tendo em vista que o afastamento da atipicidade material, em determinados casos, evita o hiperencarceramento e a atuação do direito penal, que deve ser a *ultima ratio*.

PALAVRAS-CHAVE: Insignificância; *Overruling;* Posse; Porte; Arma de fogo.

ABSTRACT: The present work brings the most recent precedents that indicate an overruling in the jurisprudence of the superior courts, involving the application of the principle of insignificance in the crimes of possession and possession of firearm of the law 10.826/03. The modification is salutary, since the removal of the material atypicality, in certain cases, avoids the hyper-embarrassment and the criminal law, which should be the ultima ratio.

KEYWORDS: Insignificance; Overruling; Possession; Postage; Firearm.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 3 O CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 4 INSIGNIFICÂNCIA E A LEI 10.826/03. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância vem sendo muito utilizado pelos tribunais superiores.

Ocorre que quando se trata de crime de perigo abstrato, os tribunais evitam sua aplicação, tendo em vista a presunção absoluta de perigo ao bem jurídico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuíam jurisprudência pacífica no sentido da inaplicabilidade da bagatela nos crimes de porte ou posse de arma de fogo.

O presente trabalho vem esclarecer a mudança de entendimento que tem ocorrido nos tribunais.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância visa afastar a tipicidade material daqueles fatos que não possuem lesividade ao bem jurídico tutelado, em observância ao princípio penal da ofensividade.

Conforme posição pacífica do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância poderá ser aplicado desde que observados a (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Segundo o Min. Celso de Mello:

> O postulado da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. (HC 145.406, rel. Min. Celso de Mello. J. 01/09/2017) [1]

Como ensina Bitencourt, "a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, consequentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada." [2]

3 O CRIME DE PERIGO ABSTRATO

O crime de perigo abstrato é aquele cujo risco presume-se por foça da lei, não sendo preciso sua comprovação.

Luciano Santos Lopes afirma que "há séria crítica à constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, exatamente por não respeitarem o princípio da ofensividade. Explica-se. Ao se presumir de forma absoluta o perigo, o legislador acaba por tipificar a simples desobediência ao seu comando normativo. Cria-se a concepção do que venha a ser perigoso, sem a necessidade de verificação concreta. Toda pessoa que desobedecer esta proibição/ordenação, será punido criminalmente." [3]

Paulo Queiroz afirma ainda que "há casos em que o perigo de lesão é de tal modo importante que a sua tipificação é plenamente justificável, razão pela qual não cabe afirmar, aprioristicamente, a inconstitucionalidade de todo e qualquer delito de perigo abstrato." [4]

4 INSIGNIFICÂNCIA E A LEI 10.826/03

Para a doutrina e jurisprudência, os crimes de posse e porte de arma de fogo permitido ou restrito são de perigo abstrato e inclusive dispensam laudo pericial para atestar sua lesividade.

No entanto, havendo laudo comprovando a ineficácia da arma, o STJ entende que deve ser reconhecida sua atipicidade.

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL CONSTATANDO A INAPTIDÃO DO ARTEFATO. ATIPICIDADE. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, para a caracterização do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, por ser de perigo abstrato e de mera conduta, e por colocar em risco a incolumidade pública, basta a prática de um dos núcleos do tipo penal, sendo desnecessária a realização de perícia (AgRg no AgRg no AREsp n. 664.932/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 10/2/2017). 2. Na hipótese, contudo, em que demonstrada por laudo pericial a total ineficácia da arma de fogo (inapta a disparar), como no caso dos autos, a jurisprudência desta Corte Superior tem orientado no sentido da atipicidade da conduta perpetrada, diante da ausência de afetação do bem jurídico incolumidade pública, tratando-se de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio (REsp n. 1.451.397/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/10/2015). 3. Agravo regimental desprovido. (RESP 1709398, rel. Min. Reynaldo da Fonseca. j. 06/03/2018) [5]

Inúmeros precedentes impedem a aplicação da insignificância aos crimes de porte ou posse de arma previstos na lei 10.826/03, justamente por serem considerados crimes de perigo abstrato.

No entanto, recentemente, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu Habeas Corpus para absolver um cidadão que foi condenado por carregar munição de uso proibido como pingente de colar.

O colegiado decidiu que a atitude do réu não gerou perigo abstrato nem concreto.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida. (HC 133984, rel. Min. Carmen Lúcia. J. 17/05/2016) [6]

A partir dessa decisão, os debates acerca da aplicação da insignificância nos crimes de perigo abstrato da lei 10.826/03 ganharam novos capítulos.

No HC 148.801, o Ministro relator Dias Toffoli assentou que seria inaplicável o princípio aos crimes de posse ou porte de arma de fogo ou munição, por se tratar de crime de perigo abstrato.

> Decisão: Vistos. Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de André Luiz Scaff, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no AREsp nº 1.096.631/MS, Relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Os impetrantes sustentam, em suma, a atipicidade da conduta descrita no art. 12 da Lei nº 10.826/03, que foi imputada ao paciente, em face do princípio da insignificância. Segundo a defesa, a apreensão de 16

(dezesseis) munições de arma de fogo calibre .38, desacompanhadas de qualquer arma de fogo que pudesse tornar útil o uso dos projéteis, não ofereceria perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal em questão. Requer o deferimento da liminar para suspender "o andamento do processo n. 0021984-71.2016.8.12.0001, em trâmite na 4ª Vara de Campo Grande (MS) (...)". No mérito, pleiteia a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal à qual responde o paciente na origem. Examinados os autos, decido. Transcrevo a ementa do aresto questionado: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. SUM. 123/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. **POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE**. **CRIME DE PERIGO ABSTRATO**. 1. Inexiste invasão de competência do STJ nos casos em que o Tribunal a quo analisa previamente a suposta violação da legislação federal no momento do exame de admissibilidade do recurso especial, pois tal procedimento está amparado pela Súmula n. 123/STJ, sendo a afronta à lei federal requisito constitucional para a interposição do mencionado recurso 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, acórdão proferido em habeas corpus, mandado de segurança e recurso ordinário, por não possuir a mesma extensão almejada no recurso especial, não serve de paradigma para fins de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório. 3. Esta Eg. Corte entende 'ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por reconhecer-lhes a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade da munição apreendida e se esta encontrava-se ou não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

acompanhada da arma. Entendimento que atrai o óbice da Súmula n. 83 deste Superior Tribunal' (AgRg no AREsp 644.499/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 04/08/2015). 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (anexo 7). Essa é a razão pela qual se insurge o impetrante. Como visto o aresto questionado se alinha à jurisprudência da Corte, segundo a qual, o porte ilegal de arma e munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração da potencialidade lesiva da arma ou das munições (v.g. RHC nº 123.533/MS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 22/10/14). Perfilhando esse entendimento: "HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. O tipo penal do art. 14, da Lei n 10.826/03, ao prever as condutas de portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, contempla crime de mera conduta, sendo suficiente a ação de portar ilegalmente a munição. 2. Objetiva-se, assim, antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo a prática de crimes. Precedentes. 3. Ordem denegada" (HC nº 119.154/BA, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 11/12/13). Ademais, o caso não comporta a flexibilização desse entendimento, pois, diferentemente do paradigma citado pela defesa (HC 133.984/MG, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 2/6/16), no qual o agente infrator foi surpreendido trazendo consigo 1 (um) cartucho apenas de arma de fogo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> calibre .40, na hipótese dos autos, o paciente foi denunciado pela conduta tipificada no art. 12 da Lei nº 10.826/03, em razão de ter sido apreendido em sua residência 16 (dezesseis) munições de arma de fogo calibre .38. Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus, ficando, por consequência, prejudicado o pedido de liminar. (HC 148.801, rel. Ministro Dias Toffoli. J. 10/10/17) [7]

No mesmo sentido, o STJ concluiu que:

> CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.
>
> 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus de ofício. 2. O habeas corpus não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 3. A conclusão do Colegiado a quo se coaduna com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Precedentes. 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de posse e de porte de arma de fogo, por se tratarem de crimes de perigo abstrato, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida. Precedente. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 338.153/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016) [8]

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça caminham no sentido de rever seus posicionamentos, sendo possível encontrar precedentes aplicando o princípio da insignificância aos crimes previstos na lei 10.826/03.

A 2ª turma do STF reconheceu a inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada da arma de fogo.

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. RECURSO PROVIDO. I – Recorrente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso permitido, calibre 22. II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 12 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> (Estatuto do Desarmamento). (STF, Segunda Turma, RHC 143449, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017) [9]

Da mesma forma, o STJ concluiu que se não houver prova de que o réu integra organização criminosa, a simples posse de munição sem arma deve ser considerada crime insignificante.

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 8 MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMAS APTAS PARA DISPARAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO**. 1. O princípio da insignificância é parâmetro utilizado para interpretação da norma penal incriminadora, buscando evitar que o instrumento repressivo estatal persiga condutas que gerem lesões inexpressivas ao bem jurídico tutelado ou, ainda, sequer lhe causem ameaça. 2. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância aos crimes previstos na Lei 10.826/03, a despeito de serem delitos de mera conduta, afastando, assim, a tipicidade material da conduta, quando evidenciada flagrante desproporcionalidade da resposta penal. 3. Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 munições na gaveta do quarto da ré não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder. 4. Recurso especial provido. (HC 1.735.871, rel. Min. Nefi Cordeiro. J. 22/06/2018) [10]

5 CONCLUSÃO

Verifica-se um verdadeiro overruling na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O princípio da insignificância vem sendo admitido pelos tribunais, em determinados casos, levando em consideração os princípios da ofensividade, proporcionalidade e direito penal mínimo.

Tal alteração de entendimento é importante para enfrentar o encarceramento em massa e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

1 http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC145406.pdf

2 (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, v.1. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 52.)

3 (QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 3ª ed. Salvador, Juspodium, 2013, p. 116)

4 (QUEIROZ, Paulo. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 3ª ed. Salvador, Juspodium, 2013, p. 118)

5http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1709398&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true6http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316821

7 http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5282862

8 https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340057037/habeas-corpus-hc-338153-rs-2015-0253301-4/inteiro-teor-340057047

9 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=356956

10. https://www.conjur.com.br/dl/stj-aplica-jurisprudencia-stf-fixa.pdf

O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA SOBRE SEUS CRITÉRIOS OBJETIVOS E A DIVERGÊNCIA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO A TEMÁTICA NO DIREITO PÁTRIO

ANTONIO AUGUSTO VILELA: Bacharel em Administração e Direito, Pôs Graduado em Direito de Famílias e Sucessões, bem como em Direito Previdenciário Especialista pela Instituição Damásio de Jesus.

RESUMO: A presente pesquisa consiste com o desígnio de analisar, pelo meio de estudo bibliográfico e do respectivo método indutivo, bem como a partir da apreciação das apreciações e pré-requisitos legais, o amparo assistencial garantido na Legislação de número 8.742/1993, bem expressamente no seu art. 20, § 3º, no qual menciona o dever ser da renda mensal *per capita* para a aferição do supramencionado benefício inferior a ¼ do salário mínimo vigorante. Arrazoando a propósito da regra geral, empregada pelos ensinamentos doutrinários, bem como dos julgadores, derivando a uma explanação das diferentes linhas da inteligência jurisprudencial nos Tribunais Superiores, emitindo as conjecturas em que se aceitam diferentes meios para aferição da renda e coerente cabimento do supra benefício. Abonando destaque ao passadio deste assunto no campo da legislação vigorante. Assim, por ser um assunto de tamanha importância faz-se cogente uma apreciação quanto às aparências determinais da seguridade social, passando a detalhar transversalmente do seu conceito, bem como os seus respectivos princípios. Na sequência, abordou-se sobre a temática assistência social, conceito, princípios e a forma de custeio, bem como de que maneira os benefícios podem ser concedidos na via administrativa. Em terceiro plano, discorreu-se sobre requisito objetivo da renda familiar para aferição do benefício da assistência social e entendimento dos Tribunais Pátrios Superiores quanto a sua legalidade e quanto a aplicabilidade de critérios diferenciados para aferição do benefício. Por derradeiro, teve em sua conclusão através dessa pesquisa realizada que o respectivo Supremo Tribunal Federal entende como inconstitucional o respectivo artigo aludido e a doutrina, bem como a jurisprudência, são divergentes quanto a probabilidade de aproveitamento de dessemelhantes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

discernimentos para conseguimento do benefício assistencial de prestação continuada.

PALAVRAS CHAVE: Previdência Social. Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Princípios. Divergência Jurisprudencial.

ABSTRACT: The present research consists of the purpose of analyzing, through the means of bibliographical study and the respective inductive method, as well as from the appreciation of the legal assessments and prerequisites, the amparo assistance guaranteed in Legislation number 8,742 / 1993, as well as expressly in the his art. 20, paragraph 3, in which it mentions the duty to be monthly per capita income for the measurement of the aforementioned benefit less than ¼ of the minimum wage that is in force. Arising from the general rule, used by doctrinal teachings, as well as from the judges, deriving an explanation of the different lines of jurisprudential intelligence in the Superior Courts, issuing the conjectures in which different means are accepted for benchmarking the income and consistent fit of the above benefit . Emphasizing the importance of this issue in the field of legislation. Thus, because it is a matter of such importance, an appreciation is made of the determinate appearances of social security, and it goes on to detail transversally of its concept, as well as its respective principles. In the sequence, the theme of social assistance, concept, principles and the form of costing was discussed, as well as how the benefits can be granted in the administrative way. Thirdly, there was an objective requirement of the family income to assess the benefit of the social assistance and understanding of the Higher Courts regarding their legality and the applicability of differentiated criteria for measuring the benefit. Lastly, in its conclusion, it was concluded that the Federal Supreme Court considers the respective article and doctrine as unconstitutional, as well as the jurisprudence, to be divergent as to the probability of taking advantage of dissimilarities to obtain the benefit of the benefit continued.

KEYWORDS: Social Security. Continuing Care Benefit. Principles. Jurisprudential divergence.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. SEGURIDADE SOCIAL – 2. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – 2.1. CONCEITO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: AMPARO SOCIAL – 2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – 2.3. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO – 2.4. PRINCÍPIO DA UNIFRMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS – 2.5.PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS – 2.6.PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO – 2.7.PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS – 2.8. PRINCÍPIO DO CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA ADMINISTRAÇÃO – 2.9. PRINCÍPIO DO CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA ADMINISTRAÇÃO – 2.10. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DO BENEFÍCIO – 2.11. DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA – 2.12. DA PESSOA IDOSA ACIMA DE 65 ANOS – 2.13. DO REQUISITO DA MISERABILIDADE – 2.14. DO CONCEITO DE FAMÍLIA PARA LEI 8.742/1993 – 2.15. DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – 2.16. ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À LUZ DA CONCESSÃO DO BENEFICIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Presentemente, abrange-se que a seguridade social é desenvolvida por uma adjacente integrada de atos de empreendimento dos poderes públicos, bem como da sociedade, prometidos a asseverar o direito concernente à saúde, à previdência, bem como a assistência social, abarcando a coerência da assistência, bem como do seguro social. A Carta Magna Vigente dispõe nos termos do seu artigo 194 que a Seguridade Social abrange a Previdência, a Saúde, bem como a Assistência Social. A primeira tem modo sendo, portanto, só fará *jus* a determinado benefício desse preceito aquele que é afiliado como segurado da Previdência Social e concretizou contribuições especificas para o benefício que será pleiteado.

A saúde, nos precisos termos do artigo 196, *caput,* da CF/88, é "direito de todos e dever do Estado" (BRASIL, 2018a), significando abalizada basicamente pela universalidade. Por meio do Sistema Único de Saúde, que é regulado pela Lei de número 8.080/90, assim sendo, todas as pessoas têm o respectivo direito ao acesso à rede pública de saúde, não estando preciso comprovar nenhuma ajuda particularizada ou a condição de miserabilidade.

Assim sendo, a assistência social compõe-se numa condição da seguridade social. A basilar qualidade da assistência social é a maneira não contributiva para ter assistência social, pois, ela é necessitada a quem dela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

carecer. Quanto a este acrescentamento auxiliar assistencial, muito se tem debatido perante a inconstitucionalidade do respectivo § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, que apoia que a renda mensal *per capita* para o consentimento do supramencionado benefício deve ser inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Apesar disso, o Supremo tribunal Federal, em julgamento da Reclamação 4.374/PE, ponderada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com o desígnio de dependurar uma ajuda de um salário mínimo a um laborado rural, a despeito dos desacordos doutrinários e jurisprudenciais, até então viventes, onde ainda fortificavam os discernimentos materiais constituídos nos termos do artigo20 da Lei 8742/93, do § 3º, alegou inconstitucional o parâmetro material da renda inferior a ¼ do salário mínimo para a condição do benefício assistencial de prestação continuada.

Dessa maneira, para a realização do presente estudo, alguns artifícios metodológicos significaram aproveitados, tal como a colocação da natureza do declive metodológico qualitativo, trazendo em vista que, ao aferir-se a problemática, a pesquisa por sua vez não utilizou informações estatísticas como basal objeto de apreciação da dificuldade, mas sim da análise da Lei nº 8.742/93 ponderando os caracteres para aferição de miserabilidade de uma respectiva entidade familiar.

Desse modo, no que pertence à aprovação do estudo quanto ao componente comum, bem como os seus procedimentos técnicos, foi empregada análise bibliográfica e exploratória, acolá de uma observação doutrinária, bem como jurisprudencial, ao mesmo andamento em que é conseguida uma circunscrição esmiuçadora das aparências de importância sobre a aventureira considerada, são abalançados anotações a acatamentos das aparências descritas, existindo um análogo dentre as duas metodologias mencionadas e exposições a propósito dos múltiplos entrosamentos derivadas da temática. Isso abona, também, o uso do artifício de indagação de bibliografia indireta.

Por derradeiro, tem-se que, não há ambição de afadigar a temática proposta e sim de subsídios com a altercação alçada.

1 SEGURIDADE SOCIAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Conforme expressa o autor Martins (2012), a cobertura social nacional brasileira teve seu pioneirismo respectivamente na data do ano de 1543, quando por sua vez, foram inventados os planos de pensão para os colaboradores da respectiva Santa Casa de Santos. Assim, foi deste marco inicial, para as primeiras leis que abordassem da assistência sem o acoplamento religioso constituíram mais de três séculos. Logo, no ano 1835, segundo o autor Vianna (2012), apareceu Montepio Geral dos Servidores do Estado, que foi estimado como o cabeçalho dos institutos de previdência particular brasileiro, debelando uma ampla parte das entidades esbulhadas securitárias que permanecem nas legislações contemporâneas.

Dessa maneira, apresenta-se na Constituição de 1891 o emprego do instituto da aposentadoria nos termos do seu artigo 75, o qual ponderava: "A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação". (BRASIL, 2018b). Não existindo o costume contributivo contemporâneo nos dias atuais, diferenciava-se por uma atribuição compensatória, sendo outorgada aos empregados que se contornassem inválidos para o trabalho.

Logo, no ano de 1923, foi inventada a Lei Eloy Chaves, transversalmente do Decreto de número 4.682/1923, onde estiveram constituídas as Caixas de Aposentadorias e pensões para os ferroviários de condição pátria antecipando os acrescentamentos de aposentadoria por invalidez, bem como pensão por morte e da assistência médica para os empregados dos empreendimentos ferroviários.

Assim, com a respectiva promulgação da Carta Magna do ano 1934, foi constituída a maneira de custeamento tríplice, conseguido atravessadamente do ente público, dos patrões, bem como os labutadores. Nesta Constituição, igualmente foi antecipada a aposentadoria compulsiva para os funcionários públicos com mais de 68 (sessenta e oito) anos de idade, bem como restou prevista a aposentadoria por invalidez, com o respectivo salário integral, para os funcionários que apresentassem um mínimo de 30 (trinta) anos de trabalho.

Dessa maneira, seguindo a perspectiva histórica, no ano de 1974, a Lei número 6.125, possibilitou ao Poder Executivo a formalizar a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social, que permanece em funcionamento ainda nos presentes dias. No mesmo ano supramencionado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

a Lei número. 6.179, estabeleceu o amparo previdenciário, como rendilhado mensal vitalício, aos maiores de 70 (setenta) anos ou inválidos.

Logo a atual Carta Magna do anos de 1988 foi bastante esmiuçadora ao tratar do contexto, com um tópico titulado de Ordem Social acarretando, pela primária ocasião, alusão no Texto Fundamental à Seguridade Social. Existindo, depois, modificações abreviadas concretizadas pela Emenda Constitucional de número 20/1998 e pela Emenda Constitucional número 41/2003.

Por fim, com o nascimento da Lei número 8.029/1990, e do Decreto número 99.350/1990, inventou-se o Instituto Nacional do Seguro Social. autarquia federal acoplada ao então Ministério do Trabalho, bem como da Previdência Social, mediante a composição dos consequentes órgãos do poder público: Instituto de Administração Financeira da Previdência Social, bem como o Instituto Nacional de Previdência Privada. Assim o autor Martins (2012) traz que no ano de 1991, entraram em eficácia a Lei número 8.212, que aborda de conservação do sistema da seguridade social, bem como e a Lei número 8.213, que aborda a propósito dos benefícios previdenciários, propendendo consentir ao art. 59 do ADCT.

2. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

2.1. Conceito do benefício de prestação continuada: amparo social

Inicialmente, cumpre-se ressalta que o amparo social em questão, é um beneficio mensal, provido aos idosos e deficientes carecidos, que preencham as condições previstas nos termos da lei 8.742/1993, admirável salientar que não tem temperamento previdenciário, uma vez que, faz-se componente da assistência social e esta apresenta como fundamental material ser uma ferramenta de modificação social para coletividade, assim sendo, concretizar o mínimo existencial para a garantia da dignidade humana.

A responsabilidade é da União para consentimento e conservação do beneficio de prestação continuada, contudo constituiu incumbido ao Instituto Nacional da Seguridade Social o encargo para operacionalização do supramencionado benefício (IBRAHIM, 2012, p. 16).

Desse modo, ajeita então a Assistência Social, objetivando aprovisionar para coletividade qualidades de uma vida com dignidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

apresenta-se então uma obrigação do Estado em apresentar este mister seja provisório ou determinante.

Prevalecer-se salientar que por ser personalíssimo, bem como por não ternatureza previdenciária, não origina direito à pensão por morte, conforme expressa os termos do artigo 23º do Decreto de número 6.214/2007. Contudo é abusado elucidar, que as importâncias não recebidas em vida pelos beneficiários, serão respectivamente pagas aos seus sucessores (FERREIRA, 2011, p. 102).

2.2. Princípios Constitucionais

Inicialmente, segundo o autor Martins (2012), abrangeu-se por seguridade social o adjacente conectado de princípios, de leis e de estabelecimentos de empreendimento dos poderes públicos, bem como da sociedade com o desígnio de asseverar o direito concernente à saúde, a previdência e a assistência social. O escopo primordial da seguridade social é por sua vez asseverar as pessoas, e aos seus familiares, os mediais basilares de estabilidade.

Logo a Constituição Federal do ano de 1988, nos termos do seu artigo 194, fracionou o preceito previdenciário em três limites, quais consistiam em: saúde, assistência social, bem como a previdência social, compondo igualmente o acordo, o tripé, da seguridade social. Compõe a previdência social no bioco de contingentes acontecidas de doença, de invalidez, de velhice, de morte, de privação de liberdade, de maternidade constituindo cogente a concretização de contribuições antecedentes para o cabimento do benefício.

Assim, quanto à assistência social, será proporcionada a quem dela carecer livre de subsídios e acatando dessa maneira aos hipossuficientes, assim sendo, aqueles que não podem por si só ou com o subsídio de seus respectivos familiares, conseguirem seu alento, tendo como sua condição básica a penúria do ajudado.

O direito à saúde é obrigação do Estado que deve socorrer a todos os que se encontrem em situação de ameaça de dano ou de dano já consumado à sua saúde. Acrescenta-se o amparo a saúde independe de contribuição, sendo irrestrita, ou seja, todos os sujeitos em território brasileiro, mesmo que aqui não residam, podem utilizar o serviço público de saúde. O SUS – Sistema Único de Saúde é quem administra a saúde, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

ele financiado com recursos dos orçamentos da seguridade social estabelecidos pela União, Estados, e dosMunicípios.

2.3.Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Inicialmente, o princípio da universalidade admite duas investidas: objetivamente aconselha que as precipitações igualitárias necessitem ter bioco e, subjetivamente, que conglomeradas de pessoas necessitam ter segurança de amparo social, universalidade de acolhimento. Em afinidade à previdência, a universalidade é limitada, pois possui o modo contributivo, constituindo que a pessoa para apresentar direito ao benefício apresentado pela norma deve colaborar com uma quantia de renda por sensata ocasião acolá de abarrotar as condições para consentimento do próprio.

