BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 913

(Ano XI)

(06/07/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

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=2.592198

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA

04/07/2019 Milton Cordova Junior
» The Intercept e Glenn Greenwald: uma organização criminosa.....05

ARTIGOS

05/07/2019 Daniel Souza Nogueira
» O instituto da prisão disciplinar como pronta intervenção no Exército brasileiro.....09

05/07/2019 Valéria Maria do Nascimento

» A importância da criação de tipos penais específicos à concretização das funções repressiva e preventiva do Direito Penal.....25

05/07/2019 Rejane Monique Brelaz Castro

» Eutanásia dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito a uma vida digna.....33

05/07/2019 Luiz Fernando Cabeda

» O paradoxo do nosso tempo: o direito vivido é exatamente aquele que está morto.....44

04/07/2019 Roque Ortiz Junior

» Corrupção no Brasil.....51

04/07/2019 Celso Mestre Correia

» A eutanásia em face da Constituição Federal de 1988.....89

04/07/2019 Rodrigo Antola Aita

» O atraso na entrega de imóvel e o (des)cabimento de dano moral à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....192

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

04/07/2019 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» Teoria da constituição de 1988: conceito, histórico e estrutura.....199

03/07/2019 Lorraine Saldanha Freitas Xavier de Souza

» O poder invisível concebido por Norberto Bobbio e a democracia brasileira: a urgência de se manter visível os atos estatais.....203

03/07/2019 Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima

» Instituições e mudança institucional: o Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil 215

03/07/2019 Vicente Férrer de Albuquerque Júnior

» Responsabilidade Tributária por Substituição: regressiva e progressiva. Conceitos, sujeitos da relação jurídico-tributária e relevância para a Administração Tributária.....231

03/07/2019 Rodolfo Sorato de Abreu

» Responsabilidade do Estado na prestação de saúde versus a liberdade religiosa 245

02/07/2019 Roberta Eifler Barbosa

» A (im)prescindibilidade da cadeia de custódia nas interceptações telefônicas.....262

02/07/2019 Patrícia Cristina de Araújo Galvão

» Impostos indiretos e o regressivo Sistema Tributário brasileiro: o aprofundamento das desigualdades sociais 273

02/07/2019 Gabriel Mascarenhas Melo

» A "efetiva necessidade" como critério para autorização de aquisição de arma de fogo: análise de legalidade 300

02/07/2019 Nícolas Cainã Medeiros de Mendonça

» Contratos de gestão: eficiência na Administração Pública 330

01/07/2019 Renata Bajerski Gielow Cozzatti

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

» A execução provisória da pena privativa de liberdade e o princípio da presunção da inocência: o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal 388

01/07/2019 Jandira Inês Weber de Rosso

» O enaltecimento do princípio da celeridade processual e a injustiça institucionalizada pelo cerceamento de defesa nos Juizados Especiais 416

01/07/2019 Maria Laura Pereira da Silva

» Considerações sobre o Processo Administrativo Fiscal 436

01/07/2019 Breno Henrique Marques Jardim

» Eutanásia: direito de matar ou direito de morrer 449

01/07/2019 Camila Battanoli Medeiros

» Audiência de custódia - legalidade da aplicação no Brasil 465

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

THE INTERCEPT E GLENN GREENWALD: UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

MILTON CORDOVA JUNIOR: Advogado, pós-graduado em Direito Público, com extensões em Direito Constitucional e Direito Constitucional Tributário. Empregado de empresa pública federal. Recebeu Voto de Aplauso do Senado Federal por relevantes contribuições à efetivação da cidadania e dos direitos políticos. Idealizador do fundo de subsídios habitacional denominado FAR - Fundo de Arrendamento Residencial, que sustenta o Programa Minha Casa Minha Vida, implementado por meio da Medida Provisória 1.823/99, de 29.04.1999.

É por demais evidente que "The Intercept" trata-se de uma ORCRIM-organização transnacional criminosa, nos termos das leis brasileiras, segundo o art. 1º, § 1º da lei 12.850/2013, cujo modus operandi é a divulgação de informações obtidas por meios criminosos, conduta que afasta por completo uma suposta "liberdade de imprensa", que segundo o STF, não é absoluta.

O referido dispositivo legal determina que

> "*considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional*".

De fato, a conduta do jornalista Glenn Greenwald está claramente tipificada no Código Penal Brasileiro, no art. 180, § 1º (receptação qualificada), que prevê pena de até oito anos de reclusão, nestes termos:

> *§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime.*
>
> *Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O jornalista Glenn Greenwald sequer pode alegar que desconhece o autor do crime, pois conforme o parágrafo 4º do referido dispositivo legal,

> *"a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa".*

A referida ORCRIM não apenas divulga as informações, mas as obtém por meio de ações próprias, de hackers ou terceiros. No Brasil o seu representante é identificado como Glenn Greenwald. As circunstâncias indicam uma atuação em conluio com o ex-deputado Jean Wyllys, no sentido de que esse renunciasse o mandato de deputado Federal com o objetivo do então vereador David Miranda o suceder, com o objetivo de "blindar" as ações do The Intercept no Brasil.

O líder e financiador da organização é Pierre Omidyar, fundador da ebay. Segundo o Wikipedia, em 16 de outubro de 2013 ele anunciou que iria financiar o novo meio de comunicação (The Intercept) com doação de 250 milhões de dólares americanos. O passado de Pierre Omidyar reforça os indícios de envolvimento direto da ORCRIM na obtenção ilegal das informações divulgadas: trata-se de um ex-programador de computador que lançou a Ebay de leilões on-line em 1995, para se tornar a maior empresa pontocom do mundo com capitalização de US$ 62 bilhões.

Considerando que recentemente o STF decidiu que algumas provas obtidas na operação Métis serão invalidadas, em razão de que o juiz federal Vallisney teria usurpado competência do Supremo ao determinar busca e apreensão nas dependências do Senado, pela mesma razão a Suprema Corte sequer pode deliberar eventual suspeição da atuação do ex-juiz Sérgio Moro em relação à operação Lava Jato, com base em "provas" obtidas ilicitamente. "Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo" (*onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir*). O artigo 5º, Inciso LVI da Carta Magna é claro quando determina que

> "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*".

Para reflexão: o que seria dos cidadãos se fossem admitidas provas obtidas (e até "plantadas") ilegalmente? Viveríamos uma espécie de Santa Inquisição permanente, numa sociedade em que "O homem seria o lobo do homem" (Thomas Hobbes), significando que o homem é o maior inimigo do próprio homem.

Segundo o Supremo Tribunal Federal,

> "*Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> *trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude porderivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal*" (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

O princípio é previsto no artigo 157 do Código de Processo Penal:

> *"São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".*

Ou seja: o mérito da suposta violação cometida pelo ex-juiz Sérgio Moro sequer pode ser apreciado, eis que as informações foram obtidas e/ou divulgadas ilegalmente. Nessa toada, vale lembrar que conversas dos ministros do Supremo Tribunal Federal e respectivos assessores podem ter sido "intercePTadas", de forma que mais à frente nada impede que o The Intercept (cujo modus operandi beira à chantagem) as divulgue. A bem da verdade, face o poderio financeiro e tecnológico da ORCRIM, qualquer pessoa no Brasil pode ter sido "interceptada", inclusive os presidentes dos Poderes.

A rigor, face o conjunto da obra, vislumbro violação à Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) na conduta do The Intercept e do jornalista Glenn Greenwald, tendo como cúmplice o deputado David Miranda.

Vejamos.