Discorre o autor Martins (2012, p.55) que, quando trata-se do princípio da universalidade:

> Todos os residentes no país farão *jus* a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais. Os segurados facultativos, se recolherem a contribuição, também terão direito aos benefícios da previdência social. Os estrangeiros residentes no país também devem ser contemplados com as disposições da Seguridade Social, e não só aqueles que exercem atividade remunerada.

Enfim, é admirável salientar que na Previdência Social é imperativo o *status* de colaborador para ter a sua cobertura, enquanto a seguridade habitantes seres humanos do território, involuntariamente de subsídios ou ligamentos empregatício.

2.4.Princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às populações Urbanas e Rurais

O cabeçalho de identidade assinalar-se por ser uma partição do princípio da equidade, visto que investigação abolir com as dessemelhanças de tratamento, necessitando existir igualdade e contrapartida dentre os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

benefícios apresentados. Este cabeçalho igualmente recebe as três divisões da seguridade social.

Assim, quanto à contrapartida não constitui equidade, pois vai fundar-se na exterioridade pecuniária, podendo-se ter os mesmos acrescentamentos com estimação distinguida, assim sendo, o discernimento para aquiescência da cota de serviços constituirão os próprios, mas a importância não será essencialmente idêntica dependerá do aspecto contribuição de cada cidadão.

2.5. Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

Nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, precisamente em seu parágrafo único, IV, constitui que a seguridade igualitária designa-se a asseverar os perpendiculares concernentes à saúde, previdência e assistência social, destacando no inciso do aludido parágrafo que não pode existir a diminuição quanto às importâncias dos benefícios (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, os benefícios previdenciários não podem ter sua importância reduzida e ainda serem componentes de abatimentos, salvo os acontecimentos definidos pela legislação ou por ordem judicial, nem de arresto, ou penhora, bem como sequestro. Dirigindo a conservação da estima real dos benefícios prestados pela seguridade igualitária, com o objetivo de não ter a importância aquisitiva dos beneficiários reduzida.

2.6.Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio

O princípio da igualdade na conservação é um desenvolvimento do princípio da equidade, tendo em vista que, cada colaborador compartilhará da previdência no grau das suas equidades, desta perpetrada, os subsídios realizados por empreendimentos serão sempre superiores às concretizadas pelos trabalhadores, não existindo contrapartida incondicional dentre o que se coopera e a cobertura concedida pelo respectivo sistema da previdência social (BRASIL,1990).

2.7.Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios

Pelo cabeçalho da seletividade o legislador infraconstitucional apresentará aptidão para resolverem-se quais constituirão os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

acrescentamentos e ocupações a constituírem proporcionados pelo sistema de combinação com a disposição contributiva do Estado.

Já o princípio da distributividade assinala-se por apresentar a colocação de redistribuição de renda para as categorias sociais mais carecidas, atingindo a justiça redistributiva do sistema. Os princípios mencionados têm um aproveitamento ao mesmo tempo combinado com a assistência social, tendo em aspecto que os acrescentamentos sociais serão outorgados de configuração seletiva a quem realmente careça (BRASIL, 1990).

2.8.Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração

O caráter democrático é atingido através da participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e o governo nos órgãos colegiados, formando uma gestão quadripartite, estando presentes todos os atores sociais interessados na seguridade social, expressando a democracia participativa a qual é garantia constitucional.

A gestão dos programas e ações da Seguridade Social deve ser realizada mediante discussão com a sociedade que deve aprovar todas as ações de saúde, previdência e assistência social (BRASIL, 1990).

2.9.Princípio da Preexistência de Custeio

Conforme expresso nos termos do artigo 195, §5º, da Constituição Federal que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total", este necessita ser perpetuado ao art. 203 da Carta Magna do ano de 1988, que motiva não existir a categoria limitativa de subsídios com a previdência social para que o segurado consiga os benefícios da previdência para que exista uma aperfeiçoada aferição do cabeçalho de preexistência da conservação, assim sendo, depreende-se que não possui a obrigatoriedade de subsídios pelo segurado para que constituam conseguidos os benefícios oferecidos, entretanto o custeamento da previdência social é indispensável, mesmo que seja concretizado de caráter indireto. (BRASIL, 2018a).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Conforme esse princípio, para a concepção ou majoração de determinado benefício ou pagamento da seguridade social, consecutivamente é imprescindível a recomendação antecedente de recursos financeiros cogentes para sua liquidação. Este princípio igualmente é manifesto como preceito de compensação, pois abona o balanceamento contábil do sistema, aceitando a estabilização financeira e atuarial. A saúde e a assistência social igualmente necessitam satisfazer a este princípio.

2.10. Características específicas do benefício

O consentimento do benefício de prestação continuada, não necessita ter discernimentos que contenha o beneficiário à circunstância degradante ou desconfortável no envolvente social, necessita sim, ter como desígnio amortizar as desigualdades sociais.

Desse modo, prescreve o diploma legal 8.742/1993, fará jus ao beneficio assistencial de prestação continuada a respectiva pessoa portadorade deficiência ou a pessoa idosa com 65 anos ou mais, que corrobore não haver meios de arcar a competente conservação nem de tê-la fornecida por sua família. Logo é cogente que seja analisado qual apreciação de pessoa portadora de deficiência, de pessoa idosa acima de 65 anos, bem como devem ser observados os requisitos da miserabilidade e a consideração dafamília para o diploma legal supramencionado.

2.11.Da Pessoa Portadora de Deficiência

Inicialmente então, averiguamos que no respectivo texto infraconstitucional 8.742/1993, nos termos do seu artigo 20º, § 2º que se tem a acepção para portador de deficiência, ao considerar tal escrito conclui-seque se limita sua apreciação à inabilidade para vida laboral, com empecilho de extenso prazo de no mínimo 2 anos:

> Art 20º § 2º - Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Prontamente o Decreto de número 6.214/2007, vai igualmente acolá e acarreta o significado de inaptidão nos termos do seu art. 4º, III:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

Oposta à definição da lei 8.742/1993, a autora Ferreira (2014, p.65), defende que tal conceito "confunde deficiência com incapacidade, a deficiência não leva necessariamente à incapacidade vice e versa".

Ao afrontarmos tal apreciação infraconstitucional com o fundamental, averiguamos que o acarretado pela Constituição Federal vigente objetiva acoberta o deficiente, não o carregador de incapacidade. Dessa maneira, primava o constituinte, logo pela carência de efetividade dos elementos para prover sua permanência, como por exemplar, a capilaridade do comércio em geral.

Logo, resta claro então, que aconteceu um ambíguo por artefato do legislador ao conceituar tal esclarecimento na legislação infraconstitucional, conforme expresso na lei acima mencionada, pois nem ininterruptamente portadores de deficiência apresentam sua aptidão afetada para a convivência na sociedade.

Dessa maneira, ao averiguarmos a conceituação ocasionada pelodecreto 3.298/1999, o qual regulamenta a propósito da política nacional para consistência da pessoa portadora de deficiência, a acepção do esclarecimento portador de deficiência como todo carregador de deficiência auditiva, de visual, de mental e múltipla, finaliza-se que este conceito, se beira do desígnio da Constituição Federal de 1988.

Contudo, conforme corroborado à deliberação do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3º região, na qual a jurisprudência majoritária não embaraçou o conceito de deficiente e inaptidão, no acontecimento em tela, abaixo transcrito aceita que seja outorgado o patrocino de prestação continuada ao carregador do vírus HIV, ainda com laudo pericial preenchendo a aptidão para vida autônoma. Corramos a seguir o respectivo entendimento Jurisprudêncial:

> O Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, da 10ª Turma doTRF da 3ª Região, decidiu que o INSS deve pagar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> obenefício de prestação continuada a uma menor que é portadora do vírus HIV desde o nascimento, transmitidopela amamentação. O magistrado explicou que obenefício assistencial requer o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão: de um lado, sob o aspecto subjetivo, a deficiência, e de outro lado, sob o aspecto objetivo, a hipossuficiência. Com relação à incapacidade, o laudo médico pericial atestou que a autora, nascida em 2000, é portadora do vírus HIV desde o nascimento, transmitido pela amamentação por sua genitora, que era portadora da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Concluiu a perícia que o portador do vírus da AIDS não tem oportunidade de trabalho, vive a passar por constrangimentos, estresse, alterações psicológicas, debilidade física e infecções oportunistas, bem como é marginalizado pela sociedade. Também ficou comprovado, segundo o relator, que a parte autora não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. No caso dos autos, a autora é órfã por parte de mãe e está sob os cuidados da família da tia, a quem foi conferida a guarda definitiva. O magistrado conclui que, cumpridos os requisitos legais, a menor faz jus ao benefício de prestação continuada, correspondente a um salário mínimo, nos termos do art. 20 da Lei 8.742, de1993.(Processo 0043403-19.2013.4.03.9999).

Entretanto, ainda exista desacordos, resta aberto que todas as pessoas carregadoras de determinada precisão característica, carece de uma terapêutica específica por parte do Estado, pois exclusivamente assimconseguimos o abrigo previsto aos respectivos deficientes na nossa Carta Magna de 1988.

Para que aconteça o consentimento é conciso igualmente considerar a deficiência e a medida do grau de incapacidade, que será perpetrada por uma respectiva pericia clínica e social com *experts* do Instituto Nacional do Seguro Social com baseamento na autorização da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Organização Mundial da Saúde de número 54.21, analisando o entrave do desempenho de atividade e a restrição da participação igualitária (FERREIRA, 2011, p. 104).

Enfim, vale mencionar que conforme expresso no Decreto de número 6.564/2008, o menor de 16 é desnecessário da constatação de inaptidão para o labor (FERREIRA, 2011, p. 104).

2.12.Da pessoa idosa acima de 65 anos

Inicialmente, a Lei 8.742/1993 e seu texto primordial, conceitua idoso a respectiva pessoa com 70 anos ou mais, entretanto com Estatuto dos Idosos a data foi transformada para 65 anos. É relevante ainda mencionar que este Estatuto pondera a pessoa idosa aquela com a respectiva idade igual ou superior a 60 anos idade.

Dessa maneira, o Estatuto do Idoso acarretou determinados benefícios para pessoas com idade igual ou acima de 60 anos, no caso explicito da legislação infraconstitucional, conforme expresso na Lei de número 8.742/1993, para idosos com idade igual ou acima de 65 anos, o beneficio assistencial outorgado a qualquer pessoa da família não implicará calculado para conclusões de computo de renda familiar.

2.13.Do requisito da miserabilidade

Inicialmente, o legislador na escritura infraconstitucional da Lei de número 8.742/1993 delineou no seu artigo 20º, § 3º que se consideradesprovido, assim sendo, na respectiva qualidade de miserabilidade, o individuo no qual, não possui meios de fornir sua adequada conservação ou ter fornido por sua família. Taxativamente a legislação do Benefício de Prestação Continuada/Lei Orgânica da Assistência Social, estipulou que se encontra nessas qualidades quem cuja a renda mensal per capita, consistisse em menor a ¼ do respectivo salário mínimo.

Logo, doutrinadores controvertem a constitucionalidade desta taxatividade, haja visto que conforme determina a Constituição Federal nos termos do artigo 203º, V, o qual estipula um salário mínimo para conseguir o bem permanecer no ceio social, apreciação partilhada pelo posicionamento jurisprudencial majoritário.

Seguindo o entendimento da autora Ferreira (2011, p. 105), admite a apreciação que a taxatividade e flagrantemente inconstitucional:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Ao fixar em ¼ do salário mínimo o fato discriminante para aferição da necessidade, o legislador elegeu discrimen inconstitucional porque deu aos necessitados conceito diferente de bem – estar social, presumindo que a renda per capitas superior a ¼ do salário mínimo seria necessária e suficiente para a sua manutenção, ou seja, quanto menor têm, menos precisa ter.

Dessa maneira, em pretexto desse entrosamento majoritário da jurisprudência, o Instituto Nacional do Seguro Social ponderou o Recurso extraordinário de numeração 567985, no qual foi reconhecida a repercussão geral, no julgamento abrange-se que se encontra defasado a apreciação apresentada nos termos do artigo 20º, § 3º da respectiva Lei Orgânica da Assistência Social para distinguir-se a conjuntura de miserabilidade, sendo declarada a inconstitucionalidade.

Assim, com essa decisão do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade da apreciação acarretado pelo expresso artigo 20º, § 3º da lei 8.742/1993, concretizou a disposição jurisprudencial em analisar outros elementos de provas e discernimentos particulares para emoldurar na apreciação de miserabilidade.

Desse modo, verifica-se então uma subordinação aos cabeçalhos da República Federativa do Brasil, segundo prescreve os termos do artigo 3º da Constituição Federal do ano de 1988:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir asdesi gualdades sociais e regionais;
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Logo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrita, ratifica o entrosamento da probabilidade de comprovar a miserabilidade com diferentes elementos de evidencias fidedignos, veja-se a seguir:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> Agravo Regimental no recurso especial. LOAS.Benefício de prestação continuada. Assistência Social. Previsão Constitucional. Benefício recebido por marido da autoria no valor de um salário mínimo. Possibilidade de aferição da miserabilidade por outros meios pelo tribunal local.
>
> 1. Este Superior Tribunal pacificou o entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensalprevisto no § 3.ºdo art. 20da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de que o julgador, ao analisar o caso concreto, lance mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.
> 2. No caso concreto, as instâncias ordinárias consideraram a autora hipossuficiente. "A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê- la provida por sua família, pois éapenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo.(Agravo regimental nº 1184459 PR 2010/0040944-5, do recurso especial 1.112.557/MG que teve a relatoria do Ministro OG Fernandes)."

Também na esfera da renda é sucinto explanar que ao conceituar renda per capita, decifra-se que o legislador analisou renda mensal incivil dorespectivo grupo familiar, tipificado nos termos do Decreto de número 6.214/2007. Assim, neste computo foi abandonado os benefícios de prestação continuada outorgado a outro idoso, que improvise parte do grupo familiar, contudo calcula o beneficio previdenciário, já que supre o salário subsídios ou estipêndio. (FERREIRA, 2011, p. 107).

2.14.Do conceito de família para lei 8.742/1993

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Em seu texto primitivo a legislação infraconstitucional 8.742/1993, acarretou à apreciação ampliada a conceituação de família, o qual levava em atendimento os liames afetivos. Com o aparecimento da respectiva lei de número 9.720/1998 o conceito foi restrito e apresentou com base adjacente de pessoas parente consanguíneo, bem como pessoas afins, que convivamtambém no mesmo teto, conforme expresso nos termos do artigo 3º, V do Dec. 6.214/2007 e nos termos do artigo 20º, § 1º da lei 8.742/1993:

> Art 20 § 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge oucompanheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Dessa maneira, ao averiguarmos que presentemente o conceito defamília é diligente, esta adulteração legislativa foi de choque com as normas que prevalecem na presente e respectiva sociedade, entretanto os defensores abrangem que ao expandir tal apreciação, o encargo dos componentes familiares pelo bem estar social do idoso, bem como do deficiente torna-se elementar, apresentando igualmente o Estado um encargo subsidiário.

Enfim, dentro desta conceituação, permanecem determinadas cisões, como no caso de um descendente casado, que por sua vez, volta a residir na casa dos pais, neste acontecimento ainda que o supramencionado morando ainda no mesmo teto, já compõe, por sua vez, outro grupo familiar.

2.15.Do procedimento administrativo

Inicialmente, no tocante ao artifício carecer-se aborrecer que não precisa de antecedentes subsídios, assim sendo, não é lacônico uma carência, basta encontrar-se-á dentro das respectivas condições e requisitos determinados pela legislação, para ser um sujeito ativo.

Assim, nos episódios de estrangeiros, como sujeito ativo necessita ser nacionalizado e domiciliado no Brasil, contudo há entendimentosjurisprudenciais favoráveis ao consentimento aos idoso ou deficiente estrangeiro exclusivamente residente nos pais supra e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

desprovido, justificando pela maneira da universalidade. Tal entendimento foi pacificado Supremo Tribunal Federal, no RE 587970/SP, abaixo transcrito:

> Ao acompanhar o voto do relator, o ministro Alexandre de Moraes observou que o critério adotado pela Constituição para assegurar direitos aos estrangeiros foi o da territorialidade (estar residindo no Brasil), e não de nacionalidade, não havendo qualquer exigência de reciprocidade por parte de outros países aos brasileiros residentes no exterior, como alegou o INSS. O ministro também rejeitou a alegação de que a decisão teria impacto migratório, pois, dentre os estrangeiros oficialmente residentes no país, são poucos aqueles que pedem tal benefício.
>
> Para o ministro Edson Fachin, o desate jurídico da questão não pode reduzir o conceito de pessoa previsto na Constituição. A ministra Rosa Weber concordou que a nacionalidade brasileira não pode ser requisito para a concessão do benefício, e que a interpretação da legislação infraconstitucional precisa ser feita "sempre à luz do norte constitucional".
>
> O ministro Luiz Fux ressaltou que o caput do artigo 5º da Constituição é claro ao dispor que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza entre os brasileiros e os estrangeiros residentes no país. O ministro Ricardo Lewandowski classificou de "retrógrada e ofensiva ao princípio da dignidade da pessoa humana" a tese do INSS, que lhe causou estranheza. A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, afirmou que a decisão dá concretude ao princípio da dignidade humana.

Noutro norte, a hipótese de internação do idoso ou deficiente não abandona o direito ao beneficio de prestação continuada, conforme expresso nos termos do artigo 6º da lei 6.214/2007. Como é uma obrigação do Instituto Nacional do Seguro Social a operacionalização compete aos experts do supramencionado realizarem avaliação médico, bem como

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

social, no caso que advir a negação da concessão, cabe recurso no limite de 30 (trinta) diaspara a respectiva Junta de Recursos do Conselho De Recursos da Previdência Social. (FERREIRA, 2011, p. 109/110).

Assim, a jurisprudência majoritária que o exauri mento das vias administrativas é forçoso para consentimento do Benefício de Prestação Continuada, exclusivamente nesta conjectura poderá então o submisso ativo entrar judicialmente, já o submisso passivo constituiria o Instituto Nacional do Seguro Social, permanece uma posição concretizada na jurisprudência que inexiste litisconsórcio cogente com a União.

Aprova esse adágio o julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 631.240, o qual apresentou repercussão universal adotada, neste julgamento operaram como *amicus curiae* a União, a respectiva Defensória Pública Geral e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

Assim, o termo primordial do benefício será da data do agenciamento administrativo, pois, na ocasião da solicitação já permanecia na qualidade de incapacitado, sendo que a respectiva pericia realizada exclusivamente alcançou uma comprovação, segundo inteligência da Turma Nacional de Uniformização, em sua súmula de número 22/2004.

Logo,
ao ser outorgado poderá ser interrompido o benefício deprestação continua da nos acontecimentos que são sobrepujadas às castas que abonaram ascendência ao favoreço; o óbito do beneficiário ou a óbito presumido, afirmado em juízo; em acontecimentos de falta do beneficiado, de acordo com a justiça afirmada; ausência de apresentação do favorecido na revisão de benefício.

Dessa maneira, tal benefício assistencial, pode ser aglomerado com a pensão especial de caráter indenizatório, bem como, com o estipêndio acontecido de acordo de aprendizagem. Compete também corroborar que o exercício de atividade não recompensada de domicílio ou reabilitação, nãosão movedores para interrupção ou extinção d o benefício (IBRAHIM, 2012, p.20).

A pensão particular de caráter indenizatória é outorgada em acontecimentos extraordinários, como por exemplar, às vitimas do imprevisto nuclear com o Césio 137 em Goiânia, pessoas abrangidas pela hanseníaseque estiveram reprimidas ao isolamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

compulsivo e ao internamento compulsório, bem como, aos familiares das vitimas do contágio de hepatite toxica em Caruaru.

Acrescenta-se igualmente que estabelecerá pendente, ou seja, suprimido provisoriamente, no episódio de exercício de labor remunerado pela pessoa com deficiência, até mesmo na categoria de microempreendedor individual (VIANNA, 2013, p. 40).

Enfim, periodicamente com deslize temporal a cada dois anos, necessita ser revisado sob infortúnio de ser suprimido, conforme expresso na lei 8.742/1993 precisada mente nos termos do artigo 21 § 3º da supramencionada.

2.16.Análise da efetividade do principio da dignidade da pessoa humana à luz da concessão do beneficio de prestação continuada.

Inicialmente é abusado aclarar, que principio constitui formulação de um adjacente de adágios que são dependentes, assim sendo, formulam-se dogmas e apreciações a estarem reverenciados pela sociedade, bem como, pelo Estado. Por isso necessitamos acomodar-se o principio da dignidade da pessoa humana com uma lei, que tem alento.

Adverti-se então, que este princípio fundamental expresso tem colocação basal no ordenamento legal atualizado, pois foi alicerce para constituição de todo texto previsto na Carta Magna de 1988.

Como principio fundamental que administra a República Federativa do Brasil, o principio da dignidade da pessoa humana, antecipado nos termos do artigo 1º, III da CF, contornou-se núcleo axiológico da compreensão do Estado Democrático de Direito e de uma autorização mundial idealmente ajustada pelos direitos baseais (BARROSO, 2014, p. 175).

Afirma então os autores Espíndola e Ruy (2002, p. 80):

> Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a suanatureza de norma, de lei, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras dedireito.

É de nitidez soltar então, a necessidade de uma altivez antecedente de princípios que tem atitude universal, que são competidos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

na avaliação do aceitável, enquanto as normas são leis cogentes que causam o cumprimento de motivada coação.

Admiti-se igualmente a inexistência de casta dentre o principio e asregras, pois, aqueles podem bancar uma multiplicidade de conjunturas, enquanto as regras são práticas, aplicam-se as circunstâncias abordadas. Basta inda elucidar que segundo cita o autor Barroso, Luis, 2014, p. 150 "os princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do interprete".

Conquanto seja acurado que os preceitos legais têm aplicabilidadeforçosa, não tem a mesma efetividade se estas leis não constituírem seguidaspela efetividade dos princípios. Um arquétipo sensível é a lei concernente ao beneficio de prestação continuada, esta necessita ser exercida com objetivo de abonar ao individuo o mínimo de existência, assim sendo, a concretização do estreio da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico atualizado aflui, na opinião de que se aplica a força jurídica aos princípios constitucionais, no caso característico do princípioda dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, neste argumento cabe corroborar que alento jurídica constitui à decorrência jurídica que é resultante da observância daqueles, assim sendo, justapondo os princípios em determinações judiciais fundamentadas.

A valorização dos direitos humanos e a legitimação do principio da dignidade da pessoa humana são alvos baseais para a autonomia do ser humano, que adjudica coincidência a todos os homens, contornando submissode direito e merecedores, anteparando a coisificação do individuo (TAVARES, 2003, p. 48).

Assim, o autor Barroso, Luis, 2014, pag. 178: "A dignidade da pessoa humana relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência".

Logo, o que se refere a dignidade mencionada pelo o Ministro anteriormente mencionado, é a plena, garantida pelo meio de princípios, assimcarece acontecer intacta por desacordos na sociedade. Compete então ao poder público reverenciar e resguardar tal instituto.

Permanece intenso então que os discernimentos existentes na presente sociedade, decorrentes da sexualidade, da cor da pele, da profissão, da classe social e de múltiplos outros fatores, podem ser abrandada ou até abolidas, basta que aconteça uma valorização dos seres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

humanos, da dignidade humana antecipada na Constituição Federal de 1988, exclusivamente dessa configuração podemos arquitetar uma sociedade maisequitativa e social, abonando assim castas mínimas de vida e decência.

Logo, os legisladores ao colocar o principio da dignidade humana como basilar na Republica Federativa do Brasil, abandona fulgente pontos da filosofia Kantiana, esta que acarretou uma nova configuração de apreciar o serhumano, abordando como uma criatura livre, neste argumento para que apresente-se uma sociedade em completa alvedrio, é cogente que todos os direitos constituam reverenciados e que o mínimo para dignidade da pessoa humana constitua concretizado, uma das maneiras acessórias deste desígnio é o beneficio assistencial de prestação continuada, obrigação do Estado quanto mecanismo social.

O autor Tavares (2003, p. 49), apresenta o conceito de dignidade humana:

> A dignidade humana é um valor moral prévio à organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatário de respeito e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exerce autonomia.

Transversalmente deste conceito adverte-se que é cogente sustentar a ajustamento humano e valorização da vida, reverenciando seus alvedrios,competindo ao Estado como estrutura igualitária, instituir políticas públicas para chegar nesta finalidade. Neste argumento o Beneficio de Prestação Continuada, é uma ferramenta de política pública em que o estado opera para que a dignidade da pessoa humana constitua concretizada.

Segundo decisão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4º região, emapelação cível, pode-se notar que ao atalhar a circunstância de imponderaçãosocial, assim sendo, a incoerência de permanência, aconteceu tacitamente o uso do principio da dignidade da pessoa humana, pois ao abonar o ínfimo cogente para supervivência, concretizou a dignidade da pessoa humana. Abrange-se então que os subordinados ativos do beneficio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

de prestação continuada, são pessoas, deste modo têm direito a ferramentas que afiancem a dignidade da pessoa humana, percorra-se:

> Previdenciário. Benefício Assistencial ao Idoso. Requisito Etário e Risco Social Comprovados. Concessão. Tutela Específica. 1. Comprovado o requisito etário e a situação de risco social, é devida a concessão do benefício assistencial a contar da data dorequerimento administrativo. 2. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença stricto sensu previstas no art. 461 do CPC , sem a necessidade de um processo executivo autônomo (sine intervallo). TRF – 4.

Logo, é ferramenta, o direito de todo cidadão comprovar por todos os meios aceitados no direito, suas argumentações. Ao abordarmos de assistência social o direito de comprovar os pré-requisitos para o consentimento do beneficio de prestação continuada é cogente para efetividade do abro da dignidade da pessoa humana. Como por exemplar, as aprovações de diferentes evidências, para corroborar a miserabilidade.

É então, pelo meio da colocação interpretativa dos princípios, que se pode examinar o aproveitamento no acontecimento real do principio da dignidade da pessoa humana, na permissão do benefício de prestaçãocontinuado, porquanto é neste período que acontece a efetividade do direito basilar dignidade da pessoa humana, aprovisionando o ínfimo imperativo para sua permanência.

Constata-se, enfim que, então, que a dependência ao principio da dignidade da pessoa humana se perpetra cogente, no ordenamento legal contemporâneo. Para que isso aconteça uma das condições é que o consentimento do Benefício de Prestação Continuada advenha de configuração justa e eficaz, resguardando assim os cidadãos em situação de vulnerabilidade social que preencham os requisitos legais para tanto.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O benefício de prestação continuada se faz elemento da assistência social, como confirmado na presente pesquisa a baila, tem um papel essencial para proporcionar o mínimo para permanência aos seus beneficiados, correspondendo a de tal modo, a dignidade da pessoa humana, como base da Constituição Federal de 1988.

Prontamente, a expressão apresentada na Lei número 8.742/93 acarretou ampla melhora no que diz deferência à assistência social, arranjando-se a assistir aos hipossuficientes que carecem de resguardo estatal para constituir uma vida digna.

Nesta pesquisa, se ponderou a assistência social pelo meio de uma breve evolução histórica ocorrida no Brasil, como igualmente também foi observado o tripé formador da Previdência Social culminando na apreciação da Assistência Social e os benefícios outorgados aos hipossuficientes, observando-se os preceitos legais, doutrinários e jurisprudências necessários para tanto.

A concessão do amparo ao deficiente e do amparo ao idoso tem como fundamental condição a renda, de concordata com os termos do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, carecendo ser a renda mensal da família não podendo exceder ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Logo, com o julgamento do Clamor 4.374/PE, na qual o Supremo Tribunal Federal se articulou pela inconstitucionalidade do alegado artigo, teve o aparecimento de múltiplos discernimentos para a avaliação de aferição da renda mínima tendo em vista que, na decisão supramencionada não restou determinado parâmetros norteadores do consentimento do amparo assistencial, apesar disso percebeu-se que o benefício assistencial de um salário mínimo tem modo de preceito legal subjetivo.

Enfim, aqui, elegeu-se pela filiação ao entrosamento do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, a explanação simplesmente literal de um preceito legal, muitas vezes, não se amostra como configuração mais acomodada de aproveitamento da regra, carece-se sempre buscar o desígnio dos legisladores e, especialmente, advertir os princípios que são norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Percebendo que, para a avaliação do *quantum* da renda *per capita* por família, careçam ser excluídos os puídos impreteríveis do impetrante para que o benefício compita o seu desempenho social coerentemente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro.** 3ºEdiçã o. Belo Horizonte. Editora Forum, 2014.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 22 de setembro de 2018a.

Constituição Federal (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Presidência da República. Disponível em:www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../Constituicao91.htm >. Acesso em: 30 de setembro de 2018b.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília DF, 14 ago. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm > Acesso em: 21 de setembro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Diário Oficial da União,** Poder Executivo, Brasília DF, 28 setembro 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>.
Acesso em: 20 de setembro de 2018.

BRASIL, Juizados Especiais Federais. **Pedido de uniformização de interpretação de lei federal** 00006742820114014300. Relator: Juiz Federal João Batista Lazzari. Brasília, 23 de Janeiro de 2015. Disponível em:

<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162913954/pedido-de-uniformizacao-de- interpretacao-de-lei-federal-pedilef-6742820114014300 >. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

BRASÍLIA. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Regimental nº 1184459 PR 2010/0040944-5 no Recurso Especial 1112557/MG.Relator:Ministro OG Fernandes. Brasília, 02 de agosto de 2010. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136143/agravo-regimental-no-recurso- especial-agrg-no-resp-1184459-pr-2010-0040944-504> Acesso em 22 de setembro de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 631.240 MG**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 09 de setembro de 2014. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938> Acesso em 22 de setembro de 2018.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567985 MT**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em

< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em 18 de setembro de 2018.

ESPÍNDOLA, Ruy Samu. **Conceito de Princípios Constitucionais.** 2º Edição. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

Lei nº 8.212. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil.../Leis/L8212cons.htm >.Acesso em: 29 de setembro de 2018.

Lei nº 8.742. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 26 de setembro de 2018.

Lei nº 12.435. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm#art1>. Acesso em: 23 de setembro de 2018.

Súmula nº. 29, Turma Nacional de Unificação dos Juizados Especiais. Disponível em:< https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=29>.Acesso em: 28 de setembro de 2018.

Turma Nacional de Unificação dos Juizados Especiais Federais. Relatório. Disponível em:

. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

Previdência. Ministério da previdência social**.** Disponível em:

<http://www.previdencia.gov.br/conteudodinamico.php?id=24>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

Superior Tribunal Federal., Previdenciário. Lex: Jurisprudência unificada dos tribunais superiores e dos Tribunais Regionais Federais. Disponível em:<http://www.jf.jus.br/juris/>.acesso em: 29 de setembro de 2018.

Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

Justiça Federal. Súmulas. Disponível em:

. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

Lei nº 8.213. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Senado, 1991. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1991/8213.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

Lei nº 10.741. Dispõe sobre o estatuto do Idoso e dá outras providencias. Brasília:Presidência da República, 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

FERREIRA, Marisa dos Santos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 2 Edição. São Pulo. Editora Saraiva, 2011.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário.** 8 Edição. São Paulo. Editora Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário.** 17 º Edição. Rio de Janeiro. Editora Impetrus, 2012.

ÍBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JÚNIOR, Jair Soares. **O conceito de família para fins de benefícios assistenciais.** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19037/o-conceito-de-familia-para-fins-de- beneficios-assistenciais#ixzz3l3tK7uvw>, Acesso em 18de setembro de 2018.

MARTINS, Sergio Pinto**. Instituições de Direito Público e Privado.** 13ºEdição. São Paulo. Editora Atlas, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Portal STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao>, Acesso 16 de setembro de 2018.

Portal do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em 12 de setembro de 2018.

PEREIRA, Maíra de Carvalho. Considerações acerca do requisito da renda familiar per capita para concessão do benefício assistencial previsto no art. 20 da lei 8.742/97. Revista da Defensoria Pública da União. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/escola_superior/arquivos/PDF/revista_03.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal 4º Região. **Apelação Cível no processo 50322006112014049999 5032006-11.2014.404.9999.**Relator: Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira. Rio Grande do Sul, 04 de março de 2015. Disponível em <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172147306/apelacao-civel- ac-50320061120144049999-5032006-1120144049999 >. Acesso em 20 de setembro de 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Gustavo Rosa. **A pendência do julgamento do RE 587.970/SP no STF eas incertezas sobre o benefício de prestação continuada para estrangeiros**. Disponível<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-pendencia-do- julgamento-do-re-587970sp-no-stf-e-as-incertezas-sobre-o-beneficio-de-prestacao- continuada-para,50954.html> Acesso em 23 de setembro de 2018.

SANCTIS JUNIOR, Rubens José Kirk**. A polêmica envolvendo o conceito de miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial (LOAS).** Disponível em <http:ambitojuridico.com.br/index.php?n_link=revistas_artigos_lei>, Acesso em 26 de setembro de 2018.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3º Região. **Apelação Cível no processo 0043403-**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

19.2013.4.03.9999SP Apelante: Instituto Nacional doSeguro Social – INSS. Apelada: Maria Helena Leticia Teixeira, Representante Lucineia Batista Da Silva. Relator: Desembargador Federal Baptista Ferreira. São Paulo, 22 de abril de 2014. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/69840936/trf-3-judicial-i-06-05-2014-pg-6094>, Acesso em 29 de setembro de 2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo**.** **Previdência e assistência social.** 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

VIANA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário.** 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Previdência Social.** 2 Edição. São Paulo. Editora LTR, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO NO ATO ADMINISTRATIVO

CAROLINA CALHAU DE CASTRO E ANDRADE: Advogada graduada na Puc Minas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo fazer uma breve exposição sobre o ato administrativo, explorando a necessidade de a Administração pública motivar os seus atos administrativos tomados, perpassando sobre seus elementos, bem como sobre a diferenciação entre ato administrativo vinculado e discricionário. Traz-se, ainda, discussões sobre o mérito administrativo e sobre a importante diferença entre o motivo e a motivação do ato para a atuação da Administração.

Palavras-Chave: Ato Administrativo. Elementos. Classificação. Motivo e Motivação.

Sumário: *Introdução. 1 Elementos do Ato Administrativo. 1.1 Ato Administrativo Vinculado x Ato Administrativo Discricionário. 2. Mérito Administrativo 2.1. Motivo e Motivação. Considerações Finais. Referências*

Introdução:

Os atos administrativos são manifestações unilaterais da Administração púbica que têm a finalidade de produzir efeitos jurídicos determinados, em respeito ao interesse público e sob o regime predominante do direito público, conforme defende Rafael Oliveira (2016). Seguem eles comandos legais, gerando efeitos constitutivos em uma situação em concreto, sendo individualizado ou individualizável.

Sendo manifestação unilateral da própria Administração, é de suma importância que todos os atos administrativos sejam motivados, com a indicação expressa do que ensejou a prática daquele ato, evitando, assim, que arbitrariedades por parte do Administrador Público sejam cometidas.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

É sob essa perspectiva que pretende-se analisar o ato administrativo nesse artigo, tendo a motivação como garantia fundamental do indivíduo frente ao Estado.

Importante destacar que este artigo não pretende esgotar a amplitude do tema, tenta apenas fazer uma breve análise do instituto diante de sua importância na atuação da Administração Pública.

1. Elementos do Ato Administrativo

Cinco são os elementos necessários à sua formação, constituindo a estrutura do ato administrativo, conforme demonstra Carvalho Filho (2015). São eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A "competência" é o poder legal conferido ao agente público para que ele pratique o ato administrativo. É a "atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo" (JUSTEN FILHO, p. 401, 2014).

Rafael Oliveira (2016) acrescenta que:

> A competência é a prerrogativa atribuída pelo ordenamento jurídico às entidades administrativas e aos órgãos públicos, habilitando os respectivos integrantes (agentes públicos) para o exercício da função pública. (OLIVEIRA, p. 286, 2016)

A "finalidade", por sua vez, é o objetivo de interesse público a se alcançar. É a consequência por ele visada, como entende Marçal (2014).

A "forma" significar dizer que a Administração Pública tem que respeitar uma forma legal para que se expresse validamente. Como exposto por Carvalho Filho (2015), a forma do ato deve ser compatível com o que disposto em Lei ou ato equivalente com força jurídica.

O "motivo" é a causa do ato administrativo, como defende Marçal (2014). Para Luciano Dias (2010), é o pressuposto de fato ou de direito que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

autoriza a prática de determinado ato, devendo haver correspondência entre a sua materialidade e o motivo existente.

E o "objeto" "é o conteúdo do ato" (MELO, João; MELO, Jucianne, p. 188, 2007), é "a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar" (CARVALHO FILHO, p. 110, 2015).

1.1 Ato Administrativo Vinculado x Ato Administrativo discricionário

Os atos administrativos se classificam, em suma, além de outras classificações existentes na doutrina, em ato vinculado e ato discricionário, e se diferenciam, de forma simplificada, pela liberdade do administrador, conforme Luciano Dias (2010).

Os atos vinculados são aqueles que a administração pública não possui liberdade de decisão, pois está vinculada a um comando legal que já determinou um único comportamento possível a ser adotado naquele caso em específico, como entende Rafael Oliveira (2016), que ainda acrescenta que:

> o legislador pode descrever, na própria norma jurídica, todos os elementos do ato administrativo que deverão ser observados pelo agente, sem qualquer margem de liberdade. Nesse caso, a atuação é vinculada (OLIVEIRA, p. 297, 2016).

Nesses casos, não é dado ao agente público apreciar a conduta a ser praticada, porque é obrigado a aplicar rigorosamente o comando Legal. Não há qualquer tipo de subjetivismo, somente a adequação da Lei ao ato tomado. Todos os elementos do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) encontram-se rigorosamente no texto legal, não deixando margem ao agente público para qualquer apreciação subjetiva, como explica Luciano Dias (2010).

Os atos discricionários, no entanto, são aqueles que a administração pública pode praticar com certa liberdade decisória, tudo nos termos e limites legais, escolhendo qual seu conteúdo, sua oportunidade e sua

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

conveniência administrativa, segundo esse mesmo autor. Pode o agente proceder com uma avaliação de conduta, trazendo certo grau de subjetivismo.

Nestes atos é possível ao agente público valorar dois dos elementos constitutivos do ato administrativo, o motivo e o objeto, de forma a apreciar a conveniência e a oportunidade da conduta, como esclarece Carvalho Filho (2015).

2. Mérito Administrativo

No âmbito dos atos administrativos discricionários está presente o que é comumente chamado pela doutrina e jurisprudência de "mérito administrativo", segundo Rafael Oliveira (2016).

Chama-se de mérito administrativo o poder conferido pela Lei ao administrador público para que ele decida quanto à oportunidade e conveniência de determinado ato discricionário, escolhendo seu conteúdo, dentro dos limites legais estabelecidos, segundo Carvalho Filho (2015).

Nesse sentido, quando num ato discricionário, cabe ao administrador avaliar os motivos e o objeto do ato com base em sua conveniência e oportunidade, para que proceda com as tomadas de decisões no âmbito da Administração Pública.

Muito se discutiu quando à possibilidade de o judiciário adentrar na discussão quanto ao mérito administrativo do ato, prevalecendo na doutrina tradicional o entendimento de que não compete ao judiciário questionar ou fazer manifestações sobre a conveniência e oportunidade do ato praticado pelo administrador público, segundo Cristiano de Oliveira (2013).

No entanto, como bem relatado pelo autor, a concepção de que o controle judicial do mérito do ato administrativo deve ser feita única e exclusivamente sob o critério da legalidade tem sido desconstruída após a CF de 1988, não devendo prevalecer na ótica do Estado Democrático de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Germana Moraes (2004), inclusive, defende a necessidade de examinar-se a:

> Compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como por exemplo, com o princípio da proporcionalidade.
>
> (MORAES, 2004, p. 45).

Assim, para Cristiano de Oliveira, "todo ato administrativo causador de lesão a direito é suscetível de controle jurisdicional" (OLIVEIRA, 2014, p. 106), até mesmo os que resultam "da aplicação de normas que contêm conceitos indeterminados e resultante do exercício das faculdades discricionárias, sem que se adentre no terreno do mérito do ato" (OLIVEIRA, 2014, p. 106).

Saulo Pena expõe esse mesmo entendimento quando diz que "o mérito do ato administrativo não está imune ao controle judicial quando houve afronta direta a disposição constitucional ou a princípios nela contidos" (PENNA, 2011, p. 186).

A CF/1988, em seu art. 5º, XXXV, da mesma forma, viabiliza tal situação quando determina que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988).

Tal posicionamento decorre, segundo FREITAS (2009), do princípio do devido processo legal prevalecente no Estado Democrático de Direito, uma vez que tal princípio, ao ser aplicado no âmbito do Direito Administrativo, traz como inerente a noção de que:

> ninguém poderá ser afetado em seus interesses legítimos sem que, antes, devam ser ponderadas as suas razões, isto é, com o pleno e medular exercício da racionalidade do tipo dialógico.
>
> (FREITAS, 2009, p. 104-105).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

O próprio STJ, quando do julgamento do REsp.1001.673, que teve como relator o ministro Arnaldo Esteves Lima, defendeu o entendimento acima, adotando precedente no sentido de que:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.
>
> (...)
>
> **4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.**
>
> 5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional.
>
> 6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada 109 não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112⁄90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.
>
> 7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato. Precedente. MS 12.988⁄DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12⁄2⁄08.
>
> 8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7⁄STJ). 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.
>
> (BRASIL, 2008, grifos meus)

Assim, num Estado Democrático de Direito baseado essencialmente no princípio do devido processo legal, todo ato administrativo que cause ou que possa potencialmente vir a causar lesão ou ameaça a direito é suscetível de controle judicial, inclusive aqueles suscetíveis à discricionariedade do administrador, em virtude da necessidade de sua compatibilização aos princípios constitucionais, limitando o livre arbítrio do administrador em suas tomadas de decisões.

O que ocorre, na verdade, é que com o devido processo, o ato administrativo acaba não sendo somente um modo de proceder da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Administração Pública, mas sim o resultado de uma atuação a partir de garantias constitucionais processuais, inerentes à conduta do administrador público.

Esse princípio constitucional garante a vedação ao livre arbítrio do administrador como uma garantia constitucional, no sentido de evitar arbitrariedades por parte da Administração Pública para com o cidadão.

2.2 Motivo e Motivação

Apesar da discricionariedade existente, cabendo ao administrador decidir quanto aos elementos motivo e objeto do ato, não podemos confundir o motivo apresentado com a sua motivação, conforme expõe Marçal Justen Filho (2014).

A motivação faz parte do elemento "forma" do ato, e não do "motivo", como explica esse mesmo autor. Se o ato administrativo tomado pelo administrador deve ser acompanhado de um motivo para ser considerado válido e a motivação não é feita, por exemplo, o ato acaba sendo nulo por vício de forma, não por vício de motivo, como ainda explica João Melo e Jucianne Melo (2007).

Sendo a motivação parte essencial do elemento "forma", como destacado, não há que se discutir quanto à oportunidade ou conveniência do ato administrativo, seja ele discricionário ou vinculado, para que se motive o ato tomado. A "forma" é componente indispensável do ato, não podendo, portanto, deixar de apresentar o administrador público a motivação de suas decisões, sob pena de vício de forma.

A motivação é a declaração expressa do que ensejou a prática do ato. É a demonstração de que determinado fato realmente aconteceu e que esse fato se enquadra em uma norma jurídica que autoriza a prática do ato administrativo. Como expõe Marçal (2014):

> "A motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> conduziram a agir em determinado sentido" (JUSTEN FILHO, p. 405, 2014).

Alexandre Mazza, quando trata do princípio da motivação da Administração Pública, esclarece que o aludido princípio "impõe à Administração Pública o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato" (MAZZA, 2012, p. 629). O autor esclarece, ainda, que a motivação "é a justificativa escrita sobre as razões fáticas e jurídicas que determinaram a prática do ato" (MAZZA, 2012, p. 633).

Oswaldo de Mello (1976), inclusive, expõe que nos atos dotados de subjetivismo, mais necessária se faz a motivação para que, em nome da transparência, seja possível delimitar a congruência entre a justificativa do ato e a realidade fática na qual se inspirou a vontade administrativa.

Na verdade, o princípio da motivação se dá principalmente em nome do devido processo legal, tendo em vista que a exteriorização dos motivos ensejadores do ato administrativo possibilita o direito de defesa por parte do cidadão, além garantir o direito constitucional à informação garantido no art. 5º da CF. Tanto é que mesmo nos casos em que se veja respeitado a forma do ato, sendo apresentado a sua devida motivação, se não for oportunizado ao indivíduo seu direito de defesa, bem como seu acesso à informação, o ato acabará sendo invalidado, diante da garantia do devido processo legal.

Logo, independente da classificação dada ao ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, certo é que a exposição da motivação que ensejou aquele determinado ato por parte do administrador é indispensável, haja vista que integra o elemento "forma" do ato administrativo, que não é facultado ao gestor decidir quanto à sua conveniência.

Na Constituição Federal não consta expressamente como princípio norteador da atuação da Administração Pública a motivação, "é mais uma consequência lógica e necessária dos princípios da legalidade, moralidade e, especialmente, da publicidade" (MELO, João; MELO, Jucianne, p. 191, 2007). Como acrescenta Rafael Oliveira (2016),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> "A obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional que deriva dos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório" (OLIVEIRA, p. 294, 2016)

A Carta Magna, porém, faz menção ao aludido princípio quando determina, em seu art. 93, incisos IX e X, que:

> Art. 93**.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> **IX** - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;
>
> **X** - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;
>
> (BRASIL, 1988)

De todo modo, como também já explicitado, o art. 50 da Lei 9.784 de 1999 esclarece a necessidade de motivação dos atos administrativos quando determina que:

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
>
> I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
>
> II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

(BRASIL, 1999)

Vale ressaltar que o artigo supra deixa clara a diferenciação entre o motivo e a motivação do ato administrativo, já que afirma que deve haver a motivação, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, ou seja, o que desencadeou aquela tomada de decisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Assim, em resumo, a motivação é parte essencial do ato administrativo, devendo o administrador sempre apresentá-la, independente da classificação do ato, se vinculado ou discricionário. Numa perspectiva de processualização do direito administrativo, em que o devido processo legal concede garantias constitucionais ao indivíduo, não há que se considerar que a motivação seja uma faculdade da autoridade pública.

É a exteriorização da motivação que proporciona a fiscalidade do ato administrativo, de forma a vedar comandos arbitrários por parte do gestor público, que se vê obrigado a seguir preceitos legais e a dar publicidade ao que ensejou a tomada do ato administrativo.

É importante fazer essa explanação nesse tópico em específico. O fato de tornar o ato administrativo público permite que se tenha conhecimento da atuação do gestor público de forma transparente, visto que exterioriza a motivação que ensejou aquela tomada de decisão. Tornando pública a devida motivação, permite-se que se tenha um controle efetivo da validade de seu ato, limitando sua atuação no sentido de inibir práticas arbitrárias em suas condutas, que são publicizadas.

Portanto, é pela publicidade dos atos da Administração que se permite uma atuação transparente do agente público, de modo que todo ato tomado seja conhecido e, dessa forma, controlado, oportunizando a fiscalidade do ato.

Considerações Finais

Conforme analisado, a motivação é de extrema importância para o ato administrativo, haja vista que integra o elemento "forma" do ato, que, por se vinculado, não é facultado ao gestor decidir quanto à sua conveniência.

O princípio da motivação se dá principalmente em nome do devido processo legal, tendo em vista que a exteriorização dos motivos ensejadores do ato administrativo possibilita o direito de defesa por parte do cidadão, além garantir o direito constitucional à informação garantido no art. 5º da CF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Trata-se, portanto, de uma garantia fundamental do indivíduo frente às arbitrariedades que possam ser levadas a cabo pelo Estado, sendo dever do administrador a motivação de seus atos, com a declaração expressa do que os ensejou.

Referências

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

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União.** Brasília, 01 fev. 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial 1001.673/DF. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico.** Brasília, 26 Jun, 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3985546&num_registro=200702545680&data=20080623&tipo=5&formato=PDF; Acesso em 01 maio, 2018;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** - 28. ed.– São Paulo : Atlas, 2015;

DIAS, Luciano De Sousa. **Os atos administrativos inválidos em face dos princípios constitucionais aplicáveis á Administração Pública.** Brasília, 2010. 120f. –Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/202/Monografia_Luciano%20de%20Sousa%20Dias.pdf?sequence=1> Acesso em 08 Abr, 2018;

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012;

MELO, João Paulo dos Santos; MELO, Jucianne Adelly Cunha Lima. Motivação Do Ato Administrativo De Dispensa Do Empregado Público. **Revista Direito e Liberdade,** Mossoró, v. 7, n. 3, p. 179 – 200, 2007. Disponível em: . Acesso em: 04 abr, 2018;

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**.

Dialética: Rio Grande do Sul, 2004.