Nos termos do art. 1º, inciso II, da referida lei, as circunstâncias apontam para iminente perigo de lesão no Estado de Direito no Brasil, consequência das condutas dos envolvidos. Importante lembrar que nos termos do art. 4º, é circunstância agravante o fato de ter praticado o crime com o auxílio, de qualquer espécie, de organização internacional ou grupos estrangeiros, como é o caso. O art. 8º determina pena de reclusão de 3 a 15 anos, na hipótese de entendimento ou negociação com grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar atos de hostilidade contra o Brasil. É o caso. Por sua vez, o art. 17 prevê pena de reclusão de 3 a 10 anos para a hipótese de se tentar mudar, com emprego de grave ameaça, a ordem e o Estado de Direito. Note-se que o jornalista Glenn Greenwald adota como tática cínica a divulgação e anúncio, a "conta gotas", do material obtido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ilegalmente, em grave ameaça. Por outro lado, o art. 20 também prevê pena de reclusão de 3 a 10 anos, para a extorsão por inconformismo político.

Isso é caso não apenas para uma ampla investigação criminal de caráter transnacional, mas de uma CPI, sem olvidar de investigar a conduta, responsabilidade e profundidade do envolvimento do deputado David Miranda, que é por demais grave.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

O INSTITUTO DA PRISÃO DISCIPLINAR COMO PRONTA INTERVENÇÃO NO EXÉRCITO BRASILEIRO

DANIEL SOUZA NOGUEIRA: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

RESUMO: O objetivo do presente Artigo é verificar se o instituto da prisão disciplinar como pronta intervenção, presente no Regulamento Disciplinar do Exército, está em consonância com a Constituição Federal e a legislação militar em vigor. Será abordado também se esse instituto, de alguma forma, pode configurar abuso de autoridade por parte da autoridade co-autora.

Palavras-chave: Prisão, pronta intervenção, disciplinar

ABSTRACT: The purpose of this Article is to verify that the institute of disciplinary detention as a prompt intervention in the Army Disciplinary Regulations is in accordance with the Federal Constitution and the military legislation in force. It will also be addressed if this institute, in any way, may constitute abuse of authority by the co-authoring authority.

Keywords: Imprisonment, prompt intervention, disciplinary

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: 1. NOÇÕES GERAIS: 1.1 Finalidades; 1.2 Princípios gerais; 1.3 Manifestações: 1.4 Transgressões disciplinar: 2. CONCEITO DE HIERARQUIA E DISCIPLINA: 3. OBJETIVO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR: 4. CLASSIFICAÇÃO DAS PUNIÇÕES: 5. CAUSAS ATENUANTES, AGRAVANTES E JUSTIFICANTES; 6. CLASSIFICAÇÃO E JULGAMENTO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR; 7. PRISÃO DISCIPLINAR; 7.1: Competência para aplicação da punição disciplinar; 7.2 Competências para aplicação da punição disciplinar de prisão; 7.3 Prisão disciplinar como pronta intervenção: CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

A profissão das Armas se difere e muito de qualquer outra atividade. Além de cultuar valores próprios como disciplina e hierarquia, o militar valoriza

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sentimentos, por vezes adormecidos na sociedade, tais como o respeito ao próximo, a lealdade, o sentimento de bem cumprir seu deveres e obrigações, a civilidade, a harmonia e a amizade.

A carreira militar e cercada de especificidades sendo caracterizada por atividade continuada e inteiramente voltada às finalidades das Forças Armadas.

O objetivo do presente Artigo é verificar se o instituto da prisão disciplinar como pronta intervenção no Exército Brasileiro está em consonância com a Constituição Federal e a legislação militar em vigor. Será abordado também se esse instituto, de alguma forma, pode configurar abuso de autoridade por parte da autoridade co-autora.

A punição disciplinar como pronta intervenção no Exército Brasileiro é ferramenta utilizada pelos Comandantes das Organizações Militares[1] como recurso para preservação dos pilares básicos de uma Instituição militar: a hierarquia e a disciplina.

A abordagem do tema proposto tem como base metodológica a pesquisa em legislação própria e periférica, a doutrina existente e a jurisprudência comum ou militar relativa ao assunto.