OLIVEIRA, Cristiano de. Devido Processo e Controle de Juridicidade do Mérito do Ato Administrativo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n. 7, p. 98 a 113, ago. 2014. ISSN 2176-977X. Disponível em: . Acesso em: 01 Mai, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2011

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO ART. 223-G, §1º, INCISOS I A IV, DA CLT

THIAGO GUEDES ALEXANDRE: Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Tecnólogo em Comércio Exterior pelo Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN). Especialista em Direito do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Ex-Procurador do Estado do Acre e Ex-Procurador do Estado do Paraná. Advogado da União.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Resumo: O artigo apresenta um breve histórico do surgimento da Análise Económica do Direito (AED), passando pela exposição de conceitos, objetivos e pilares da análise econômica aplicada às relações jurídicas. Expõe algumas questões da análise comportamental estratégica (Teoria dos Jogos), enquanto mecanismo a ser utilizado pelos operadores do direito, e pontos específicos da AED relativos à decisão de litigar, custos sociais do litígio e da precisão do julgamento. Em seguida, o texto promove uma análise econômica do artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT e sustenta que as alegações contidas na ADI n.º 5.870 não passam pelo filtro dessa análise. Por fim, a AED se revela um importante instrumento interdisciplinar para o estudo das normas jurídicas e o Supremo Tribunal Federal deverá se valer desse mecanismo ao apreciar a constitucionalidade do artigo em questão.

Palavras-chaves: Análise Econômica do Direito. Artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT.

Abstract: The article presents a brief historic of the emergence of the Economic Analysis of Law (EAL), through the exposition of concepts, objectives and pillars of economic analysis applied to legal relationships. It exposes some issues of strategic behavior analysis (Game Theory) as a mechanism to be used by legal practitioners, and specific points of the EAL relating to the decision to litigate, social costs of litigation and the accuracy of the judgment. The text then promotes an economic analysis of CLT, article 223-G, paragraph 1, I to IV, and affirms that the claims of the ADI No. 5.870

do not pass through this analysis. Finally, the EAL proves to be an important interdisciplinary instrument for the study of legal norms and the Federal Supreme Court must use this mechanism when assessing the constitutionality of the article in question.

Keywords: Economic Analysis of Law. CLT, article 223-G, paragraph 1, I to IV.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos introdutórios à Análise Econômica do Direito (AED); 2.1. Historicidade da AED; 2.2. Conceitos e objetivos da AED; 2.3. Os pilares da AED; 2.4. Comportamento estratégico (teoria dos jogos) nas relações entre pessoas; 2.5. Pontos específicos da AED; 3. Uma análise econômica do artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT; 4. Considerações Finais.

---

1. Introdução

O presente artigo se inicia com um estudo introdutório à Análise Econômica do Direito (AED) com esteio na bibliografia estrangeira e brasileira, esta última ainda nos seus primeiros passos. Apresenta-se, no primeiro tópico, a relação entre Direito e Economia (*Law and Economics*) e os conceitos fundamentais e objetivos da AED, expondo os principais pilares para sua análise, conforme doutrina, como as questões da escassez, da racionalidade (escolha racional) e da incerteza, passando ainda por aspectos da análise comportamental e da teoria dos jogos. Serão ainda estudados pontos específicos da AED, mais especificamente de natureza processual, especialmente no que concerne aos custos sociais do processo, a precisão das decisões judiciais e sua influência no comportamento das partes, tanto judicial como extrajudicialmente.

Assentadas algumas das balizas da Análise Econômica do Direito, sua historicidade e fundamentos para uma análise econômica, entra-se na parte focal do nosso artigo, qual seja, a análise econômica do recente artigo 223-G, §1º, I a IV, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943), com redação que lhe foi dada pela Lei Federal n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como a Reforma Trabalhista, e posteriormente modificada pela Medida Provisória

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

(MP) n.º 808, de 14 de novembro de 2017, sem vigência atual, havendo o dispositivo em questão retornado a sua redação originária.

A análise econômica proposta neste trabalho tem relevância porque o mencionado dispositivo teve sua constitucionalidade contestada pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.870, tendo como relator designado o Ministro Gilmar Mendes.

Comum aos estudos da *Law and Economics* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação das normas jurídicas com o objetivo de torná-las mais eficientes, influenciando no comportamento social ou processual, proporcionando maior segurança e isonomia jurídica, o que tende a evitar litígios e estimular acordos.

Sob a óptica da análise econômica do Direito, passa-se ao estudo do artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT e das principais proposições firmadas pela ANAMATRA em sua ação direta, destacando-se os importantes efeitos jurídicos e econômicos dessa norma nas relações do trabalho.

2. Aspectos introdutórios à Análise Econômica do Direito (AED)

2.1. Historicidade da AED

A origem da relação entre Direito e Economia é antiga, remontando ao século XVIII. Adam Smith, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, foram os primeiros a contribuir com o diálogo interdisciplinar e demonstrar a sua importância para soluções de fatos sociais.[1]

Shavell (2004) aponta que após os estudos Benteham (1789) a abordagem econômica do Direito ficou adormecida até a década de 1960, ressurgindo com os trabalhos pioneiros de Coase (1960), Becker (1968), Calabresi (1970) e Posner (1972).[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O ponto de partida da retomada da análise econômica é o artigo de Ronald Coase sobre o custo social, publicado em 1960, que lhe valeu o Nobel de Economia em 1991, demonstrando como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social.

Gary Becker escreveu o artigo intitulado "Crime and Punishment: an aconomic approach" no Journal of Political Economy em 1968, por meio do qual fez uso de certos modelos econômicos para explicar as variáveis consideradas previamente à decisão de praticar condutas penalmente ilícitas, decisão essa tomada por indivíduos racionais. A ideia central do modelo reside na ponderação realizada por esses mesmos indivíduos entre custos da prática delituosa e os benefícios esperados (expectativas de lucro). Tal modelo, inclusive, justificou a adoção de determinadas políticas públicas de segurança, bem como de ações preventivas.

Guido Calabresi, jurista da Universidade de Yale, publica diversos artigos nesse período sobre a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Calabresi publica seu estudo intitulado The cost of acidentes (O custo dos acidentes) em 1970, extremamente utilizado por autores como Shavell e Posner, por meio do qual inseriu explicitamente a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões.

A real percepção do surgimento desse tema ocorre em 1972 com a publicação da obra Economic analysis of law (Análise econômica do direito) do jurista americano Richard Posner, que vai inspirar o movimento *Law & Economics* ao longo dos anos seguintes.

O movimento da análise econômica do direito se espalha rapidamente nas faculdades norte-americanas, e, nos anos seguintes, são publicadas coleções de textos de análise econômica do direito especificamente elaborados para o ensino da Ciência do Direito. Como uma corrente de pensamento de primeira importância, e até como principal fonte de renovação da teoria do direito, a maior parte das faculdades de direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

passa oferecer cursos usando a análise econômica do direito, como, por exemplo, sobre bens (*property*), obrigações (*contracts*) e responsabilidade (*torts*).[3]

É importante frisar, todavia, que a análise econômica do direito não se trata de uma corrente de pensamento uniforme, tendo sido estudada por diversas Escolas (são exemplos: a de Chicago, de Yale, a da Nova Economia Institucional, a da Escolha Pública, entre outras)[4], cada uma enfocando um ponto de vista diferente, mas todas elas designando, em sua essência, a mesma teoria.[5]

Apenas para exemplificar uma distinção, talvez, a mais conhecida, pode-se citar a visão positivista da Escola de Chicago, descritiva dos fenômenos em relação à Escola de Yale, conhecida como normativista ou prescritiva, está em seu escopo, consistente em propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais. Às duas correntes se incorporam para formar a Escola da *Public Choice* (ou da Escolha Pública, cujo foco está voltado para Ciência Política), a que segue a denominada Escola da Economia Institucional, e, mais recentemente, a da Nova Economia Institucional, na qual se destacam Douglas North e Steven Medema.[6]

2.2. Conceitos e objetivos da AED

Cabanellas (2006, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014) conceitua a Ana?lise Econo?mica do Direito consoante a sua pro?pria denominac?a?o: "e? a aplicac?a?o dos instrumentos anali?ticos da cie?ncia econo?mica aos feno?menos juri?dicos".[7]

Para Mackaay (2000, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014), a Ana?lise Econo?mica do Direito define-se como a aplicac?a?o da Teoria Econo?mica e dos me?todos da Econometria para examinar a formac?a?o, a estrutura, os processos e os impactos do Direito e das suas instituic?o?es. Explica, ainda, que na Ana?lise Econo?mica do Direito, as instituic?o?es legais na?o sa?o tratadas fora do sistema econo?mico, mas sim como pertencentes a?s escolhas a serem explicadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Por fim, enfatiza que o movimento do *Law and Economics* tem como pretensão aplicar a abordagem econômica na?o apenas para as áreas da regulação econômica que sa?o diretamente associadas a? Economia, mas sim para todas as áreas do Direito.

Valorosa a lição de Pinheiro e Saddi (2005, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014) para os quais o movimento de Direito & Economia e? definido como uma corrente acadêmica de juristas e economistas que tem como escopo examinar o fenômeno jurídico a partir de uma ótica comum e seus enunciados visualizam o Direito como um sistema que insere incentivos e responsabilidades no mundo econômico, devendo, então, ser analisado sob o enfoque de critérios econômicos, como o da eficiência. Entendem, ainda, que a teoria de Direito & Economia aplica algumas premissas econômicas para verificar como as leis podem interferir no comportamento dos agentes econômicos e nas relações sociais, e que ela utiliza o ferramental econômico não somente para estudar o impacto do Direito sobre a Economia, mas também para avaliar a qualidade dos instrumentos legais existentes.

Pinheiro e Saddi (2005, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014) esclarecem ainda que a Ana?lise Econômica do Direito e? estudada sob dois enfoques diferentes: análise positiva e análise normativa. A positiva consiste numa verificação prévia acerca dos efeitos das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos. A normativa, por sua vez, vai além, e estabelece recomendações de políticas e de regras legais com base nas suas consequências econômicas. Assim, essa corrente estabelece como princi?pio o uso do termo "eficiência" que possui duas conotações: a eficiência de Pareto, segundo a qual a posição de 'A' melhora sem prejuízo da de 'B', e a eficiência de Kaldor-Hicks, em que o produto da vitória de 'A' excede os prejuízos da derrota de 'B'.

Cooter e Ulen (1998, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014), ao analisar o conceito da Ana?lise Econo?mica do Direito, explicam que a Economia ofereceu uma teoria para prognosticar os efeitos das leis e das sanc?o?es legais sobre o comportamento dos indivi?duos. Esclarecem que para os economistas, as sanc?o?es sa?o como prec?os e, em tese, os indivi?duos respondem a tais sanc?o?es de maneira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

similar a? forma como respondem aos prec?os, ou seja, perante sanc?o?es legais mais severas, os indivíduos respondem realizando menos a atividade sancionada. Em outras palavras, a economia oferece uma teoria para predizer como os indivíduos responderão perante as mudanças das leis. Desse modo, essa teoria permite que se avaliem o Direito e as políticas públicas, para que se possa verificar se estão cumprindo seu importante papel de alcançar metas sociais.

Por sua vez, Shavell (2004) parte do seguinte questionamento para diferenciar e destacar a importância da AED frente a outras análises jurídicas: "O que distingue a Análise Econômica do Direito de outras análises da lei?" Segundo o autor, é possível apontar três características da AED que a justificam diante de outros métodos tradicionais:

> First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis gives much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of the social good unclear or substantially implicit.

2.3. Os pilares da AED

Consubstanciado nos conceitos e objetivos da Análise Econômica do Direito acima apresentados, passo a expor, de forma superficial, os três pilares da análise: a escassez, a escolha racional e a incerteza, o que é bem explicado por Mackaay e Roussou (2015, tradução de Rachel Sztajn). Os autores acrescentam um quarto postulado de individualismo metodológico[8] – a análise deve partir do indivíduo; todo fenômeno social deve ser explicado a partir dos comportamentos individuais. Em seguida, será estudado a escolha racional no contexto da interação com os demais indivíduos, os quais tomam suas decisões de natureza estratégica (teoria dos jogos).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A noção de escassez se opõe à de abundância. A análise econômica parte do pressuposto de que todos os recursos são limitados e finitos, a exemplo do tempo, dinheiro, insumos de produção e etc. Por certo, a escassez é subjetiva, pois os agentes econômicos nem sempre precisam dos mesmos itens, razão pela qual se estabelece o "comércio" e as "trocas" entre os indivíduos, formando o que se denomina de "mercado". Todavia, a necessidade de consumo, em circunstâncias de escassez, é fonte de disputas e conflitos, podendo gerar violência, sendo uma forma, não a única, de regular as diferenças. A resposta à problemática da escassez foi o estabelecimento de direitos por meio de leis (*rule of law*), como o de propriedade, posse e etc. Bartler (1989, apud Mackaay e Roussou, 2015, tradução de Rachel Sztajn) sustenta que o processo de estabelecer direitos opera continuamente, tanto nas complexas sociedades modernas, quanto, segundo a literatura antropológica, nas sociedades menos evoluídas.

As considerações anteriores nos ajuda a entender o fato de que as escolhas dos agentes econômicos sempre se fundam na adequação dos meios disponíveis para atingir os fins que mais interessam, de modo que certas atitudes somente serão tomadas pelos indivíduos se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo. Aplicando-se essa premissa ao Direito, implica, por exemplo, que a decisão de fazer um acordo, não fazer, ou agir ilicitamente ou imoralmente contra a outra parte, dependerá de um balanço racional entre benefícios e custos de cada ação.

Portanto, a escassez impõe fazer escolhas racionais. A Teoria da Escolha Racional (ou da maximização da utilidade) atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe-se que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção aumenta (seu preço aumenta), as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (*lei da demanda*).

Os preços – assim entendidas as recompensas e sanções pecuniárias, tais como benefícios trabalhistas, multas, serviços comunitários, penas de reclusão/de- tenção para os comportamentos ilegais – influenciam o comportamento humano. Assim, a escolha de cada opção e? analisada tendo em consideração os benefícios auferidos por meio de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

comparação qualitativa ou quantitativa. Pode-se dizer que os agentes econômicos atuam racionalmente, o que permite concluir que seu comportamento ou reação a respeito das previsões ou mudanças do ordenamento jurídico são de certo modo previsíveis.

Por certo, essa opção é influenciada pelas informações disponíveis, pelas opções e consequências das decisões, de modo que, apesar de muito utilizado, nem sempre é infenso a críticas[9], mesmo entre os economistas. Portanto, é possível compreender que as incertezas também influenciam no comportamento dos agentes econômicos, elevando os risos nas escolhas.

Forgioni (2006, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014) afirma que na elaboração, interpretação e aplicac?a?o do Direito devem ser observadas algumas considerações. Aponta para a necessidade de abandonar o método clássico da análise jurídica, que considera apenas o prejuízo que uma parte causou a outra, para verificar em que medida as partes se prejudicaram mutuamente, ou seja, e? necessário examinar os custos e benefícios para todas as partes da relação. Além disso, destaca que o sistema jurídico deve proporcionar um maior grau de segurança e de previsibilidade, reduzindo, assim, os custos de transação e facilitando, por conseguinte, as contratações entre os agentes.

2.4. Comportamento estratégico (teoria dos jogos) nas relações entre pessoas

Inicialmente, impende registrar que a teoria dos jogos suscita interesse em vários campos das ciências sociais (economia, ciência política, sociologia, antropologia, filosofia e mesmo no direito). Logo, pode-se afirmar que a teoria dos jogos constitui um ponto de alinhamento das ciências sociais.

A Teoria dos Jogos é um importante instrumento utilizado para auxiliar na compreensão ou na previsão dos comportamentos das pessoas quando há? interesses em conflito. Esse instrumento pode ser utilizado em diversos campos do direito, a exemplo da esfera penal, mais precisamente na conhecida delação premiada, podendo auxiliar o poder público a decidir pela concessão ou não de benefícios para criminosos em troca de informações

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

úteis a investigação, baseando-se no *Dilema do Prisioneiro*, um dos problemas estudados pela Teoria dos Jogos.[10]

Sobre os objetivos da Teoria dos Jogos para o direito, Cooter e Ulen (1998, *apud* JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, 2014) tecem as seguintes considerações:

> Com frequência, o Direito enfrenta situações em que ha? poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima de uma pessoa depende do que escolha outro agente. Essas situações se parecem a? dos jogos em que os indivi?duos devem decidir acerca de uma estratégia. Uma estratégia e? um plano de ação que responde às reações de outros. A teoria dos jogos ocupa-se de qualquer situação na qual a estratégia seja importante. Por conseguinte, a teoria dos jogos incrementara? nosso entendimento sobre algumas regras e instituições legais.

A Teoria dos Jogos e? utilizada pelos doutrinadores da AED para verificar a forma como as pessoas interagem diante das normas legais e para compreender como estas influenciam o seu comportamento econômico. Logo, a Teoria dos Jogos auxilia o Direito, especialmente em seu papel de induzir comportamentos, autoavaliando e identificando formas de melhorar a eficácia e eficiência das normas jurídicas. Para o presente estudo, basta ficar com essa informação, advertindo, contudo, sobre o amplo espectro e aprofundamento da matéria.

2.5. Pontos específicos da AED

Parte-se agora para o estudo de pontos específicos da AED, mais especificamente de natureza processual, relativos aos custos sociais do processo, a precisão das decisões judiciais e sua influência no comportamento das partes.

Uma análise econômica convencional da *decisão de litigar* passa pela consideração de diversos fatores; dentre esses a de contratar advogado (*assessoria jurídica*), que tem a função de verificar a *probabilidade de êxito* da demanda e os *custos do litígio*, orientando as partes em sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

escolha. É a denominada racionalidade individual, que parte do pressuposto de que a parte escolherá a alternativa mais vantajosa em relação às suas opções.[11]

Shavell (2004) afirma que incumbe a assessoria jurídica estabelecer a simetria de informação jurídica entre a parte autora, conhecedor dos fatos que ensejaram o dano, e o advogado, tecnicamente competente ao enquadramento jurídico dos fatos. Polinsky (2011) ressalta que a maioria dos conflitos são passíveis de serem resolvidos extrajudicialmente por evitarem os custos do litígio para ambas as partes e por removerem a incerteza do resultado do julgamento.

A sujeição das partes aos riscos da demanda, inerentes à incerteza do julgamento do litigio, influencia na fórmula do valor esperado da demanda (VED). O VED é calculado a partir do produto entre o valor envolvido (B) e a chance de êxito (V), reduzidos os custos sociais do processo (CS). Assim, tem-se VED = (B x V) – CS. Deste modo, a vítima de um dano somente irá optar por litigar se o resultado desta operação for positivo. Caso o resultado seja negativo, denota-se que a demanda não trará benefício ao demandante, de forma que a vítima acabará por optar em não litigar ou seguir outros meios

O critério inicialmente analisado leva em conta uma posição de neutralidade quanto aos riscos. No entanto, no caso de partes avessas ao risco, o demandante é menos propenso a litigar, devido à incerteza do resultado do julgamento, e, ainda, as partes são mais propensas a resolver o caso extrajudicialmente, pois isso elimina os riscos do julgamento para ambas. De modo contrário, para as partes propensas ao risco, há maior chances de optar pela demanda e menor probabilidade de resolução consensual, uma vez que a expectativa das partes em relação à probabilidade de êxito com a demanda é superior à utilidade de não litigar.

Os custos sociais do processo estão inclusos na fórmula do valor esperado da demanda, sendo inversamente proporcional ao número de demandas judiciais. O custo social da demanda compreende os custos administrativos, diretos ou imediatos (que seriam todos aqueles despendidos pelas partes durante o processo para a resolução da disputa,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

incluindo taxa judiciária, honorários, despesas relativas à obtenção de documentos) e os custos dos erros judiciais (que são a diferença entre o julgamento perfeito e aquele que é proferido pelo Poder Judiciário). Shavell (2004) alerta que, embora as taxas não sejam o meio socialmente ideal para esse controle, há grande influência na decisão de litigar e se mostra um importante mecanismo para obstar demandas frívolas.

Shavell (2004) trabalha ainda o conceito de *precisão do processo legal* (*Acuracy of the Legal Process*), o qual consiste na avaliação do erro judicial, enquanto custo social a ser considerado para o ajuizamento da demanda. Segundo o autor, essa precisão é influenciada por diversos aspectos, como as ações dos litigantes, a colheita de informações, a produção de provas e o uso do procedimento legal. Os erros judiciais podem incidir sobre a pessoa ou fato (culpado ou não) ou sobre o direito (a exemplo do grau da sanção a ser imposta).

Shavell (2004) aduz ainda que o valor social da precisão do processo legal replica no aumento do bem-estar social. No entanto, quanto mais preciso o processo, mais se requer procedimentos longos e de maior qualidade, afetando os custos e a eficiência processual, os quais devem ser ponderados. Shavell (2004) afirma ainda que métodos racionalizados, como tabelas para quantificar os danos, podem gerar um grau de precisão socialmente desejável.

KAPLOW (1994), por sua vez, examina algumas preocupações que estão fora de uma análise econômica convencional, particularmente aquelas relacionadas à *justiça da decisão*.

O autor adverte que, para além da aplicação da lei substantiva, o sentimento de justiça está relacionado às regras e garantias que promovem maior precisão no julgamento, inclusive para aperfeiçoar a participação dos indivíduos em processos que poderão lhes afetar. Ressalta ainda que a *justiça da decisão judicial* (visão subjetiva) não se confunde com a *precisão* (visão objetiva), assim entendida como o oposto do *erro judicial*, ou seja, na produção de falsas absolvições e condenações, que beneficiam uma parte em prejuízo da outra.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Uma maior precisão se traduz em maiores esforços para eliminação de erros de julgamento, correspondentes à emissão de falsos positivos (falsas procedências) ou falsos negativos (falsas improcedência), que se referem não somente as ações penais, como também as cíveis em que houver equivocada improcedência ou procedência do pedido, e a fixação para mais ou para menos da indenização. Um exemplo analisado por KAPLOW (1994) diz respeito a *exatidão da avaliação de um dano*. No contexto de múltiplas ações de indenização (demandas de massa), exigir uma maior exatidão na avaliação do dano, ou seja, maior precisão, acarretará efeitos deletérios como demora na prestação jurisdicional, maiores encargos sociais e individuais, dentre outros.

Assim, conclui-se não ser desejável, em todo e qualquer caso, uma maior precisão no julgamento. Por isso, a estipulação prévia de uma margem para fixação de uma indenização pode ter diversos efeitos desejáveis, como o estímulo a realização de acordos judiciais ou extrajudicialmente; redução no número de demandas ajuizadas; evita erros judiciais na medida em que aumenta a precisão e isonomia nos julgamentos, elevando, por consequência, o senso de justiça da decisão e a satisfação social; dentre outras consequências que podem e dever ser analisadas pelo legislador, no momento de elaboração de uma norma jurídica, e do julgador, ao decidir por aplicá-la.

3. Uma análise econômica do artigo 223-G, §1º, I a IV, da CLT

Fixada as balizas teóricas da AED, passo a análise econômica do artigo 223-G, §1º e incisos I a IV, da CLT, com a redação dada Lei Federal n.º 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista, que fora posteriormente alterada pela MP n.º 808/2017, mas que perdeu sua vigência, não estando atualmente em vigor, tendo o dispositivo retornado ao seu teor originário. Apresenta-se o dispositivo em sua atual redação:

> Art. 223-G. (...)
>
> § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

O art. 223-G da CLT fixou os critérios que devem ser considerados pelo magistrado ao apreciar os danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho. Por sua vez, o § 1°, incisos I a IV, desse dispositivo classifica a lesão extrapatrimonial em quatro graus (ou níveis): leve, médio, grave e gravíssimo; tendo fixado como parâmetro para a indenização, a depender da natureza (grau/nível) da ofensa, o valor do "último salário contratual do ofendido". Impende destacar que a MP n.º 808/2017 havia alterado esse parâmetro para que fosse considerado "o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

Ao meu sentir, a alteração promovida pela MP n.º 808/2017 era salutar porque afastava o questionamento, procedente, de que a redação atual desses dispositivos ofende o princípio da isonomia, eis que empregados com salários diferentes poderão ter indenizações com valores muito diferentes dentro de um mesmo nível de lesão. Veja-se o seguinte exemplo: considerando um empregado que receba um salário mínimo e um diretor que receba vinte salários mínimos, considerando ainda que o evento morte na relação de trabalho se classifique como natureza gravíssima, o primeiro poderá receber no máximo 50 salários mínimos de indenização e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

segundo 200 salários mínimos de indenização, ambos na mesma situação fático-jurídica. Isso, evidentemente, é inconcebível para uma sociedade igualitária, de modo que não se pode privilegiar pessoas com maior salário em detrimento daqueles com um menor salário.

A ANAMATRA afirma, em sua ADI n.º 5.870, que o artigo 223-G, §1º e incisos I a IV, da CLT estabeleceriam limitações indevidas, por meio de um sistema de tarifação, semelhante àquela promovida pela Lei de Impressa, já declarada inconstitucional (ADPF n.º 130 e Súmula 281 do STJ), ofendendo à autonomia do Poder Judiciário quanto à definição do valor a ser pago a título de indenização por dano extrapatrimonial no âmbito das relações trabalhistas. Em seu entendimento, a estipulação de parâmetros legais para a definição judicial da reparação a ser paga por danos extrapatrimoniais decorrentes da relação trabalhista seria incompatível com os comandos previstos nos artigos 7°, inciso XXVIII; 170, caput e inciso VI; e 225, caput e 9 3°, da Constituição Federal.

Porém, afora o argumento de isonomia mencionado alhures, ocasionado pela perda de vigência da MP n.º 808/2017, entende-se que os demais fundamentos apresentados por essa associação, potencialmente suscitáveis com a atual redação artigo 223-G, §1º e incisos I a IV, da CLT, são rejeitados sob a ótica AED.

Antes de iniciar a análise econômica propriamente dita, é indispensável fazer um *distinguishing* da redação artigo 52 da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) e do artigo 223-G, §1º e incisos I a IV, da CLT, *in verbis*:

> Art. 52. A responsabilidade civil da emprêsa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vêzes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Diferentemente do referido dispositivo da Lei de Imprensa, os dispositivos impugnados da Reforma Trabalhista não deixaram o julgador sem parâmetros para fixação da indenização decorrente doo dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, nem estabeleceu limite

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

desarrazoáveis que impossibilitem a restituição dos prejuízos aos ofendidos. Ao contrário, visou exclusivamente prestigiar um tratamento nacional uniforme, que é impossível de se fazer por meio da jurisprudência, diante do natural subjetivismo que permeia as decisões judicias, evitando-se, assim, entendimentos dispares.

Por uma visão da AED, a norma impugnada se revela eficiente do ponto de vista econômico, por permitir uma maior precisão (previsibilidade) para as decisões judiciais, favorecendo que os agentes econômicos (partes, trabalhadores e empregados) tomem escolhas mais racionais, diante de uma maior informação quanto aos limites de indenização fixados pela legislação, afastando os diferentes critérios que possam ser empregados (subjetivamente) pela Justiça do Trabalho.

Ao contrário do que afirmado na inicial da ADI, as disposições impugnadas não infringem a autonomia da magistratura trabalhista, apenas fixam as balizas que devem ser observadas para a reparação extrapatrimonial, conferindo uma margem razoável de discricionariedade, diminuindo, com isso, a incidência de *erro judicial* e, por consequência, a sensação de *injustiça da decisão*, ao passo em que evitam a ocorrência de julgados contraditórios. Não são raros os casos verificados na jurisprudência em que para uma mesma situação jurídica (ex: evento morte no trabalho) pode acarretar diferentes resultados em termos de condenação a reparação do dano moral com valores muito diversos.

A racionalidade individual dos agentes para com essa norma permite prever que haverá uma maior tendência a composição entre as partes, pois será mais fácil precisar o valor esperado da demanda (VED), eis que o valor envolvido, conjugado com a chance de êxito, serão melhor avaliados pela assessoria jurídica, permitindo que advogados sugiram aos seus clientes a melhor opção, se será um acordo ou a propositura da demanda, considerando ainda os custos envolvidos no desenvolvimento do processo.

O papel da norma, considerando a teoria dos jogos, ajuda a articular as regras desenvolvidas pelas partes em uma relação de cooperação de longo prazo e facilitar a sanção para que seja respeitada. A norma permite,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

nesse sentido, sancionar mais facilmente o comportamento que consista na violação dos preceitos que visa proteger (segurança e saúde nas relações de trabalho). Dado um fundo de cooperação e confiança, não se torna vantajosa sua violação pela certeza de que o preço (punição) a ser pago será desvantajoso para parte ofensora (jogador). Evitamos, com isso, um comportamento estratégico ou oportunista de que o direito deve, por missão, combater; a exemplo daquele, sabendo perdedor (ausência de direito), insiste numa aventura processual muitas vezes entregando-a "a sorte" da roleta do Poder Judiciário.

Com efeito, todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a estímulos. Ora, é indiscutível que o Poder Judiciário, conscientemente ou não, ao solucionar controvérsias sobre fatos já ocorridos, fixa teses jurídicas que irão balizar condutas futuras. Essas teses passam então a informar a atuação de todo e qualquer sujeito de direito, que tende a definir suas ações segundo os custos e benefícios por ela gerados. De igual modo, o Poder Legislativo ao publicar uma nova lei, fixa os critérios a serem observados socialmente.[12]

A importância da utilização de critérios e referenciais teóricos para fins de balizamento e definição da valoração do dano extrapatrimonial, com vistas à construção de parâmetros judiciais mais estáveis, seguros e razoavelmente previsíveis, permite escolhas mais racionais do ponto de vista econômico, o que é desejável pelo Direito, enquanto ciência para regulação da vida em sociedade.

A construção legal através de elementos como os acima expostos, contudo, não se confunde de forma alguma com a tarifação ou limitação tarifada vedada por nossa jurisprudência, e atendem de forma muito mais adequada aos juízos de equidade e reparação integral que formam a essência da reparação dos danos extrapatrimoniais.

As consequências econômicas esperadas com essa norma sugerem uma melhor racionalidade processual com uma maior taxa de demandas resolvidas e acordos realizadas, reduzindo substancialmente a quantidade de demandas propostas, o que é economicamente vantajoso para sociedade. Logo, sob o filtro da análise econômica, o dispositivo impugnado não deve

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ser extirpado do nosso ordenamento jurídico, porque se mostra razoável e apto a fomentar uma maior justiça e benefício social.

Assim, a parametrização estabelecida no §1º art. 223-G da CLT, tende a promover a isonomia, e é justa e necessária ao país e às relações empregatícias, para que haja uma maior segurança jurídica para as relações empregatícias, quando nessas ocorrem danos extrapatrimoniais que devem ser reparados, o que é plenamente desejável pela AED.

4. Considerações finais

A Análise Econômica do Direito não se limita a compreender o "direito econômico", que reúne áreas como a regulação das atividades "econômicas", em sentido tradicional: bancos e moeda, concorrência, controle do comércio e etc, ao passo em que erradia para os diversos ramos do direito, notadamente sobre a propriedade, contratos e responsabilidade civil. Pretende explicar a lógica, nem sempre consciente aos operadores do direito, de que as normas jurídicas possuem consequências econômicas para a sociedade, que devem ser consideradas no seu estudo.

A Law and Economics propõe uma releitura das ciências jurídicas e dos seus institutos, introduzindo novos métodos analíticos, próprios das ciências econômicas, aplicáveis às normas jurídicas, visando melhor conhecer suas consequências econômicas e objetivando uma maior eficiência e racionalidade no seu emprego, se revelando um importante instrumento interdisciplinar.

Nesse sentido, cabe aos operadores do direito, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, haja vista sua competência constitucional e sua posição orgânica na estrutura do Poder Judiciário, considerar as consequências econômicas de suas decisões (judiciais ou administrativas), valendo-se da doutrina estrangeira e nacional para melhor avaliar a relação custo-benefício e sua repercussão econômica.

Especificamente em relação ao artigo 223-G, §1º e incisos I a IV, da CLT, entende-se que sua atual redação (dada Lei Federal n.º 13.467/17) apresenta vício de inconstitucionalidade, pois ofende o princípio da isonomia, eis que privilegiou, em situação fática idêntica, aquele empregado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

com maior salário, o que não se mostra razoável e condigno com o princípio de que todos os homens são iguais perante a lei.

Afora isso, especialmente se considerar a redação conferida pela MP n.º 808/2017, que havia alterado o parâmetro originário para que este fosse considerado "o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social", defende-se a constitucionalidade dos dispositivo em questão, ao passo em que, sob o filtro da análise econômica, a norma se revela mais eficiente e de melhor custo-benefício social, por promover uma maior segurança jurídica, ocasionando uma maior precisão nas decisões judiciais e elevando a possibilidade de acordo entre as partes.

Referências

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Boston: Pearson, 6th ed.

GICO Jr., Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. In: Economic Analysis of Law Review, Vol. 1, nº 1, 2010

JAKOBI, Karin Bergit. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A análise econômica do Direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014.

KAPLOW, Louis. *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*. In: 23 Journal of Legal Studies 307, 1994.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn (trad.). São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2015.

POLINSKY, A. Michel. *An Introduction to Law and Economics*. New York: Wolters Kluwer, 4ª ed, 2011.

POSNER, Richard A. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. In Chicago Lectures in Law and Economics. Eric A. Posner (dir.).New York: Foudantion Press, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresarias e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

SHAVELL, Seteven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Havard University Press, 2004.

SPIER, Kathury E. *Litigaion*. In: Handbook of Law and Economics. Steven Shavell e Michell Polinsky (org).

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Decio Zylberztajan e Rachel Sztanj (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOTAS:

[1] SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. in Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Decio Zylberztajan e Rachel Sztanj (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[2] Mais sobre esse moemento histórico, recomenda-se a leitura do capítulo An Introduction to Law and Economics de COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Law & Economics. Boston: Pearson, 6th ed., pág. 01-11.

[3] MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Rachel Sztajn (trad.). São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2015.

[4] SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. in Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Decio Zylberztajan e Rachel Sztanj (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[5] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. GALESKI JR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresarias e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

[6] SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. in Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Decio Zylberztajan e Rachel Sztanj (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

[7] *"El concepto de ana?lisis econo?mico del Derecho viene dado por la propria denominacio?n de esta disciplina: es la aplicacio?n de los instrumentos anali?ticos de la ciencia econo?mica a los fe- no?menos juri?dicos"*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

[8] Modelo de comportamento do indivíduo que consiste na ideia de que as pessoas se comportarão de maneira mais ou menos semenlhante quando exposta aos mesmos estímulos.

[9] Cite-se as críticas de Hebert Simon, prémio Nobel, pesquisador em ciência da administração, psicologia cognitiva, informática e economia. Para mais informações, MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Rachel Sztajn (trad.). São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2015.

[10] O nome do jogo decorre de uma histo?ria inventada por Tucker, em 1950. Para mais informações, ver MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Rachel Sztajn (trad.). São Paulo: Atlas, 2ª ed, 2015, pág. 57-67.

[11] Ver ainda SPIER, Kathury E. *Litigaion*. In: Handbook of Law and Economics.Steven Shavell e Michell Polinsky (org).

[12] Conferir em GICO Jr., Ivo. "Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito". In Economic Analysis of Law Review, Vol. 1, nº 1, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

JUDICIÁRIO SE TORNOU O ESPECTRO DO DIREITO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

O acesso à justiça, assegurado constitucionalmente, não se constitui na prática dos tribunais por algumas razões. Inicialmente vem sendo aplicado de modo irrestrito a todos os cidadãos. A desigualdade econômica possui graves conseqüências no âmbito do processo criminal e também no processo civil.

Assim, ainda que o novo CPC tenha trazido significativos avanços buscando maior efetividade e celeridade processual, como é o caso da arbitragem e mediação, verifica-se que tais hipóteses são de aplicabilidade mitigada, já que uma camada da população não possui recursos financeiros aptos a tais medidas.

O acesso à Justiça é um dos direito fundamentais e está expresso no artigo 5º, Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Tratamento inadequado dos advogados - Quando derivamos nossos conceitos sobre funcionamento da justiça, para o judiciário laboral, é dilacerante ver milhões de trabalhadores e empregadores reféns de um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

serviço A falta de cultura faz com que a justiça se afaste cada vez mais do cidadão comum, causando impunidade e o desrespeito, que atinge as classes menos desfavorecidas.

Existe em parte a desconfiança dos advogados e medo dos atores da justiça, ou seja, medo dos juízes, promotores e servidores judiciários. Esse receio vem muitas vezes pelo fato de que muitos desses servidores tratam de forma inadequada essas pessoas leigas. Na pratica são hostis e irônicos em suas respostas.

Concluo que estamos diante de uma farsa, onde os que litigam são usados para manter e alimentar uma casta de privilegiados que recebem os mais altos salários do planeta.

> **Hans Kelsen na obra (O Problema da Justiça), fala que o princípio de justiça da igualdade, de nenhuma forma pressupõe que todos os homens são iguais, pelo contrário, esta norma pressupõe a desigualdade, pois do ponto de vista da lei um homem que não cometeu um delito não deve receber a mesma punição de outro que praticou o delito, ou seja, o *jus puniendi* deve ser executado na medida da culpabilidade do indivíduo.**

Verdadeira loteria - A especializada se tornou desfocada, distante de seu âmago de justiça de pacificação, e se tornou um balcão de grandes oportunidades. O trabalhador que tenta a loteria mentindo, e o empregador que se esquiva de pagar direitos inegáveis na relação laboral, formam essa metamorfose criminosa de uma justiça do faz-de-conta.

Existem hoje, segundo estimativas de juristas, mais de 5 milhões de ações na especializada que está totalmente fora dos padrões do universo salarial do país, "são ações conflitantes, lides temerárias que se tornaram uma "mina de dinheiro", verdadeira "loteria", apontou conceituado advogado patronal.

Na realidade segundo fontes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no "Justiça em Números", 63% das ações existentes na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

especializada, são inexecutáveis. Isso deriva das lidas mal resolvidas. Acordos podem ser feitos entre as partes, mesmo nas ações já decididas.

Mediação - O debate continua no âmbito da justiça, discutindo a valorização dos meios alternativos de solução de conflitos. Neste sentido, temos observado um pequeno avanço, mas ainda tímido.

A razão principal desse modelo pacificador de mediação é a tutela estatal, que se agarra ao instituto, em flagrante prova de que os atores do judiciário estatal não aceitam decisões extrajudiciais de litigantes, mesmo quando assistidos por advogados.

Dados de institutos de mediação internacionais revelam que 25% das demandas são solucionadas através da mediação.

No Brasil este número não chega a 1%. O assunto é preocupante e mereceu atenção especial da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que realizou no dia 26 de setembro um seminário para discutir como a cultura da mediação judicial pode fazer frente ao excesso de ações que sobrecarregam os tribunais. Um dos pontos relevantes foi o número de conflitos que poderiam estar sendo solucionados através da mediação nos escritórios de advocacia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTITUIÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

NATÁLIA SAAB MARTINS DA SILVA: Pós-Graduada em Direito Processual Civil para Faculdade Damásio - concluída em 2018; Graduada em Direito pela Universidade Federal do Acre (UFAC) - concluída em 2010; Analista de Apoio em Direito na Procuradoria Regional do Trabalho da 14ª Região (Rondônia e Acre) - 08/2015 até a presente data; Analista de Apoio em Direito na Procuradoria da República no Estado do Acre - 11/2010 até 07/2015; Aprovada no concurso público da Defensoria Pública do Estado de Rondônia, para o cargo de Defensor Público.

RESUMO: O presente estudo pretende expor a Defensoria Pública como uma instituição imprescindível para a tutela dos interesses e direitos individuais e coletivos sob o prisma das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). O CPC/2015 trouxe a Defensoria Pública em um título específico, dispondo sobre o regramento e diretrizes da carreira. Ressaltou-se no CPC/2015 a Defensoria Pública como instituição autônoma e integrante do sistema de justiça, deixando clara a sua independência em relação ao corpo institucional de advogados e a tratando em igualdade de condições com os demais atores processuais. Com o fim de efetivar e desburocratizar a atuação da Defensoria Pública, o CPC/2015 trouxe alguns dispositivos, tais como os arts. 139, X, 185 a 187, 445, §4º, IV, 513, §2º, 555, §1º, 565, §2º e 976 e seguintes. Tais inovações demonstram a sedimentação do papel institucional da Defensoria Pública enquanto instrumento de efetivação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Defensoria Pública; direitos individuais e coletivos; acesso à justiça; Constituição Federal; CPC/2015.

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Ampliação do acesso à justiça após a Constituição Federal de 1988: necessidade de elaboração de um novo Código de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Processo Civil. 2 – A Defensoria Pública sob o prisma do CPC de 2015: a efetivação do acesso à justiça. 3 – Efetividade normativa conferida pelo CPC/2015 à Defensoria Pública. 4 – Defensoria Pública e a resolução de demandas coletivas no CPC/2015. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública vem se mostrando como uma instituição imprescindível para a tutela dos interesses e direitos individuais e coletivos, tal como fomentado pela Emenda Constitucional nº 80/2014.

Diante das várias reinvindicações propostas pelos Defensores Públicos junto à Comissão de Juristas responsável por elaborar o Código de Processo Civil de 2015, foi aprovada a criação de um capítulo específico sobre a Defensoria Pública na parte geral do novo CPC, bem como a inclusão da Defensoria Pública como legitimada a provocar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), visando à coletivização quantitativa de causas sob sua responsabilidade.

Assim, o Código de Processo Civil de 2015 – em alinhamento à Lei Complementar nº 132 e à Emenda Constitucional nº 80 –, trouxe a Defensoria Pública em um título específico, dispondo sobre o regramento e diretrizes próprias da carreira. Ademais, ressaltou a qualidade de instituição autônoma e integrante do sistema de justiça, deixando clara a sua independência em relação ao corpo estatal de advogados e a tratando em igualdade de condições com os demais atores processuais.

Por certo, a inserção da Defensoria Pública enquanto instituição autônoma, diferenciada e com regramentos próprios no bojo do CPC/2015 busca a implementação do direito ao acesso à justiça, na medida em que traz regramentos processuais peculiares que, em *ultima ratio*, tentam efetivar, desburocratizar e trazer mais eficiência procedimental à atuação dos Defensores Públicos, ao mesmo tempo que trazem maior tutela e igualdade material, dentro do processo civil, ao assistido pela Defensoria.

Em razão de tal inovação legislativa e em consonância com os ideais do acesso à justiça é que repousa a importância do presente estudo, haja vista que as inovações constitucionais e processuais civis, trazidas pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Emenda Constitucional nº 80 e pelo Código de Processo Civil de 2015, demonstram a sedimentação do papel institucional da Defensoria Pública enquanto instrumento de acesso à justiça.

Ademais, busca-se apresentar no presente trabalho acadêmico alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que operam diretamente no sentido de efetivar e desburocratizar a atuação da Defensoria Pública, tais como os arts. 139, X, 185 a 187, 445, §4º, IV, 513, §2º, 555, §1º, 565, §2º e 976 e seguintes, tudo com o fim de efetivar o acesso à justiça.

Isto posto, para a elaboração da presente monografia utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica e documental. Pelo método bibliográfico, foram feitas pesquisas em diversas obras jurídicas, tais como livros, revistas, artigos doutrinários e dissertações que tratam do tema. Quanto ao método documental, procedeu-se à análise dos preceitos legais envolvidos, tais como a Constituição Federal de 1988, o Código Processo Civil de 2015, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, e a Lei n° 1.060/1950.

Quanto à abordagem, utilizou-se o método dedutivo, partindo-se de premissas gerais do direito para a abordagem de uma norma em particular, analisando-se dispositivos do Código de Processo Civil de 2015.

Ao fim do estudo, será possível concluir que a institucionalização da Defensoria Pública atende prontamente aos anseios da efetivação do acesso à justiça, sendo que a inserção dessa Instituição no bojo do CPC/2015 traz regramentos processuais peculiares que trazem mais eficiência procedimental à atuação dos Defensores Públicos, ao mesmo tempo que trazem maior tutela e igualdade material, dentro do processo civil, ao assistido pela Defensoria Pública.

1 – Ampliação do acesso à justiça após a Constituição Federal de 1988: necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil.

Após a Constituição de 1988, juntamente ao processo de democratização das Instituições, verifica-se que a ampliação do acesso à justiça ocorreu com maior vigor, em especial pelas alterações legais e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

processuais que deram maior efetividade ao Poder Judiciário por meio, por exemplo, da assistência jurídica integral e gratuita, dos juizados especiais e dos direitos difusos e coletivos.

Ainda, tal ampliação pode ser verificada na releitura e criação de alguns órgãos de justiça, como ocorreu, por exemplo, com a Defensoria Pública[1] e o Ministério Público, ambos marcados por maior autonomia e independência funcional, e a descentralização Judiciária, no sentido de tornar a Justiça mais próxima e acessível a todos, bem como por novos instrumentos de heterocomposição e autocomposição (MARINORI; ARENHART; e MITIDIERO 2016, p. 173/174)

Esse processo foi ainda mais aprofundado com a reforma constitucional do Judiciário, ocorrida com a Emenda Constitucional 45/2014. A partir desse instrumento constitucional, objetivou-se ampliar o sistema de fiscalização da justiça, com a criação, por exemplo, do Conselho Nacional de Justiça. Objetivou-se também o melhoramento de estruturas relacionadas ao acesso à justiça, a exemplo da garantia de autonomia funcional e administrativa e a iniciativa para elaborar a proposta orçamentária conferida à Defensoria Pública, o que foi integralmente implementado com a Emenda Constitucional nº 74/2013 (RÉ, 2016, p. 114/115).

Nesse cenário, a reforma constitucional deixou clara a necessidade de uma releitura do processo civil pátrio, no sentido de simplificar e agilizar o funcionamento da justiça na esfera cível, tudo com o fim de tentar equacionar a enorme quantidade de litígios propostos junto ao Judiciário de maneira a garantir uma tutela jurídica efetiva.

Assim, o CPC de 2015 nasceu com a intenção de tornar mais célere a prestação jurisdicional por meio de medidas constritivas e progressivas, tais como algumas citadas por Rogério Arantes e Thiago Moreira (2015, p. 713), *in verbis:*

> [...] eliminação de recursos como os embargos infringentes; [...] redução do prazo em quádruplo para duplo para apresentação de recursos pela Fazenda Pública; aumento dos custos para recorrer, com multas maiores no caso de manobras protelatórias e a necessidade de pagar honorários advocatícios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> adicionais na fase recursal, dentre outros. As medidas progressivas vieram em maior número, tais como o grande reforço da conciliação e da mediação como meios alternativos de solução de demandas [...]; o respeito à ordem cronológica dos processos para julgamentos; a uniformização dos prazos para a interposição de recursos; a orientação mais incisiva no sentido de que os juízes devem seguir a jurisprudência, as súmulas e os precedentes pertinentes ao caso (em benefício da celeridade e da segurança jurídica) e que 'os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente'; e a previsão de que todas as fases do processo poderão ocorrer por meios eletrônicos e tudo poderá ser digitalizado.

Dentro desse novo paradigma é que se insere o papel da Defensoria Pública, Instituição esta que foi idealizada, de início, para garantir os direitos individuais dos necessitados, mas que rapidamente absorveu os meios e métodos de tutela para a coletivização de sua atuação processual.

2 – A Defensoria Pública sob o prisma do CPC de 2015: a efetivação do acesso à justiça.

A Defensoria Pública teve participação fundamental na estrutura do Código de Processo Civil de 2015, em especial quanto à tutela jurídica dos direitos difusos e coletivos e à assistência jurídica das pessoas necessitadas.

Diante das várias reinvindicações propostas pelos Defensores Públicos junto à Comissão de Juristas responsável por elaborar o novo CPC, foram aprovadas a inclusão da Defensoria como legitimada a provocar o incidente de coletivização ou IRDR, visando à coletivização quantitativa de causas sob sua responsabilidade, bem como a criação de um capítulo específico sobre a Defensoria Pública na parte geral do novo CPC (SCHWARTZ, 2015, p. 196).

O novo Código de Processo Civil – em alinhamento à Emenda Constitucional nº 80 –, trouxe a Defensoria Pública em um título específico, dispondo sobre o regramento e diretrizes próprias da carreira. Ademais, ressaltou a qualidade de instituição autônoma e integrante do sistema de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

justiça, deixando clara a sua independência em relação ao corpo estatal de advogados e a tratando em igualdade de condições com os demais atores processuais.

Por certo, a inserção da Defensoria enquanto instituição autônoma, diferenciada e com regramentos próprios no bojo do CPC/2015 busca à efetivação do acesso à justiça, na medida em que traz regramentos processuais peculiares que, em *ultima ratio*, buscam efetivar, desburocratizar e trazer mais eficiência procedimental à atuação dos Defensores Públicos, ao mesmo tempo que trazem maior tutela e igualdade material, dentro do processo civil, ao assistido pela Defensoria (ARAÚJO, 2015, p. 527/528).