1. NOÇÕES GERAIS

A carreira militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípuas das Forças Armadas. A condição jurídica dos militares é definida pela Constituição Federal (CF) e pelo Estatuto dos Militares (E1).

O fundamento jurídico dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas (FFAA) está fundamentado no § 3º do art. 142 da Constituição Federal e no caput do art. 47 do E1, respectivamente:

> *Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, sãoinstituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...) § 3º Os membros das Forças Armadas são*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares*, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.*

Conforme comando do art. 47 do E1, cada FFAA possui o seu próprio regulamento disciplinar. No Exército, a norma que regula a disciplina dos seus integrantes e o Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4).

1.1 Finalidades

Estão sujeitos ao Regulamento Disciplinar do Exército todos os militares da Ativa, da reserva remunerada e os reformados, conforme disposto no art. 2º do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), exceto os oficiais generais nomeados ministros do Superior Tribunal Militar, que são regidos por legislação específica.

A finalidade do RDE é o estabelecimento das normas relativas às penas disciplinares, bem como a especificação e a sua classificação, além de regular aspectos afetos a conduta militar, o comportamento militar, a interposição de recursos e as recompensas.

1.2 Princípios gerais

A carreira militar é norteada por princípios que são fundamentais a um ambiente militar saudável, tais como a camaradagem, a harmonia, a amizade, a cortesia, a civilidade e o respeito.

Podemos dispor ainda como condutas norteadoras da carreira militar à honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, assim definidos no RDE:

Art. 6º - *Para efeito deste Regulamento, deve-se, ainda, considerar: I - honra pessoal: sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar, perante seus superiores, pares e subordinados; II - pundonor militar: dever de o militar pautar a sua conduta como a* de *um profissional correto. Exige dele, em qualquer ocasião, alto padrão de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

comportamento ético que refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido; e III - decoro da classe: valor moral e social da Instituição. Ele representa o conceito social dos militares que a compõem e não subsiste sem esse.

O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem a cada integrante das Forças Armadas conduta moral e profissional impecável aos olhos da sociedade.

1.3 Disciplina Militar

São manifestações essenciais de disciplina a correção de atitudes, a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos, a dedicação integral ao serviço, a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

1.4 Transgressão disciplinar

O RDE traz excelente conceito de transgressão disciplinar, conforme se extrai do caput do art. 14, com se segue:

Art. 14 - Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contraria aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensivo à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

No Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM)[2], a Contravenção Disciplinar (Transgressão disciplinar), é assim definida:

> *Art. 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.*

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER)[3] dispõe o seguinte sobre a Transgressão Disciplinar:

> *Art. 8º – Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.*

Podemos concluir, fundamentado nos três conceitos de transgressão disciplinar, que transgressão ou contravenção disciplinar militar é definido como sendo toda conduta, culposa ou dolosa, estabelecida em norma legal, ofensiva aos bens jurídicos essenciais ao exercício do dever militar, desde que não constitua crime.

2. CONCEITO DE HIERARQUIA E DISCIPLINA

A hierarquia e a disciplina são a base institucional das FFAA fundada no próprio texto constitucional, conforme disposto no art. 142 da CF[4]. Sem hierarquia não há disciplina, e sem esta não subsiste a hierarquia.

O art. 14 do E1 dispõe de maneira clara e precisa os conceitos de hierarquia e disciplina, pilares básicos das Forças Armadas.

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. § 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Silva (2005, 773) em sua obra de Direito Constitucional Positivo, traz excelente observação sobre o que seria hierarquia e disciplina:

> *Onde se há hierarquia, com superposição de vontade, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide* hierárquica*, às ordens normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica.(SILVA, 2005, p. 773)*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A hierarquia e a disciplina são termos correspondentes. A disciplina pressupõe relação de hierarquia. Somente se é obrigado a obedecer quem tem o poder hierárquico.

3. OBJETIVO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR

A punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence.