O Título VII do Livro II – dos sujeitos do processo – foi intitulado "Da Defensoria Pública", trazendo os seguintes artigos:

> Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.
>
> Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.
>
> § 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1o.
>
> § 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.
>
> § 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.
>
> § 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Além dos aludidos dispositivos, é fato que ao longo de todo o diploma processual há temáticas referentes à Defensoria Pública, razão pela qual será dado ênfase, no presente trabalho, ao tratamento normativo trazido pelo CPC/2015 à Defensoria Pública e à importância que lhe foi atribuída para a resolução de demandas de massa.

3 – Efetividade normativa conferida pelo CPC/2015 à Defensoria Pública.

O CPC/2015 trouxe, em atenção princípio da isonomia e da igualdade material, regramento particular atribuído à Defensoria Pública, com o fim de efetivar o exercício da Instituição. Assim, diferentemente do CPC/1973, no CPC/2015 depreende-se temas próprios da Defensoria, como o prazo em dobro e a intimação pessoal, por exemplo, prerrogativas que acompanham a Defensoria Pública desde a Lei Complementar nº 80/94 e que foram repisadas pelo novo CPC.

Outro dispositivo que demonstra o reconhecimento da Defensoria Pública como instituição protetora dos vulneráreis é o art. 186, §2º, o qual prescreve que: "a requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada".

Alguns Tribunais já promoviam a intimação pessoal da parte, conforme se verifica no seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA AÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DE PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. DESCABIMENTO. Tratando-se de parte assistida pela Defensoria Pública, a intimação para a emenda da inicial, visando o cumprimento de exigência só realizável pelo próprio Autor, deve ser procedida na pessoa desta, e não ao Defensor que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> exerce o patrocínio da causa. Notório o fato de que a Defensoria Pública não goza da mesma disponibilidade dos advogados particulares, atuando, na maioria das vezes, sem muita proximidade de seus assistidos. Logo, no presente caso, a determinação de juntada de documento essencial à propositura da ação cumpre ser feita ao próprio Autor que, em última análise, é que sofrerá as consequências pelo indeferimento da inicial. Sentença cassada. Apelação provida. (TRF-2 - AC: 160100 98.02.01927-5, Relator: Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, Data de Julgamento: 20/06/2001, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data: 06/11/2001).

Assim, se a providência esperada da parte patrocinada pela Defensoria Pública for personalíssima, é legítimo e eficaz que se requeira ao juiz a sua intimação. Saliente-se que a regra é que a própria Defensoria Pública deve tentar a comunicação com o assistido. No entanto, algumas vezes só Poder Judiciário detém os meios mais eficazes de obter a localização da parte (ROCHA, 2015, p. 278).

Em casos nos quais se necessite proteger a própria parte ou para resguardar a instituição, o instrumento trazido pelo art. 186, §2º se afigura como via adequada, um exemplo seria quando a parte, mesmo informada pela Defensoria Pública a respeito de providência personalíssima a ser adotada, mantém-se inerte.

A respeito do tema, Lima (2015, p.349/350), assevera que:

> Em outras oportunidades, a necessidade de intimação da parte pode ocorrer por motivos mais prosaicos, mas não menos importantes. É consabido que o número de atendimento diários realizados pela Defensoria Pública é demasiadamente grande, o que faz com que se torne impossível o contato frequente com os assistidos. A rigor, o contato da Defensoria Pública somente se estabelece nos momentos que são fundamentais para o andamento da ação. Sob este prisma, não são raras as vezes em que a parte patrocinada pela Defensoria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> Pública, após o ajuizamento da ação, seja por desconhecimento, seja por dificuldades financeiras, seja ainda por outras razoes de ordem pessoal ou profissionais, tem alterados os dados básicos que permitem que seja contatada, sem comunicar tal fato à Defensoria Pública (p. ex., cancela, tem cancelada ou modifica a linha telefônica, muda sua residência, no mesmo município ou para município distinto etc.).

Na mesma linha do art. 186, §2º, o art. 513, §2º[2], assevera que, em regra, a intimação para o cumprimento da sentença deve se dar pelo Diário da Justiça, na pessoa do advogado constituído nos autos. Todavia, o §2º do aludido dispositivo enuncia que "O devedor será intimado para cumprir a sentença: [...] II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV; [...]"[3].

Tal medida demonstra coerência interna no CPC/2015 com as peculiaridades da Defensoria Pública, bem como se afigura interessante porque desonera a Instituição de enveredar por uma etapa processual de cunho eminentemente personalíssimo (como é o cumprimento de sentença). Todavia, caso seja necessária a intervenção de ofício ou por provocação da parte assistida, a Defensoria Pública deverá ingressar no feito normalmente.

Outro dispositivo que vem valorizar a atuação da Defensoria Pública, no sentido de trazer igualdade material à tutela do hipossuficiente, evitando ônus incompatíveis à Defensoria Pública, em razão de sua dinâmica funcional, é o disposto no art. 455, §4º, IV, do CPC/2015.

Depreende-se do aludido art. 455 que a regra, no CPC/2015, é a intimação da testemunha pelo advogado da parte que a arrolou, dispensando-se a intimação do juízo. Todavia, nas hipóteses elencada no art. 455, §4º[4] a intimação pode ser judicializada, isto é, transformada em intimação pela via judicial. Dentre tais hipóteses está a testemunha arrolada pela Defensoria Pública, que deverá ser intimada pela via judicial, tendo em vista as especificidades da Instituição.

Ainda, os arts. 555, §1, e 565, §2º, ambos do CPC/2015, trazem, no âmbito das ações possessórias, duas hipóteses de atuação da Defensoria

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Pública que atendem diretamente aos ideais de acesso à justiça aos necessitados econômicos e organizacionais.

O art. 554, §1º, prescreve que: "[...] No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública". Já o art. 565, §2º, que trata do litígio coletivo pela posse do imóvel, determina que: "[...] O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça".

Sobre a necessidade da tutela da Defensoria Pública no âmbito das ações possessória, Lima (2015, p. 354) aduz que:

> Não são raras as situações em que as ações possessórias atingem grupo elevado de pessoas, a maioria ou a totalidade carente, cuja vulnerabilidade extrema, advinda não apenas da pobreza, mas também da delicada e crítica situação processual que vivenciam, recomenda ao legislador a adoção de uma postura estatal mais ativa. Aliando-se a isto a própria ignorância, infelizmente natural, a respeito da titularidade dos direitos fundamentais mais básicos (p. ex., dignidade da pessoa humana, moradia e, sobretudo, assistência jurídica integral e gratuita), e, ainda, o fato de que nestas ocasiões a parte com quem litigam costuma deter grande poderio econômico, social e/ou político, a cientificação da Defensoria Pública representa um viés social digno de aplausos.
>
> Os dispositivos põem em destaque, como dito, uma postura judicial ativa, voltada a assegurar que as partes hipossuficientes recebam efetivamente o apoio do órgão estatal responsável pela prestação de assistência jurídica. Trata-se de medida que, além de reconhecer o estado de vulnerabilidade das partes, também impõem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> ao Poder Judiciário que saia da sua zona de inércia para assegura que tais pessoas não fiquem indefessas.

Tais dispositivos infraconstitucionais envolvem uma maior tutela para os hipossuficientes e, ao mesmo tempo, uma carga maior de responsabilidade para a Defensoria Pública, pois, conforme argumenta Lima (2015, p. 354): "[...]a partir do momento em que passa a encabeçar a representação processual efetiva e adequada dos carentes, conferirá, ao mesmo tempo, maior legitimidade à atividade jurisdicional do Estado, que decidirá ciente de que mesmo a parte hipossuficiente se encontra devidamente representada [...].

Como se depreende, os dispositivos em questão demonstram que a intimação da Defensoria Pública, nos casos específicos, é obrigatória, com o fim de que cumpra devidamente o seu desiderato constitucional de tutela jurídica integral aos necessitados. Todavia, entende-se que a participação continuada, em cada ato processual, da Defensoria Pública deve ser analisada pelo Defensor no caso concreto, uma vez que é possível que o grupo, ou cada um dos afetados, constitua patrocínio próprio e já esteja devidamente tutelado.

Nesse sentido, José Augusto Garcia de Sousa (2015, p. 498) aduz que:

> [...] ratifico a necessidade de a Defensoria Pública Participar sempre de demandas possessórias coletivas, até mesmo na hipótese em que todos os réus carentes constituírem advogado particular. Tal obrigatoriedade coaduna-se com o tratamento diferenciado dado pelo CPC/2015 e também com a tantas vezes enfatizada trajetória evolutiva da instituição, que leva a assumir papéis não tradicionais.

4 – Defensoria Pública e a resolução de demandas coletivas no CPC/2015.

É certo que o direito transindividual, quando tutelado somente em âmbito individual, acaba por não corresponder aos ideais de integralização do acesso à justiça. Ao serem defendidos somente em sua perspectiva atomizada[5], os direitos metaindividuais geram alguns efeitos impeditivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ao acesso à justiça, como a massificação das demandas, provocando o congestionamento do Poder Judiciário e a prática impossibilidade de dar reparação a todos os ofendidos em seus direitos.

Nessa tessitura, comentam Burger e Balbinot (2008, p. 35) que:

> Constata-se que, apesar de um número expressivo de demandas ajuizadas, o resultado, principalmente em se tratando de direitos transindividuais, não cumpre a tarefa constitucional de abranger e dar reparação a todos os lesados pela relação objeto da lide. Na verdade, vivemos um momento de crise, no qual resta claro o esgotamento do Poder Judiciário, cujas estruturas não comportam nem jamais comportarão toda a litigiosidade das relações de massa [...]

Com efeito, a Constituição de 1988, quando traz a proteção integral e gratuita, em todos os graus, aos necessitados (artigo 50, inciso LXXIV, c/c artigo 134, caput), não consigna qualquer proibição a que, no exercício da tutela coletiva, a Defensoria Pública possa tutelar outros interesses de pessoas não necessitadas juridicamente, desde que tal tutela se dê como efeito da defesa processual dirigida ao necessitado jurídico.

Afinal, o Brasil vive a chamada pluralização da carência, em que não se concebe mais a ideia de grupos isolados de necessitados, haja vista que a pobreza e a vulnerabilidade são mazelas vivenciadas em meio aos mais variados nichos da sociedade. Desta feita, nas questões como meio ambiente, economia popular e ordem urbanística, por exemplo, é quase certo que exista um grupo de potenciais assistidos pela Defensoria Pública, mesmo que a ofensa ao bem coletivo não atinja somente a essa classe.

Em arrimo ao exposto, impende destacar as lições de Sousa (2008, p. 240):

> No Brasil, assimilar o pluralismo é algo extremamente complexo, pois o pais abriga diversidades que chegam a ser chocantes. Ao lado das diversidades regionais, próprias de um país continental, convivemos com diversidades oriundas de uma das piores chagas da nação, qual seja, a brutal desigualdade de renda. Não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> estamos entre os países mais pobres, mas formamos entre os mais desiguais. [...] Assoma então o papel da Defensoria Pública. Postulando a bem dos mais fracos, os defensores aproximam-se dos grupos cujos interesses restam freqüentemente ignorados em outras instâncias decisórias, ganhando a instituição especial sensibilidade em relação a tais interesses.

Em atenção aos direitos coletivos e à atuação da Defensoria Pública nessa seara, o CPC/2015 traz em seu texto a legitimidade atribuída à Defensoria Pública na tutela coletiva, sendo tal Instituição alçada como protagonista na defesa dos direitos coletivos, como prescreve o art. 139, X, *in verbis*:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> [...]
>
> X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Outro dispositivo que trouxe a Defensoria como apta a agir na resolução de demandas de massa, foi o artigo 976 e seguintes, ao conceder a legitimidade à Instituição para deflagrar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituto criado e disciplinado nos arts. 976 e seguintes do CPC/2015[6].

Tal incidente é um instituto novo introduzido pelo CPC/2015, inspirado no *Musterverfahren* do direito alemão, e que segue a linha iniciada com a repercussão geral no Recurso Extraordinário e os recursos repetitivos no Recurso Especial.

Sobre o tema Diego Cantoario (2015, p. 110) assevera que:

> O IRDR nasce como mais um dos instrumentos para 'resolução coletivas de litígios'. Não se trata, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

> tivemos oportunidade de afirmar em outro estudo, de uma ação coletiva, mas sim de um incidente processual vocacionado a dar solução coletiva a litígios independente de sua natureza, ou seja, abarcando desde direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos até os meramente individuais.

Pode ser iniciado quando ocorrer a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (NEVES, 2016, p. 1398).

O pedido de instauração do incidente é endereçado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, que devem apreciá-los por meio do órgão indicado pelo regimento interno para a uniformização de jurisprudência do tribunal, sendo que, com a admissão do incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam nos órgãos submetidos à jurisdição do tribunal (Estado ou região).

Acerca do tema, Lima (2015, p. 367) assevera que:

> O incidente contém uma etapa de instrução, quando as partes e os demais interessados (que podem ser pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia) podem requerer a juntada de documentos e a realização de diligências para a elucidação da questão. Também é permitida a realização de audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Com o julgamento do incidente, a tese jurídica deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou colegiados que tramitem na área de jurisdição do tribunal, inclusive os que tramitam nos juizados especiais; a tese também será aplicada aos casos futuros que tramitarem no território de competência do tribunal (art. 985, I e II).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Como se depreende o referido incidente visa a assegurar a isonomia e a segurança na prestação jurisdicional, sendo a questão que aqui interessa é acerca do papel que nele desempenhará a Defensoria Pública.

Nesse sentido, caberá à Defensoria Pública, dentre outros legitimados, deflagrar o incidente por meio de petição instruída com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos indicados no art. 976 do Código. Decerto, a Defensoria Pública, pela experiência com a tutela dos direitos dos necessitados, tem condições de escolher as melhores causas para a instauração do IRDR (CANTOARIO, 2015, p. 114).

Não há, nos termos do art. 977, III, restrição objetiva ou subjetiva para a propositura do IRDR por parte da Defensoria Pública. Assim, qualquer questão de direito pode ser levantada pela Defensoria Pública na instauração do incidente. Todavia, no que toca aos possíveis beneficiários com o resultado do incidente, assim como ocorre nas ações coletivas, a questão já vem sendo objeto de celeuma, em especial no que concerne à vinculação das teses jurídicas apresentadas pela Defensoria. Afinal, a Instituição somente poderá apresentar teses jurídicas que beneficiem apenas hipossuficientes econômicos ou poderá também beneficiar pessoas não pertencentes a este grupo?

Entende-se que mesmo se a questão debatida favorecer pessoas não necessariamente hipossuficientes, caberá a legitimação da Defensoria Pública, desde que dentre o "universo" favorecido existam grupos vulneráveis jurídicos.

Nessa linha de raciocínio, Lima (2015, p. 368/369) aduz que: "[...] Desde que o resultado do incidente possa beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4º, VII, LC 80/94) ou vulneráveis (art. 4º, XI, LC 80/94), a legitimidade da Defensoria Pública para instaurá-lo parece existir".

Ademais, o art. 983 dispõe que o relator poderá ouvir órgãos e entidades com interesse na controvérsia (NEVES, 2016, p. 1412), o que também inclui a Defensoria Pública, podendo participar do trâmite do IRDR mesmo quando não o tiver ajuizado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Poderá também requerer ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente instaurado (art. 982, §3), sendo entendimento assente que a Instituição poderá requerer a suspensão mesmo quando não tenha sido a responsável por instaurar o IRDR. Poderá, ainda, postular a revisão da tese jurídica firmada no IRDR.

O protagonismo que o novo Código de Processo Civil conferiu à Defensoria Pública no incidente de resolução de demandas repetitivas revela a importância com que é vista a instituição apta a contribuir em um aspecto mais amplo para o funcionamento do sistema judicial.

Depreende-se, portanto, que a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses e direitos difusos, mormente nos termos do CPC/2015, além de se inserir no bojo das finalidades constitucionais dessa Instituição, é extremamente necessária para a integralização da prestação jurisdicional dispensada aos necessitados jurídicos. Logo, só se pode reconhecer que essa tutela está em sintonia com os ideais de efetivação do acesso à justiça, não havendo que se limitar a abrangência dessa defesa coletiva.

CONCLUSÃO

É certo que a Defensoria Pública teve participação fundamental na estrutura do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em especial quanto à tutela jurídica dos direitos difusos e coletivos e à assistência jurídica das pessoas necessitadas.

Dentre as inovações trazidas pelo CPC/2015, tem-se a Defensoria como legitimada a provocar o incidente de coletivização ou IRDR, visando à coletivização quantitativa de causas sob sua responsabilidade, bem como a criação de um capítulo específico sobre a Defensoria Pública na parte geral do novo CPC.

O novo Código de Processo Civil – em alinhamento à Emenda Constitucional nº 80 –, trouxe a Defensoria Pública em um título específico, dispondo sobre o regramento e diretrizes próprias da carreira. Ademais, ressaltou a qualidade de instituição autônoma e integrante do sistema de justiça, deixando clara a sua independência em relação ao corpo estatal de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

advogados e a tratando em igualdade de condições com os demais atores processuais.

Por certo, a inserção da Defensoria Pública enquanto instituição autônoma, diferenciada e com regramentos próprios no bojo do CPC/2015 trouxe regramentos processuais peculiares que, em *ultima ratio*, buscam efetivar, desburocratizar e trazer mais eficiência procedimental à atuação dos Defensores Públicos, ao mesmo tempo que trazem maior tutela e igualdade material, dentro do processo civil, ao assistido pela Defensoria, tal como se conclui da análise dos artigos 139, X, 185 a 187, 445, §4º, IV, 513, §2º, 555, §1º, 565, §2º e 976 e seguintes, todos do CPC/2015.

Ao fim e ao cabo, verifica-se que a atuação da Defensoria Pública na defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados jurídicos, mormente nos termos do CPC/2015, além de se inserir no bojo das finalidades constitucionais dessa Instituição, é extremamente necessária para a integralização da prestação jurisdicional dispensada aos necessitados jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. Assistência Jurídica Integral da Defensoria Pública no no Código de Processo Civil. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

ARANTES, Rogério B.; MOREIRA, Thiago M. Q. Defensoria Pública e acesso à justiça no novo CPC. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

ARAÚJO, José Aurélio de. O litígio coletivo da posse dos artigos 554 e 565 do novo CPC e a natureza da atuação da Defensoria Pública. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto consolidado até a Emenda Constitucional n°. 58 de 23 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de março de 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei Complementar n.° 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 28 de março de 2018.

BRASIL. Lei n.° 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 de março de 2015.

BURGER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A dimensão coletiva da atuação da Defensoria Pública a partir do reconhecimento da sua legitimidade ativa para a propositura das ações transindividuais. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Observações sobre a legitimidade da Defensoria Pública no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Podivm, 2016.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Um novo Código de Processo Civil para uma nova Defensoria Pública. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Manual do Defensor Público**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

ROCHA, Felippe Borring. Os impactos do novo CPC na Defensoria Pública: intimação pessoal e prazo em dobro. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHWARTZ, Fábio. O novo CPC e os avanços legislativos que contribuem na superação dos obstáculos e na afirmação da vocação institucional da Defensoria Pública para atuação da tutela coletiva. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

SILVA, Natália Saab Martins da. **A legitimação processual da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública à luz da efetivação do acesso à justiça: aspectos constitucionais e questões controvertidas.** 113f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Acre, Rio Branco, 2009.

SOUSA, José Augusto Garcia. A Defensoria Pública e Código de Processo Civil de 2015: Novos caminhos – e responsabilidades – para uma instituição enfim essencial. In: SOUZA, José Augusto Garcia de. (Org.). **Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública.** Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUSA, José Augusto Garcia (Org.). **Defensoria Pública**. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador: Jus Podivm, 2015.

NOTAS:

[1] Sobre o tema, Cleber Francisco Alves (2015, 95/96) assevera que: "[...] considerando-se que um dos objetivos fundamentais da República é a erradicação da pobreza e das desigualdades, é a Defensoria Pública, dentre as funções essenciais a justiça, que cabe contribuir diretamente para o cumprimento desse objetivo: a defesa e conscientização dos direitos, através da orientação jurídica e da educação em direitos humanos, como meio de superação da pobreza e de empoderamento e emancipação dos cidadãos dos cidadãos para sua plena integração na sociedade brasileira".

[2]Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste Código.
§ 1º O cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:
I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;
II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;
III - por meio eletrônico, quando, no caso do § 1o do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos
IV - por edital, quando, citado na forma do art. 256, tiver sido revel na fase de conhecimento.
[3] O mesmo modelo é seguido pelo art. 876, §1º, na fase de expropriação.
[4]Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.
§ 1º A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.
§ 2º A parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação de que trata o § 1º, presumindo-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.
§ 3º A inércia na realização da intimação a que se refere o § 1º importa desistência da inquirição da testemunha.
§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:
I - for frustrada a intimação prevista no § 1º deste artigo;
II - sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz;
III - figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;
IV - a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;
V - a testemunha for uma daquelas previstas no art. 454. (Grifou-se)

[5] Conforme assevera Didier Jr. e Zaneti Jr. (2009, p. 32/33), por tratamento atomizado deve-se compreender a ação individual, enquanto o tratamento molecularizado concentra-se nas ações que visam à defesa dos direitos transindividuais, como se observa na LACP e no CDC.

[6] Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. [...]
Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:
I - pelo juiz ou relator, por ofício;
II - pelas partes, por petição;
III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.
Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente. [...]
Art. 982. Admitido o incidente, o relator: [...]
§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.
§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo. [...]
Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. [...]
Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;
II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.[...]
Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO E DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS

OSWALDO MACHADO NETO: Advogado.

Resumo: O presente artigo busca abordar a técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional, pioneiramente desenvolvida e aplicada pela Corte Constitucional Colombiana, e recentemente incorporada à jurisprudência tupiniquim no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamenta nº 347/MC. Trata-se de que busca dar máxima efetividade às decisões da Suprema Corte em situações constitucionais imperfeitas, onde a simples declaração de inconstitucionalidade e demais mecanismos tradicionais não seriam suficientes para a resolução do quadro encontrado. Assim, nas próximas linhas, busca-se analisar o instituto e suas consequências práticas, fazendo, ao final, uma análise crítica da decisão do STF.

I – O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, apreciando situações específicas ocorridas naquele país que exigiam uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário. A primeira vez em que se reconheceu foi no ano de 1997, através da chamada "Sentencia de Unificación (SU)", utilizando-se pela primeira vez a expressão.

O instituto é verificado quando caracterizada uma **(1)** violação generalizada e sistemática aos direitos fundamentais, **(2)** oriundo da inércia estrutural ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar esse cenário, **(3)** de modo que a superação da situação consolidada exige transformações estruturais mediante a atuação de diversos órgãos e autoridades dos Poderes Públicos.

A caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional afeta grande número de pessoas, que acabam por ter seus direitos fundamentais violados diante da inércia do Poder Público em resolver a situação. O enfrentamento do litígio exigirá atuação conjunta de diversos órgãos, com medidas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

estruturais relacionadas às políticas públicas, o que não seria viável utilizando-se dos métodos tradicionais de decisão.

A título de exemplo, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no que diz respeito à violação massiva dos direitos dos presos, especificamente no que toca ao desrespeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Diante da total ausência de atuação do poder público na tentativa de arrefecer o problema, a corte determinou diversas medidas no sentido de superar aquela situação de violação generalizada de direitos fundamentais de inúmeras pessoas.

Para tanto, a Corte Colombiana emitiu diversas ordens, para diversos órgãos, a fim de superar a situação de crise. A medida, entretanto, não alcançou o fim desejado. As ordens oriundas da Corte não tinham a flexibilidade necessária para se efetivar seu cumprimento, bem como faltaram mecanismos de fiscalização acerca da implementação de tais medidas.

Em outro caso, Corte Suprema Colombiana reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional foi apreciando um caso concreto de deslocamento forçado de pessoas, decorrente das turbulências suportadas no país vizinho em razão da atuação das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). O deslocamento ocorria em razão da necessidade de fugir dos locais de conflitos, buscando segurança nas localidades vizinhas à situação conflituosa.

Nesse caso específico, a Corte Colombiana analisou mais de 100 pedidos, formulados por mais de 1000 famílias que foram obrigadas a deslocarem-se dentro da Colômbia por conta da violência que assolava o país.

A fim de não cometer o mesmo erro novamente, a Corte determinou novas medidas. Para tanto, exigiu atenção orçamentaria ao problema, determinou que fossem formuladas políticas públicas, atos normativos e marco regulatório eficiente para proteger os direitos envolvidos. Dessa vez, ordens flexíveis foram dirigidas a diversos órgãos estatais, o que ocasionou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

num resultado positivo, considerando que o Poder Judiciário dialogou com os demais poderes públicos no intuito de alcançar o fim almejado.

II – A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECENDO O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO – ADPF 347/MC

Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental com o objetivo de conseguir a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de que o sistema carcerário brasileiro viola a Constituição Federal ao desrespeitar diariamente os direitos das pessoas encarceradas. Buscou, ainda, que o STF determinasse aos entes federativos (União, Estados e Distrito Federal) que adotem providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Defendeu-se, ainda, em sede de inicial, que o sistema carcerário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional. Foram apontados os pressupostos caracterizadores do ECI, já mencionados na primeira parte do presente artigo. O julgamento do mérito ainda não foi efetuado pela Suprema Corte, entretanto, ao apreciar a medida cautelar, os Ministros entenderam pelo deferimento de algumas medidas requeridas em sede inicial.

Para admitir a concessão da liminar, o Plenário do STF reconheceu que o sistema carcerário brasileiro gera violações generalizadas dos direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros, que no mais das vezes não gozam de condições mínimas de salubridade, acabam por transformar-se em penas cruéis e sobremaneira desumanas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a violação de dispositivos constitucionais, de tratados internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e o Pacto de São José da Costa Rica), bem como normas infraconstitucionais, como a Lei 7210/84.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

A falta de medidas conjuntas e interdisciplinares dos Poderes Públicos caracteriza uma falha organizacional na estrutura interna dos entes federativos, causando ofensa aos direitos dos presos. Necessária, portanto, a intervenção do Poder Judiciário, a fim de corrigir os desvios decorrentes da incapacidade das autoridades administrativas e legislativas em implementar sua missão constitucional.

Não há falar, no caso, de violação à separação de funções. O Supremo Tribunal Federal, como último guardião da Constituição Federal, deve garantir que a Carta Magna tenha reconhecida a sua força normativa, de modo a inadmitir qualquer tipo de omissão dos poderes públicos democraticamente eleitos.

Na busca pela superação da situação calamitosa do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal deferiu, parcialmente, os pedidos formulados em sede de medida cautelar, na ADPF 347, para determinar que fosse implementada, em 90 dias, a audiência de custódia, bem como obrigou a União a liberar as verbas do Fundo Penitenciário para serem utilizadas na finalidade para qual foi criado o fundo, vedando qualquer novo contingenciamento.

III – A INCOERÊNCIA DA DECISÃO DO STF SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO E AS ADC'S 43 E 44

Como ficou demonstrado, o STF teve oportunidade de manifestar-se sobre a questão do sistema carcerário e, com base na tese da Corte Constitucional Colombiana (CAMPOS, 2016, p. 292), declarou inconstitucional a realidade do sistema carcerário brasileiro, tendo em vista a falha estrutural da atuação pública dos Poderes representativos no sentido de coibir violações flagrantes e reiteradas de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que não houve unanimidade quanto à postura adotada pela Suprema Corte. Pelo contrário, vozes respeitáveis da doutrina sustentaram a incompatibilidade constitucional da tese importada de terras colombianas. Citam-se, a título de exemplo, as críticas direcionadas por Streck (2015) e Campilongo (*et al.*, 2015). Para esses

autores, a decisão tomada pelo STF na ADPF 347 traz muito mais perigos do que prospectos positivos à democracia.

Seus argumentos assentam-se em 3 premissas mais ou menos homogêneas entre si (CAMPOS, 2016, p. 292): 1) os riscos de subjetivismo e ativismo judicial; 2) ilegitimidade democrática e irresponsabilidade institucional de juízes e cortes; 3) violação à separação de poderes e o fim das fronteiras entre Direito e Política.

Nota-se que os argumentos ventilados, com poucas variações, são os mesmos daqueles destinados quando se quer criticar uma decisão reputada ativista da Suprema Corte (STRECK, 2014, p. 624). Concordamos com a validade dos argumentos, porém, cremos que os mesmos, ainda que mirem a tese do Estado de Coisas Inconstitucional, não a acertam. Ao menos não nos termos em que ficou assentada na jurisprudência da Corte Colombiana, seguida pelo STF (CAMPOS, 2015, p. 285).

Com efeito, a *total excepcionalidade* é a característica mais marcante na aplicação dessa tese. Dos 4 pressupostos elencados (BLANCA, 2016, p. 56 e ss.) para a configuração do estado de coisas inconstitucional, dois deles, por sua objetividade, já reduziriam substancialmente as chances de voluntarismo judicial, quais sejam: 1) a constatação de um quadro não apenas de proteção deficiente, mas de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais, a afetar número indistinto de pessoas e 2) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção daqueles direitos.

É evidente que os referidos pressupostos, além dos demais restantes, devem ser interpretados de maneira restritiva e *pari passu* com disposições constitucionais expressas. Não pode sob hipótese alguma a Corte Constitucional valer-se da tese ora analisada para subrogar-se em atribuições típicas dos Poderes Legislativo e Executivo, sob pena de ofensa à cláusula pétrea da separação dos Poderes e vulneração flagrante da ordem democrática.

Isso implica a vedação da atuação proativa da Suprema Corte com fulcro em princípios constitucionais "implícitos" ou construções semelhantes. Ora, a acachapante e sistemática violação de direitos tida como pressuposto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

à aplicação da tese do ECI é incompatível – lógica e dogmaticamente – com a violação de prescrições meramente implícitas do texto constitucional, o que poderia dar azo a interpretações voluntaristas e oportunistas, as quais, ainda que sempre nocivas, nesse caso significariam grave ruptura democrática.

Desse modo, reitera-se a possibilidade de aplicação do ECI exclusivamente como *ultima ratio*. Tal reputa-se ser o caso do sistema carcerário brasileiro, conforme entendeu o STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Sem deferir todos os pedidos formulados na ação ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), os ministros concederam a cautelar para deferir parcialmente os pedidos, conforme decisão abaixo ementada:

> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.
>
> SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS HUMANOS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como "estado de coisas inconstitucional".
>
> FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

> AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civil e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Ressalte-se que 7 dos 11 ministros reconheceram a presença de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro. Foram eles: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Todos concordaram que, diante da violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir até mesmo sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos.

Ainda que em sede de cautelar, tal decisão da Suprema Corte indicava um quadro animador para a forma com que o Poder Judiciário passaria a lidar com a grave situação dos presídios brasileiros. Talvez agora, finalmente, a palavra final por do guardião máximo da constituição causasse algum constrangimento nos agentes públicos e, principalmente, representasse o início de uma jurisprudência mais progressista e ciosa da função última do Poder Judiciário, a proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, não foi sem estranhamento que significativa parcela da academia recebeu o novo posicionamento do STF acerca da execução provisória da pena. Em sede do HC 126.292/RJ a Suprema Corte, na estrita cognição inerente a um *habeas corpus*, entendeu por bem revisar seu entendimento e admitir a possibilidade de prisão a partir da reiteração da condenação em segunda instância.

Ao fazer isso, os ministros favoráveis ao novo entendimento elencaram quatro fundamentos principais: 1) a previsão em tratados constitucionais (Convenção Americana de Direitos Humanos, mormente) do direito ao duplo grau de jurisdição; 2) a impossibilidade de reanálise de fatos e provas em sede de recursos especial e extraordinário (súm. 7 do STJ e 279 do STF); 3) a deficiência da proteção penal em virtude da excessiva mora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

judicial; 4) a ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário. Analisar-se-á de forma sucinta cada um dos argumentos levantados e sua compatibilidade constitucional.

Não há dúvidas de que o Pacto de San José da Costa rica assegura uma presunção de inocência (art. 8.2) "enquanto não se comprove legalmente a sua culpa", assim como garante a todos o respeito ao duplo grau de jurisdição (art. 8.2., "h"). Nesse contexto, seria natural que, a partir da inteligência desse diploma internacional, se considerasse satisfeito o respeito à presunção de inocência a partir da condenação em segunda instância.

Porém, parece ter sido esquecido pelos Ministros da Corte que o "marco satisfatório" da presunção de inocência estabelecida na Carta Magna é distinto daquele previsto em qualquer Tratado Internacional de Direitos Humanos do qual a República Federativa do Brasil seja parte. Com efeito, dispõe o inciso LVII do art. 5º da CF/88 que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Nota-se que o texto é cristalino em assegurar a referida presunção até o *trânsito em julgado* da sentença condenatória. Não fala em duplo grau de jurisdição ou qualquer outro momento processual, apenas em trânsito em julgado.

Portanto, a não ser que se pretendesse alterar repentinamente o conceito secular de trânsito em julgado (GAJARDONI *et al.*, p. 617), não há qualquer retórica que justifique outra interpretação que não seja a decorrente da literalidade textual: antes do trânsito em julgado, salvo hipóteses prisão provisória, não há que se falar em encarceramento do acusado. Assim dispõe, também, a literalidade do art. 283 do CPP, *in verbis*:

> *Art. 283. Ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.*

Como o dispositivo fora totalmente esquecido na decisão do STF em sede de HC, ajuizou-se ação declaratória de constitucionalidade (ADC's 43 e 44) do referido artigo, para confirmar sua plena validade e vigência. No

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

entanto, o STF sustentou seu novo posicionamento e, numa votação de 6 a 5, conferiu interpretação conforme à constituição do art. 283 do CPP para possibilitar a prisão após condenação em 2ª instância, em um malabarismo hermenêutico digno de aplausos.

Quanto à impossibilidade de reanálise de provas e fatos em sede de Tribunais Superiores, jamais poderia uma restrição criada pelos próprios Tribunais (STJ e STF) através da estreita via da súmula implicar na relativização de uma garantia constitucional pétrea. Nada mais óbvio, uma vez que onde o constituinte originário não comportou exceção, não poderá o intérprete fazê-lo (STRECK, 2014, p. 329). Especialmente quando a própria conformação legal conferida à garantia fundamental caminha no sentido de reforçá-la, como é o caso.

Nesse ínterim, não há que se conferir qualquer importância à existência ou não de efeito suspensivo aos referidos recursos, uma vez que o texto constitucional não impõe tal restrição. Enquanto houver pendência de recurso, ou possibilidade de interposição, não há trânsito em julgado e, por conseguinte, a presunção de inocência resta (ou deveria restar) intacta.

Quanto aos argumentos de ineficiência do processo judicial, foram estes os mais rasos, porém possivelmente os mais determinantes no *overruling* procedido pela Corte. O momento político vivenciado pelo país, com profusão inacreditável de denúncias de corrupção do colarinho branco, parece ter tido papel vital na repentina mutação interpretativa declinada à presunção de inocência, como ficou evidenciado no fundamento dos votos de vários Ministros, máxime no de Barroso, *in verbis* (grifo nosso):

> Entre nós, no entanto, a ausência de um direito penal minimamente efetivo e igualitário funcionou como um estímulo a diversos tipos de criminalidade. Criamos um país no qual o crime frequentemente compensa. *Isso vale, particularmente, para a chamada criminalidade de colarinho branco, universo no qual se situa o fenômeno da corrupção*.

Elevando ao ápice a função ético-social atribuída por Welzel ao Direito Penal (e o processo penal, por consequência), os Ministros cederam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

um furor punitivista a fim de realçar o caráter pedagógico do Direito Penal. Porém, falharam ao interpretar a Constituição segundo as demandas populares, fugindo do necessário caráter contramajoritário da Suprema Corte, sem o qual seus ministros em pouco se distanciam de um membro do Congresso Nacional, os quais não tem qualquer compromisso com a imparcialidade.

Pois bem. Sem prejuízo de todas as críticas apontáveis aos fundamentos jurídicos equivocados levantados pela Suprema Corte – o que se fez aqui apenas superficialmente, se analisarmos o novo entendimento da Corte sob um viés meramente utilitarista, ainda assim o mesmo não se sustenta.

Com efeito, é paradoxal que o mesmo colegiado que decretou, por 7 votos a 3, a *inconstitucionalidade fática* do sistema carcerário brasileiro, menos de 6 meses depois tome duvidosa decisão dentre cujos efeitos encontra-se o aumento substancial da clientela carcerária, tendo em vista o elevado número de recursos interpostos – sendo parte razoável deles provida – ao STF e STJ após condenação de segunda instância.

Protelatórios ou não, é direito do acusado interpor recursos de eventual condenação. E recorrer em liberdade. Diferentemente do que entendeu o STF nas referidas ADC's, a garantia fundamental não comporta "graus de inocência". Existe apenas uma presunção de inocência – integral, digamos – e ela se impõe de forma irrestrita até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Qualquer espécie de relativização no âmbito de proteção desta norma consiste, na verdade, em verdadeiro menoscabo da garantia, que restará totalmente esvaziada em seu sentido.

IV – CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda é refém de avanços e retrocessos pontuais no que respeita à concretização dos direitos fundamentais. Foi pequeno o tempo para comemorar sua decisão que declarou a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Àqueles que esperavam posicionamentos mais garantistas da Suprema Corte, restou a frustração. A virada jurisprudencial na interpretação da presunção de inocência denotou cristalinamente o quanto ainda está distante a construção de uma racionalidade decisória em nosso sistema judicial, cuja Corte Máxima ainda cambaleia para assegurar direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão, em tese, o mais "fáceis" a serem satisfeitos pelo Estado.

Por outro lado, os massacres carcerários ocorridos em 2017, ainda vivos na memória, serviram para nos mostrar a urgência da construção de uma sólida tradição decisória efetivamente atenta à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. Nesse cenário, a atuação proativa do Judiciário cinde-se em uma bifurcação: por um caminho, pode significar a atuação de direitos elementares do cidadãos face à ineficiência dos demais Poderes; por outro, perigosamente próximo daquele, pode culminar na mais severa – ainda que paulatina e, para muito, imperceptível – ditatura, isto é, a daqueles que tem a palavra final.

Para que nos tomemos a via correta, é imprescindível construir uma responsabilização política da atuação judiciária, a fim de exercer-se um controle político de suas decisões. O Judiciário, como centro de legitimação do mesmo, não pode ver-se totalmente livre de amarras – políticas e epistemológicas –, sob pena de, na sua necessária atuação, por a perder séculos de construção dogmática e política do movimento constitucionalista no sentido de limitação do exercício do poder.

V – REFERÊNCIAS

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAJARDONI, Fernando Fonseca *et al*. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

DORMINDO COM O INIMIGO: DOENÇAS CRIMINALMENTE TRANSMISSÍVEIS

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL: Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. é sócio em AMARAL GURGEL Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

Entre os crimes contra a pessoa, mais precisamente no capítulo sobre a periclitação da vida e da saúde, encontramos o tipo penal que leva a rubrica de perigo de contágio venéreo. Apesar de sua vigência coincidir com a do próprio Código Penal que lhe deu origem, somente a partir do primeiro surto da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) passamos a observar um caloroso debate doutrinário e jurisprudencial, que fez oscilar as decisões emanadas dos tribunais superiores. Atualmente, graças ao auxílio do direito comparado, já é possível vislumbrar uma solução mais serena e justa para os fatos que se coadunam a determinados crimes sexuais, embora ainda permaneçamos distantes de um posicionamento pacificado.

O art. 130 do Código Penal revela em seu "caput" a seguinte conduta: "Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado". Como se trata de crime de perigo, o tipo penal não exige a transmissão da doença, bastando para a sua consumação a mera exposição da vítima ao risco de contraí-la. O elemento subjetivo do tipo é o dolo, não sendo punível a forma culposa. Sendo assim, é imprescindível que o agente tenha consciência e vontade de, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, expor a vítima ao risco de contrair uma doença venérea.

Dispensável torna-se a demonstração de que o agente tinha a intenção de transmitir a doença, o que somente justificaria a majoração da pena pela incidência da qualificadora prevista em seu parágrafo primeiro. Se porventura o agente lograr êxito em seu desiderato, parte da doutrina defende a tese de que o crime passará a ser o de lesão corporal, tendo em vista a técnica jurídica da absorção do perigo pelo dano. Todavia, corrente divergente sustenta, com base nas premissas do Finalismo, que o delito não

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

pode variar de acordo com o resultado. Sendo assim, se o dolo foi dirigido para a exposição de perigo, nesta esteira permanecerá, classificando-se o resultado danoso como um mero exaurimento, sem qualquer relevância no âmbito criminal, salvo no tocante à dosimetria da pena.

Por outro lado, se o agente não sabia ser portador de uma moléstia venérea, nem tinha elementos que pudessem fazê-lo suspeitar dessa condição, inútil será qualquer tentativa de subsunção do fato à norma. Aliás, não são raros os relatos sobre pessoas acometidas de moléstias venéreas, assim como em relação a doenças de natureza diversa, inclusive graves, viveram por um longo período sem qualquer ideia sobre a realidade clínica que lhes cercava. Entretanto, para o cometimento do crime não se faz necessário que o agente possua um diagnóstico emitido por um profissional da área de saúde, muito menos um laudo técnico-científico como resultado de análises laboratoriais. Em muitos casos, algumas manifestações fisiológicas anômalas permitem ao indivíduo concluir, ou ao menos desconfiar, de que possa estar contaminado, como corrimentos, verrugas, erupções na pele, entre outros sinais. A mesma sorte terá aquele que, mesmo sem nenhum sintoma, por exemplo, tomar conhecimento de uma provável contaminação por intermédio do próprio parceiro, com quem manteve relações sexuais sem preservativo, que, espontaneamente, resolve lhe revelar sobre a sua enfermidade. Em situações como estas, pode-se afirmar que, se não sabia ter sido afetado pela moléstia, deveria saber.

Na rotina forense, hipótese muito comum é aquela em que o indivíduo, em tratamento para a cura de uma doença sexualmente transmissível, vislumbra a oportunidade de manter contato íntimo com uma pessoa que há muito tempo vem lhe despertando interesse. E assim, sendo desprovido de caráter, enfrenta o dilema entre dispensar o tão desejado encontro, que se apresenta em momento inadequado e incompatível, ou desfrutar de sua sorte no galanteio em detrimento da saúde daquele com o qual deveria dedicar um mínimo de compaixão e respeito. Seguindo a segunda opção, figurará como sujeito ativo do crime de perigo de contágio venéreo.

Considerando que o crime em tela é de ação penal pública condicionada à representação, a persecução penal dependerá da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

manifestação de vontade do ofendido em ver o fato apurado. Se a providência não for tomada, nenhum procedimento neste sentido poderá ser iniciado, ou seja, não poderá haver atuação por parte do representante do Ministério Público ou do magistrado, nem tampouco do delegado de polícia, que normalmente acaba sendo o principal destinatário da *notitia criminis*. E não é nada complicado imaginar situações nas quais a vítima sequer venha a cogitar empreender algum esforço para provocar a ação dos agentes públicos, ou que até mesmo chegue ao ponto de agir de modo a ocultar o ocorrido. Seria a hipótese, por exemplo, de a vítima ter ficado exposta ao risco de contrair uma moléstia venérea em meio a uma relação extraconjugal. Para ela, certamente, pior do que o perigo ao qual tenha sido submetida, somente a crise conjugal decorrente da instauração de uma investigação policial ou processo judicial. O mesmo ocorreria se o ofendido sofresse o atentado à sua saúde por meio de atos libidinosos praticados em uma relação homossexual, sem que jamais tivesse revelado a alguém detalhes sobre suas preferências mais íntimas. Não querendo fazê-lo naquele momento, não haveria outro meio senão o de abdicar da devida representação, pois, do contrário, além de exposto ao risco de contrair doença venérea, veria sua vida íntima ser devassada por aqueles a quem não deve nenhuma satisfação.

Na doutrina há quem defenda a tese de que o uso do preservativo pelo agente sabedor da enfermidade afastaria o crime por ausência de dolo, e, por conseguinte, de tipicidade. Em contrapartida, outra corrente entende que tudo dependerá do caso concreto, visto que a utilização da camisinha não afasta por completo o risco de transmissão, considerando uma série de motivos, entre eles a ruptura da material em razão da presença de bolhas de ar por geradas por falha no manuseio; má qualidade do produto; deficiência no processo de fabricação; pouca lubrificação; entre outros incidentes mais do que previsíveis. Há de se considerar ainda que o uso inadequado do preservativo seria equivalente à sua dispensa, como se pode notar no comportamento de alguns indivíduos que o utilizam no ato da penetração vaginal, mas o dispensam quando se voltam para a prática de outras modalidades. Com exceção da gravidez, o que mais, exatamente, pensariam estar evitando?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Na década de oitenta, quando os cientistas conseguiram pela primeira vez isolar o HIV, vírus causador da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), fazendo com que as velhas profecias sobre o do fim dos tempos voltassem a assombrar a humanidade, obviamente a doutrina penal não poderia ter ficado imune. Na ocasião, falar para o paciente sobre a presença do vírus em seu organismo era equivalente a submetê-lo ao cadafalso. O clima de medo extremo afetou os doutrinadores de tal modo, que logo passou a prevalecer o posicionamento no sentido de que o crime de perigo de contágio venéreo não se aplicaria ao agente portador do vírus HIV que realizasse a conduta descrita no tipo, exceto quando desconhecesse tal situação. A tese restou fundamentada no fato de que a AIDS, além de não ser considerada pelos juristas uma doença venérea, em virtude de haver outros meios de contaminação, é uma doença fatal. Assim sendo, o dolo estaria voltado para a destruição da vida alheia, devendo o agente responder pelo crime de homicídio tentado ou consumado, a depender da condição da vítima no momento do julgamento.

A força dos argumentos somada ao pânico instalado pelas constantes notícias a respeito da epidemia, que inclusive fez vítimas no círculo das grandes celebridades, e continua fazendo, contribuíram para que os tribunais superiores contemplassem a ideia do homicídio. E diante deste contexto, muitos réus foram julgados e condenados perante o Tribunal do Júri. Todavia, na medida em que a ciência avançava e a expectativa de vida dos portadores do vírus aumentava, os doutrinadores começaram a rever seus posicionamentos e ponderar uma série de fatores não levados em consideração até aquele momento. O primeiro deles seria o de considerar a AIDS não como uma doença fatal, como já havia sido pacificado, mas sim como uma moléstia grave e incurável. Neste sentido, a prática de relação sexual ou qualquer outro ato libidinoso por quem é portador do vírus HIV se adequaria com muito mais razão ao preceito contido no art. 131 do Código Penal (Perigo de contágio de moléstia grave) que traz a seguinte redação: "Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio". E na hipótese de a vítima contrair o vírus, mesmo sem se manifestar no organismo, o fato se coadunaria ao art. 129, § 2.º, II, do mesmo diploma legal (lesão corporal qualificada pelo resultado enfermidade incurável).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, contemplou a inovação doutrinária no julgamento do HC 98.712. Ressaltou-se que o Brasil deveria acompanhar as decisões dos seus vizinhos mais tradicionais em matéria penal, cuja maioria não classifica a hipótese de forma tão rigorosa ao ponto de permitir a subsunção do fato ao crime de homicídio. Neste sentido, afastou-se a competência do julgamento do réu por seus pares em tais circunstâncias.

Apesar de a solução imbuir-se de razoabilidade, algumas questões ainda são levantadas pelos doutrinadores mais atentos. Uma delas diz respeito ao fato de se aplicar o crime de perigo de contágio de moléstia grave apenas se não ocorrer a efetiva transmissão. Essa corrente argumenta que o delito não pode variar de acordo com o resultado, pois o que se deve ter em mente é o dolo do agente, assim como foi dito em relação ao crime de perigo de contágio venéreo diante de uma concepção finalista. Se o agente guiou a sua conduta para transmitir moléstia grave, deve responder apenas por este crime, ainda que venha ocorrer a transmissão, o que seria considerado um *post factum* impunível. Em contrapartida, se o dolo do agente era o de transmitir enfermidade incurável, que não precisa ser necessariamente grave, o enquadramento jurídico-penal correto é o de lesão corporal gravíssima nas formas tentada ou consumada. O que não pode ocorrer é a vinculação do tipo penal ao resultado naturalístico produzido. A responsabilidade do agente deverá ser orientada de acordo com uma das hipóteses mencionadas.

O aspecto mais complexo a ser enfrentado pela doutrina reside na dificuldade em se estabelecer a linha divisória entre as condutas de "praticar com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio" (art. 130 do CP), e a de tentar "ofender a integridade física e corporal de outrem" (art. 129 do CP). Embora muitos compreendam a primeira como uma previsão mais específica da segunda, e, portanto, preponderante na aplicação ao caso concreto, em respeito ao Princípio da Especialidade, a explicação não foi capaz de promover o consenso.