4. CLASSIFICAÇÃO DAS PUNIÇÕES

As transgressões ou contravenções disciplinares, nos regulamentos disciplinares do Exército e da Aeronáutica, são classificadas em graves, médias e leves; na Marinha, em graves e leves. (ABREU, 2016, p. 342)

A autoridade competente, levando em consideração a pessoa do transgressor, as causas que motivaram a prática da infração, o ilícito em si e suas consequências para a disciplina, o serviço ou para a instrução, promoverá a classificação da infração. (ABREU, 2016, p. 342)

5. CAUSAS ATENUANTES, AGRAVANTES E JUSTIFICANTES

O regulamento disciplinar do Exército Brasileiro em seus arts. 18, 19 e 20 dispõem das circunstâncias que atenuam, agravam ou justifiquem a transgressão disciplinar.

São circunstâncias justificantes:

Art. 18. Haverá causa de justificação quando a transgressão for cometida: I - na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público; II - em legítima defesa, própria ou de outrem; III - em obediência a ordem superior; IV - para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina; V - por motivo de força maior, plenamente *comprovado; e VI - por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade. Parágrafo único. Não haverá punição quando for reconhecida qualquer causa de justificação.*

São circunstâncias atenuantes:

Art. 19. São circunstâncias atenuantes: I - o bom comportamento; II - a relevância de serviços prestados; III - ter sido a transgressão cometida para evitar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mal maior; IV - ter sido a transgressão cometida em defesa própria, de seus direitos ou de outrem, não se configurando causa de justificação; e V - a falta de prática do serviço.

São circunstâncias agravantes:

Art. 20. São circunstâncias agravantes: I - o mau comportamento; II - a prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões; III - a reincidência de transgressão, mesmo que a punição anterior tenha sido uma advertência; IV - o conluio de duas ou mais pessoas; V - ter o transgressor abusado de sua autoridade hierárquica ou funcional; e VI - ter praticado a transgressão: a) durante a execução *de serviço; b) em presença de subordinado; c) com premeditação; d) em presença de tropa; e e) em presença de público.*

6. CLASSIFICAÇÃO E JULGAMENTO DAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES

O parágrafo único do art. 21 do RDE dispõe que a competência para classificar a transgressão disciplinar (leve, média e grave) é da autoridade militar responsável pela aplicação da punição.

O art. 22 do RDE disciplina que serão sempre classificadas[5]como "grave" a transgressão da disciplina que constituir ato que afete a ***honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.***

Conforme dispõe o art. 35 do RDE ***"o julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade"***.

Determina ainda em seu §1o que ***"nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados."***

A regra é que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa em qualquer processo judicial ou administrativo.

Corroborando com a regra norteadora do nosso Direito Constitucional moderno, ou seja, o direito de um devido processo legal, a nossa Carta Política de 1988 corporificou em seu inciso LV do art. 5º, o seguinte dispositivo ***"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

7. PRISÃO DISCIPLINAR

A Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal. A depender do grau hierárquico do militar (Oficial ou Praça), a prisão pode ter como local de cumprimento a própria residências do transgressor.

Devemos então considerá-la como medida extrema, por se tratar de medida restritiva de liberdade importante imposta ao transgressor.

É inquestionável a validade desse instituto, conforme comando constitucional determinado pelo art. 5º, LXI - *"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente,* ***salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;" (Grifo nosso)***

Apesar de entender a base sólida do instituto, o tema em estudo foi levado à apreciação da Suprema Corte, por meio do RE 603.116/RG, no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria, qual seja, a recepção ou não do art. 47 da Lei 6.880/1980, à luz do art. 5.º, LXI, da CF/198849. O recurso se encontra pendente de julgamento. (ABREU, 2016, p. 350)

7.1 Competência para aplicação da punição disciplinar

Conforme disposto no art. 10 do RDE é competente para aplicar as punições disciplinares, o Comandante do Exército e aqueles que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção: a) Chefe do Estado-Maior do Exército, dos órgãos de direção setorial e de assessoramento, comandantes militares de área e demais ocupantes de cargos privativos de oficial-general; b) chefes de estado-maior, chefes de gabinete, comandantes de unidade, demais comandantes cujos cargos sejam privativos de oficiais superiores e comandantes das demais Organizações Militares - OM com autonomia administrativa; c) subchefes de estado-maior, comandantes de unidade incorporada, chefes de divisão, seção, escalão regional, serviço e assessoria; ajudantes-gerais, subcomandantes e subdiretores; e d) comandantes das demais subunidades ou de elementos destacados com efetivo menor que subunidade.

7.2 Competência para aplicação da punição disciplinar de prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O art. 38 do RDE dispõe que para a aplicação da punição disciplinar classificada como "prisão disciplinar" é competente para punir o transgressor o Comandante do Exército ou Comandante, chefe ou diretor de OM.

7.3 Prisão como pronta intervenção

O Art. 31 do RDE determina que o recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em boletim da OM, só poderá ocorrer por ordem das autoridades referidas nos incisos I e II do art. 10 deste Regulamento[6]. Estabelece ainda o parágrafo único que o disposto no caput do deste artigo não se aplica na hipótese do § 2º do art. 12 deste Regulamento, ou quando houver presunção ou indício de crime; embriaguez; e uso de drogas ilícitas.

Apesar do art. 31 do RDE permitir uma interpretação extensiva em relação a quem pode fazer o recolhimento do transgressor a prisão, cabe destacar que a punição de prisão disciplinar é competência do comandante, conforme comando do art. 38 do RDE.

Em síntese, quem pode determinar a prisão do transgressor é o Comandante a quem o militar estiver subordinado.

No entanto, todo militar que tiver conhecimento de uma transgressão que afete a disciplina e o decoro da Instituição, e a ocorrência assim o exigir, pode em nome da autoridade competente, prendê-lo, conforme disposto do art. 12 do RDE:

Art. 12. Todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato, por escrito. (...) §2º ***Quando, para preservação da disciplina e do decoro da Instituição, a ocorrência exigir pronta intervenção, mesmo*** sem ***possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade militar de maior antiguidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar providências imediatas e enérgicas, inclusive prendê-lo "em nome da autoridade competente", dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomadas. (Grifo nosso)***

Podemos afirmar que a prisão disciplinar como pronta intervenção é instituto regular e válido, pois objetiva a preservação da disciplina e o decoro da instituição.

Entretanto, duvida recorrente é saber identificar as situações permissivas que autorizem a prisão como pronta intervenção, que afetem diretamente a disciplina e o decoro da instituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Então como identificar tal situação? Pode a autoridade executora da medida ser responsabilizada pela conduta cerceadora da liberdade?

Conforme disposto no § 3º do art. 35 do RDE *"**o militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou se houver necessidade de pronta intervenção.**"*

O §1º do art. 49 do RDE dispõe que *"**o cumprimento da punição disciplinar será imediato nos casos de preservação da disciplina e de decoro da classe, publicando-se a nota de punição em boletim interno, tão logo seja possível."***

Em síntese, a punição disciplinar de prisão sem nota de punição é exceção a regra. A observância do devido processo legal (Inciso LIV, do art. 5º da CF) e do contraditório e a ampla defesa (Inciso LV, do Art. 5º da CF) devem ser obedecidas.

Com o objetivo de identificar quais situações podem ensejar a prisão como pronta intervenção no Exército Brasileiro, destacamos alguns exemplos previstos no Anexo I do RDE:

Vejamos,

A prisão como pronta intervenção deverá estar sedimentada em duas premissas básicas previstas no ordenamento jurídico: ***a preservação do decoro da Instituição e a preservação da disciplina.***

No tocante a preservação do decoro da Instituição, o legislador quis resguardar a imagem da Instituição, em especial a do Exército Brasileiro, tendo em vista grande credibilidade das Forças Armadas, cujo índice de aprovação junto a sociedade civil é bem elevado, com cerca de 80% de confiança da população[7].