Já passou da hora de ser criado um novo tipo penal condizente com as transformações ocorridas nas últimas décadas. A expressão "doença

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

venérea" sequer é utilizada nos dias atuais, substituída por "doença sexualmente transmissível" ou simplesmente "DST". E em qualquer página na *internet*, na qual se faça uma pesquisa sobre o rol das doenças sexualmente transmissíveis, a AIDS sempre aparece em destaque. O argumento de que não haveria de ser assim classificada em razão de outros meios de contágio carece de um raciocínio lógico. O fato de o vírus poder ser adquirido por transfusão de sangue, por exemplo, não exclui a sua forma mais comum que se dá por meio de relações sexuais. Além do mais, outras doenças como a Hepatite B, que também podem ser transmitidas de outras formas além da via sexual, jamais deixaram de integrar a lista das doenças sexualmente transmissíveis, que fica a cargo do Ministério da Saúde. Não é a primeira vez que o Direito extrapola seus limites e invade o campo da Medicina.

Ainda sobre o tema, importa destacar que a Lei 12.015/2009 já havia acrescentado ao art. 234-A, do Código Penal, uma causa de aumento de pena para os crimes sexuais prevista no inciso IV: "se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de sabe ou deveria saber ser portador". Recentemente, mais uma alteração sofreu o referido dispositivo com a entrada em vigor da Lei 13.718/2018, mantendo-se a expressão "doença sexualmente transmissível". Nota-se que há muito tempo já não se usa a nomenclatura "doença venérea", mas sim "doença sexualmente transmissível", abrangendo, por conseguinte, a AIDS.

Apesar da criação de um novo tipo penal se mostrar necessária, não se pode pensar que a providência terá um caráter educativo e orientador das relações sociais. Aliás, o Direito Penal nunca desempenhou esta tarefa, e não haveria de ser diferente no que tange aos crimes sexuais. Na própria decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 98.712 acima discutido, o Ministro Ayres Britto destacou, de forma muito oportuna, uma passagem da obra do renomado jurista Paulo Queiroz: "A norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer é a sua parte mais importante; é, mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um *iceberg*, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

sistema autônomo de motivação do comportamento humano." (QUEIROZ, Paulo. Direito Penal. Introdução crítica, São Paulo, Saraiva, p.09).

Nesse mundo esquizofrênico que estamos vivendo, não faz muito tempo, a imprensa vinha noticiando uma nova modalidade de "roleta russa", adaptada aos tempos modernos. A forma tradicional consiste na macabra e psicótica diversão na qual duas ou mais pessoas se reúnem com o propósito de disparar uma arma de fogo contra a própria cabeça, após girar o tambor no qual é colocada apenas uma bala. À medida que o revólver for picotando o vazio, os participantes vão se alternando, até que as fórmulas matemáticas da probabilidade possam a ser comprovadas empiricamente. Havendo morte ou lesão corporal grave, todos responderão pelo crime de participação em suicídio (art. 122 do CP), com exceção do azarento, claro, já apenado pela própria estupidez. A versão mais moderna deste espetáculo bestial substituiu o disparo pela penetração sexual, e a bala pelo líquido seminal. Pessoas que nunca se viram antes aglomeram-se em orgia sem o uso de preservativo. Para os participantes, o prazer orgástico, potencializado pelo risco de contaminação, os conduz ao verdadeiro clímax.

No combate aos crimes sexuais, assim como nos demais delitos, a norma penal servirá apenas como mais um dos instrumentos estatais. Isoladamente, não será capaz de produzir outro efeito senão o de amontoar presos dentro de um sistema carcerário agonizante. Em um planeta constituído por pessoas dotadas de valores éticos e um mínimo de amor universal, debates desta natureza jamais entrariam em pauta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

HOMESCHOOLING NO BRASIL: "ESTADO E FAMÍLIA DEVEM EDUCAR. POR QUE SÓ O ESTADO PODE?"

ALLINY MAYARA DA SILVA: Bacharelanda em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins (FACTO).

RESUMO: Este trabalho, de caráter exploratório, tem por objetivos discutir o surgimento do fenômeno contemporâneo que se convencionou chamar de homeschooling (em português, educação em casa) e compreender os contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bemcomo os limites da autonomia privada contra imposições estatais. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica e documental, com objetivo de analisar as perspectivas: histórica (estratégias do movimento, argumentos e motivações para aprática); legal (propostas de legislação) e acadêmica (análise do resultado de pesquisas) sobre a temática da Educação Domiciliar. Concluímos que ensino domiciliar não se resume somente a mudança de ambiente (escola-casa), mas é fruto de uma visão social onde a família não só deve mas almeja e pretende inserir-se de forma completa no processo de formação deixando de lado a visão estanque e anacrônica da família como acessório da escola, com uma serie de deveres, mas sem nenhuma capacidade de assumir responsabilidades.

Palavras-chave: Educação domiciliar; Estudo em casa; Direito à educação.

ABSTRACT: The purpose of this exploratory study is to discuss the emerge nceof the contemporary phenomenon known as homeschooling and to understand the contours of the relationship between the State and the family in the education of children and adolescents, as well as the limits of private autonomy against state impositions. The research technique employed was the bibliographic and documentary, with the objective of analyzing the perspectives: historical (strategiesof movement, arguments and motivations for the practice); legal (legislative proposals) and academic (analysis of research results) on the subject of Home Education. We conclude that home teaching is not only a change of environment (school-house), but it is the fruit of a social vision where the family not only must but wants to insert himself completely in the formation process leaving aside the vision watertight and anachronistic

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

family as an accessory to the school, with a series of duties but without any capacity to take responsibility.
Keyword: Home education; I study at home; Right to education.

1 INTRODUÇÃO

Antes da formação de escolas públicas formais, muito do aprendizado de um estudante acontecia em casa, seja em práticas formalizadas com um tutor ou, como era mais comum, informalmente, por meio do aprendizado de uma criança com seus pais ou com o professor (no caso de aprendizes), muitas vezes centrados em torno de um ofício especializado.

Excluindo-se o conceito assaz amplo de escola como um grupo de alunos reunidos em local para assimilar conhecimento que remonta a tempo imemoriais, a concepção moderna de escola pública e obrigatória começou a surgir somente apartir do século XVI na Europa, com a influência do iluminismo (ISABEL; NASCIMENTO, 2009).

A educação escolar em casa, ou *Homeschooling*, tem suas origens, portanto precedente a formação através escolas públicas, sendo em alguns países como por exemplo os Estados Unidos, uma prática relativamente onde em um universo de cerca de 50 milhões de estudantes que frequentavam as escolas públicas em 2016 haviam 2,3 milhões que se educavam em casa (BREWER et al., 2017).

Quanto à qualidade do ensino nas escolas públicas do Brasil, se utilizamos como parâmetro o Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), uma pesquisa trienal que avalia em que medida os alunos de 15 anos de idade perto do final da escolaridade obrigatória adquiriram conhecimentos e habilidades essenciais que são essenciais para a plena participação nas sociedades modernas.

A última edição do exame em 2015 testou cerca de 540 mil estudantes de 15 anos de idade em 72 países. Nas três áreas avaliadas, ciências, leitura ematemática, os estudantes brasileiros tiveram desempenho abaixo da média da OCDE (FALVO; AMARAL, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Entre as 72 nações, o relatório mostrou o País na 63ª posição em ciências, na 59ª em leitura e na 66ª colocação em matemática, o desempenho do Brasil naamérica latina.

No Brasil apesar da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, 9.394/96) prever, no artigo 96, que os sistemas de ensino devem assegurar, aos alunos com necessidades educacionais especiais: currículo, métodos, recursos e organização, específicos para atender suas necessidades (BRASIL, 1996a),na prática existe pouca efetividade de ações.

Não obstante a escola ser tida como um espaço que favorece o desenvolvimento infantil, na medida que oportuniza a convivência com outrascrianças grande parte dos professores não possuem formação adequada a mediare favorecer a aquisição de diferentes habilidades nas crianças (LEMOS; SALOMÃO; AGRIPINO- RAMOS, 2014).

Doravante mesmo as instituições que foram moldadas para lidar com a educação inclusiva tem a falha intrínseca de que para suas atividades ocorram, deve por definição dar ênfase aos prejuízos e limitações inerentes às características da síndrome ou deficiência (ROSIN-PINOLA; DEL PRETTE, 2014).

Neste contexto investigar acerca do presente tema no Brasil ganha interesse na medida em que as escolas públicas possuem uma sobeja má qualidade (BRANDÃO et al., 2015), pouca inclusão social (LEMOS; SALOMÃO; AGRIPINO- RAMOS, 2014) e infelizmente são alvo da crescente violência urbana (MARTINS; BOTLER, 2016).

A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica e documental, c omobjetivo de analisar as perspectivas: histórica (estratégias do movimento, argumentos e motivações para a prática); legal (propostas de legislação) e acadêmica (análise do resultado de pesquisas) sobre a temática da EducaçãoDomiciliar.

E m geral a análise desde trabalho de debruça sobre livros, artigos deperiódicos e outras teses, nacionais e estrangeira em língua inglesa, jurisprudência nacional, doravante as leis analisadas pelo presente trabalho foram Código Civil, Lei 10.406/2002, Código Penal, Lei 2.848/1940, Estatuto da Criança eAdolescente Lei nº 8.069/1990, e a Lei de

Diretrizes e Bases, Lei nº 9.394/96 (BRASIL, 1940, 2017a; CÓDIGO CIVIL, 2013).

Para a análise teórica da bibliografia e documentos primários delineados na pesquisa foi empregado o método dialético, objetivando conforme Reale (2015) indicar o processo de desenvolvimento do ensino domiciliar (homeschooling)segundo as normas que lhe são próprias ou imanentes.

Doravante este artigo possui o condão de defluir que o ensino domiciliar é um método capaz de plenificar as diretrizes para a educação, tal como previsto no art. 208 da CRFB/1988 bem como o homeschooling não caracterizando de nenhummodo crime de abandono intelectual previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro, sendo "ilegal" atualmente no Brasil, simplesmente por não ser previsto em lei.

Ressalta-
se que a Constituição Federal de 1988 prevê a educação comodireito fundamental, cuja efetivação é dever conjunto do Estado e da família. No art. 208 da CRFB/1988, são previstos tão-somente os meios pelos quais será efetivada a obrigação do Estado com a educação.

A controvérsia envolve, portanto, a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.

2 FAMÍLIA E EDUCAÇÃO NO BRASIL

No texto compilado atual da constituição brasileira existe 26 menções aotermo "família", sempre que a CRFB cita a família é para assegurar um garantiafundamental, bem como em seu art. 226 a define como "entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Antecedecorroborando ser ela "base da sociedade" esculpindo no texto da carta magna a"especial proteção do Estado" a este "importante instituto" (BRASIL, 1988).

Passados estes afagos iniciais em se tratando do papel deste ente com "especial proteção" em termos práticos na educação de seus filhos, quando se compila toda a legislação constitucional e infraconstitucional, normas e pareceres, se observa que o legislador deu a família apesar do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

dever constitucional compartilhado pela educação um papel secundário e colaborar, acompanhar etc. Porquanto o estado assumiu um papel uníssono em todas as esferas de executar aformação educacional da população.

Continuando se constituição pontua que a educação é um direito a s erexercido, ele foi delineado em sua forma através da LDB (BRASIL, 1996), que traçou as diretrizes para que ocorra, em tese sob o prisma do pluralismo pedagógico desta norma não existe óbice, que dentro de parâmetros metodológicos, com o uso de técnicas adequadas a educação ocorra em casa, veja-se o exemplo do Ensino a distância.

A questão vira uma celeuma quando a questão a luz do Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu artigo 55, sentencia os pais a matricular seus filho no ensino regular, sob o risco de sofrerem sanções penais (BRASIL, 2017b).

Constituição Federal de 1988 prevê a educação como direito funda mental,cuja
efetivação é dever conjunto do Estado e da família. O parágrafo primeiro d oartigo 208 da Carta da Republica, afirma ao mesmo tempo que a Educação Pública é dever do Estado que "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo" (BRASIL, 1988).

Observa-se que em toda a legislação infraconstitucional estão previstos tão-só os meios pelos quais o Estado executa seu dever. Exsurge ainda nas entrelinhas do debate a inépcia legislativa na elaboração das normas infraconstitucionais sobre o tema (MIN. ROBERTO BARROSO, 2015).

A discussão, portanto, tem sob a superfície, a aparente demanda de definiçãodos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças eadolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais. Mas sub-repticiamente existe a clara omissão legislativa na definição das prerrogativas da família e do indivíduo a luz do princípio da dignidade da pessoahumana quanto da educação de seus filhos. Ou seja, o Estado não definiu até queponto os pais podem educar seus filhos, segundo suas convicções pedagógicas,morais, filosóficas, políticas e religiosas e ao fazê-lo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Vejamos a definição de "Dignidade da pessoa humana" no direitoco nstitucional contemporâneo dada pelo próprio o relator no STF o Ministro Luís Roberto Barroso, frise-se que o Ministro vê a dignidade da pessoa humana não como um princípio estanque e isolado, mas como algo com plasticidade para servir fator de ponderação dos demais princípios (BARROSO, 2012, p. 25):

> [...] a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merecedestaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre,igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica.

Mantendo a Constituição brasileira como paradigma, é possível defluir conforme a doutrina integrado ao núcleo essencial dos direitos fundamentai, que seriam a base para que o indivíduo exerça de forma plena seus direitos individuais e políticos o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça (BARROSO, 2012).

Entrementes na prática, o arcabouço jurídico construído no Brasil ne stasáreas foi construído de tal forma que a prerrogativa subjacente do indivíduo suprir determinados direitos fundamentais longe da tutela (leia-se autorização), ocorre somente em determinadas áreas onde atuação acessória da iniciativa privada beneficiaria determinadas castas ou classes de acordo com seu grau de influênciana elaboração da norma.

Podemos resumir da seguinte forma o contexto analisado a "educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade" (art. 208, I, da CF), constituindo obrigação da família garantir à criança e ao adolescente o direito à educação (art. 227, da CF).

Ato continuo, tem-
se ainda a obrigação dos pais assistir, criar e educar osfilhos menores (art. 229 da CRFB de 1988; e art. 1.634 do CC de 2013), reforçado pela obrigação prevista no art. 55 do Estatuto da Criança e adolescente dematri cular seus filhos na rede regular de ensino, sob pena de cometer crime de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

abandono intelectual no art. 246 do mesmo estatuto com pena de detenção (BRASIL, 1990).

3 HOMESCHOOLING

A educação se pode observar o próprio Estado que nega o ensino domiciliar pornão haver regulamentação, cria dispositivos de que permitem a obtenção docertificado de conclusão do nível médio ao estudante domiciliar.

Internacionalmente se observa que apesar das diferenças de regulamentação, o ensino em casa é uma alternativa à educação convencional que os pais dispõem, . Este artigo examina porque os pais optam pelo *homeschooling* (YEH, 2010).

Não se pode observar o próprio Estado que nega o ensino domiciliar pornão haver regulamentação, cria dispositivos de que permitem a obtenção docertificado de conclusão do nível médio ao estudante domiciliar.

Grosso modo, em um primeiro momento a partir da decisão de educar a prole sem aval do Estado, os pais em se tratando de ensino básico pediam autorização as Secretárias Municipais de Educação, que em geral negavam sob o argumento de "não estar a matrícula de crianças em idade escolar na esfera de disponibilidade dos pais, sendo um poder-dever que lhes é atribuído legalmente" (STF, 2018, p. 04).

Doravante após a negativa os pais com apoio de associações como a Associação Nacional de Educação Domiciliar (Aned) ou Aliança Nacional para Proteção à Liberdade de Instruir e Aprender (Anplia), galgavam decisões liminares para garantir o ensino domiciliar sob o argumento de absoluta inexistência de tratamento legislativo e constitucional sobre o tema (ANED, 2018).

Até aí tudo bem, a criança iria ser educada em casa, mas é a validação e reconhecimento deste processo educacional? Como uma criança que recebeu educação domiciliar entra em uma universidade?

Esta questão foi sanada pelo Governo Federal ao estabelecer que aa provação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) tem como

consequência a expedição de um certificado de conclusão do ensino médio, conforme normativa do MEC, vejamos:

> Art. 1º O interessado em obter certificação no nível de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência com base no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM deverá acessar o sítio eletrônico (http://sistemasenem2.inep.gov.br/Enem 2009/), com seu número de inscrição e senha, e preencher o formulário eletrônico de solicitação de certificação, de acordo com as instruções pertinentes, até o dia 31 (trinta e um) de março de 2010.
>
> Art. 2º O interessado deverá observar os seguintes requisitos:
>
> I - ter 18 (dezoito) anos completos até a data derealização da primeira prova do ENEM; II - ter atingido omínimo de 400 pontos em cada uma das áreas de conhecimento do ENEM;
>
> III - ter atingido o mínimo de 500 pontos na redação. Parágrafo único.
>
> Para a se pode observar o próprio Estado que nega o ensino domiciliar pornão haver regulamentação, cria dispositivos de que permitem a obtenção docertificado de conclusão do nível médio ao estudante domiciliar

Como se pode observar o próprio Estado que nega o ensino domiciliar pornão haver regulamentação, cria dispositivos de que permitem a obtenção docertificado de conclusão do nível médio ao estudante domiciliar.

Novamente o grande valor do dispositivo legal acima citado está justamentena sua omissão, uma vez que não exige a comprovação de que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

foram concluídas regularmente todas as séries do ensino fundamental e médio no sistema de formalde ensino (MEC, 2010).

Isto é consequência da uma concepção noção material do ensino, já preconizada por inúmeros estudos internacionais como o PISA onde prevalece ao invés da tradicional concepção formal (número de séries frequentadas pelo aluno na escola) o nível de conhecimento adquirido determinado pelo nível dedesenvolvimento intelectual (OECD, 2016).

3.1 EFICIÊNCIA DO ENSINO DOMICILIAR

Pode-se constatar que muitos países ao redor do mundo são adeptosao *homeschooling*, sendo que estes números tenderiam a crescer no Brasil, na medida em houver segurança jurídica para os pais que optarem por tal método de educação. O *homeschooling* é uma alternativa de ensino adotada em mais de 63 países,

só nos Estados Unidos, mais de dois milhões de estudantes são educados através desse método de ensino, o que dá um total aproximado de 4% do total deestudantes do país (BREWER et al., 2017).

Neste mesmo pais existe grande quantidade de pesquisas sobre o tema, em geral elas apontam dentre uma variedade de razões para que os pais façam a opção pelo ensino domiciliar principalmente os de natureza pedagógica relacionar o desempenho acadêmicos do alunos do *homeschooling* em comparação com os estudantes do sistema formal, afirmam com resultados consistentes que estudantes domiciliares pontuam em testes padronizados de 15 a 30 percentis acima dos estudantes da es- cola pública americana. Algo como, cerca de 15 a 30 pontos superiores em testes padronizados (BRASIL, 2014b, p. 36).

3.2 JULGAMENTO TO STF

Apesar da celeuma em torno do julgamento do STF, deixar transparecer queo tribunal proibiu o ensino domiciliar, na verdade o julgado apenar afirmou de que não é possível o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365

Federal, somente porque não existe regulamentação legal sobre o tema (STF, 2018).

O tema vem sendo motivo de acalorados debates no meio jurídico havendo dezenas de processos que chegou-se a ter mais de 18 processos transitando nos tribunais superiores sobre o tema, o que levou o STF a ainda no ano de 2015 ao analisar um Recurso Extraordinário do Rio Grande do Sul, deixa-se claro queatravés de uma decisão de Repercussão Geral que o tema em questão constitucional (STF, 2015).

Porquanto no ano de 2018 ao julgar o mérito da questão o pleno do STF considerou, por maioria, de encontro ao voto favorável do Relator Ministro Roberto Barroso negar provimento a matéria, ou seja, grosso modo, a decisão afirma que Educar no Brasil enquanto não sobrevier uma norma que regule o ensino domiciliar, restringe seu significado à instrução formal numa instituição convencional de ensino (STF, 2015)

Com isto de forma evidente os jurisconsultos ignoraram as mais variadas formas de ensino da atualidade e deixam claro a educação no Brasil segue como um subsistema de uma linha de montagem do século passado (BISPO, 2014).

No atual cenário brasileiro com relação às políticas públicas voltadas para a educação, assomado ao desenvolvimento dos meios de comunicação, é necessário um debate sério entre todos os envolvidos na busca pela melhorqualidade de ensino, dando oportunidade a aplicação de novos métodos deaprendizagem.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensino domiciliar não se resume somente a mudança de ambiente (escola- casa), mas é fruto de uma visão social onde a família não só deve mas almeja e pretende inserir-se de forma completa no processo de formação deixando de lado a visão estanque e anacrônica da família como acessório da escola, com uma serie de deveres mas sem nenhuma capacidade de assumir responsabilidades.

Sob este prisma a questão jurídica é assessoria da pedagógica e educacional,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

o Brasil é uma nação pluralista onde a dignidade da pessoa humana éprincí pio férreo, mesmo a legislação sendo omissa quanto ao papel das famílias elas devem permanecer passivas e aceitar bovinamente um modelo de ensino que deixou de ver a processo de construção do conhecimento como um fim para a dignidade humana, mas tão somente como um meio de perpassar ideologias e satisfazer interesses classistas.

REFERÊNCIAS

ANED. **Parecer Jurídico**. Disponível em: /www.aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-direito/ed-parecer-juridico>. Acesso em: 9 out. 2018.

BARROSO, L. R. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo - Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Revista Interesse Público**, v. 76, p. 29–70, 2012.

BISPO, M. DE S. Avaliação Discente em Disciplinas de Pós-Graduação: Instrumento de Formação ou um Subsistema de Linha de Montagem? **Encontro da ANPAD - EnANPAD, 38**, p. 1–12, 2014.

BRANDÃO, Z. et al. Qualidade do ensino, balanço de uma década de pesquisas.

Educação & Sociedade, v. 36, n. 131, p. 445–458, 2015.

BRASIL. **Código Penal - Decreto-lei no2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. **CRFB**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei 8.069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **LEI No 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **LEI No 9.394/96. LDB**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394compilado.htm>. Acesso em: 9 set. 2018b.

BRASIL. **LEI No 13.005, DE 25 DE JUNHO DE 2014.**, 2014a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>

BRASIL. Audiência pública realizada pela Comissão de Legislação Participativa, em 2013, para debater o tema educação domiciliar. **Brasilia: [s.n.].**

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente**, p. 258, 2017b.

BREWER, T. J. et al. Homeschooling in the United States: Examining the Rationales for Individualizing Education. v. 28, n. 2, p. [tradução], ago. 2017.

CNE. **Apresentação - Ministério da Educação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/apresentacao>. Acesso em: 9 set. 2018.

CÓDIGO CIVIL. **Código Civil**. CODIGO CIVIL. **Anais**...2013

FALVO, J. F.; AMARAL, A. L. S. N. DO. Brasil no PISA 2015: Comparação dos resultados no contexto nacional e internacional. n. 61, p. 1–4, 2016.

HSLDA. **Home School Legal Defense Association**. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2018.

ISABEL, M.; NASCIMENTO, M. **CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA DIVISÃO**

SOCIAL DO TRABALHO. Disponível em: LEMOS, E. L. DE M. D.; SALOMÃO, N. M. R.; AGRIPINO-RAMOS, C. S. Inclusão de crianças autistas: um estudo sobre interações sociais no contexto escolar. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 20, n. 1, p. 117–130, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

MARTINS, A. M.; BOTLER, A. M. H. Conflitos, indisciplina e violência em escolas.

Cadernos de Pesquisa, v. 46, n. 161, p. 560–564, set. 2016.

MEC. PORTARIA NORMATIVA No - 4, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2010**.**Disponível em:<http://download.inep.gov.br/educacao_basica/enem/legislacao/2010/portaria4_enem_certificacao_ensino_medio.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

MIN. ROBERTO BARROSO. **Decisão sobre Repercussão Geral**. Brasilia: [s.n.]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>. Acesso em: 14 set. 2018.

OECD. **Brazil - Country Note – Results from PISA 2015**. Paris, FRA: [s.n.]. Disponível em: <http://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-Brazil.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ed. São Paulo: [s.n.].

OSIN-PINOLA, A. R.; DEL PRETTE, Z. A. P. Inclusão escolar, formação de professores e a assessoria baseada em habilidades sociais educativas. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 20, n. 3, p. 341–356, 2014.

STF. RE/888815 - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**.** Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=113&dataPublicacaoDj=15/06/2015&incidente=4775478&codCapitulo=2&numMateria=31&codM ateria=7>. Acesso em: 14 set. 2018.

STF. RE 888815 PROCESSO ELETRÔNICO PÚBLICO NÚMERO ÚNICO: SEM NÚMERO ÚNICO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Origem: RS - RIO GRANDE DOSUL Relator Atual: MIN. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 14 set. 2018.

YEH, Y. Homeschooling. In: **Encyclopedia of Cross-Cultural School Psychology**. Boston, MA: Springer US, 2010. p. 520–521.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 876 de 20/10/2018 (ano X) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591365