Como exemplo de possível quebra do decoro da Instituição, podemos destacar o nº 58 do Anexo I do RDE ***"Tomar parte, fardado, em manifestações de natureza político-partidária".***

As Forças Armadas são Instituições apartidárias, ou seja, não pertence a nenhum movimento partidário ou partido político. São organismo de Estado. Defendem a Nação e não a objetivos políticos-partidáras. Seus integrantes são proibidos de se manifestarem publicamente em questões de cunho político, justamente para que se mantenham isentos de tendências políticas de momento, conforme disposto em regulamento (E1): ***"Art. 45. São proibidas quaisquer manifestações coletivas, tanto sobre atos de superiores quanto as de caráter reivindicatório ou político".***

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Claro que essa percepção de quebra do decoro da Instituição, por vezes, é de difícil constatação, pois se trata de conduta eminentemente subjetiva, cujo cunho de valoração e de extrema complexidade.

Situação mais comumente verificada na caserna diz respeito a fatos relacionados com a preservação da disciplina, cuja valoração tende a ser mais perceptivo dentro de um conceito fático apresentado, mais que mesmo assim deve ser bem explorada na sua apuração, tendo em vista certo grau de subjetividade.

Como exemplo, podemos destacar a situação de um militar que chega bêbado no aquartelamento, ofendendo a Guarnição de Serviço (G Sv) com palavras de baixo calão, causando tumulto e desconforto a àquela Guarnição. Tipo clássico de afronta a disciplina (nº 110. do Anexo I do RDE) ***"Comparecer a qualquer ato de serviço em estado visível de embriaguez ou nele se embriagar".***

Importante observar que o inciso II, art. 31 do RDE autoriza o recolhimento do transgressor a prisão sem nota de punição, sendo o cumprimento da punição imediata nos casos de preservação da disciplina, conforme disposto no § 1º do art. 49 do mesmo regulamento.

Contudo, deve-se observar o que dispõe o art. 39 do RDE onde ninguém será punido ou interrogado em estado de embriaguez ou sob efeito de psicotrópicos.

Art. 39. Nenhum transgressor será interrogado ou punido em estado de embriaguez ou sob a ação de psicotrópicos, mas ficará, desde logo, convalescendo em hospital*, enfermaria ou dependência similar em sua OM, até a melhora do seu quadro clínico.*

Realizado a prisão, a autoridade militar deverá mantê-lo preso por período não superior a setenta e duas horas sem nota de culpa. Observa-se que este prazo é para que o comandante aprecie o caso e emita juízo de valor, podendo este período ser inferior caso julgue conveniente.

Entretanto, findo o prazo sem que a administração faça publicar a nota de culpa em Boletim Interno (BI), o militar deverá ser posto em liberdade, ***imediatamente***, ao fim do prazo prescricional, podendo a autoridade co-autora ser responsabilizada administrativa, civil e penalmente pelo cerceamento da liberdade do transgressor além do tempo previsto, que no caso será o de setenta e duas horas.

A pronta intervenção é uma ferramenta que dispõe o comandante para a manutenção da disciplina, no entanto, o rito do processo deve ser seguido, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

seja, abertura do processo disciplinar com todas as garantias asseguradas ao transgressor, conforme disposto no § 1º do art. 35 do RDE.

> *Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade.* ***§ 1º Nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados.****(grifo nosso)*

Outro situação bem corriqueira nos quartéis é quando o militar falta ao serviço de escala no qual estava previamente escalado, sem motivo justificável. (nº 26 do Anexo I do RDE) ***"Faltar ou chegar atrasado, sem justo motivo, a qualquer ato, serviço ou instrução de que deva participar ou a que deva assistir"***

Neste caso hipotético é que a autoridade militar tem o dever de verificar as circunstâncias ensejadoras da falta ao serviço de escala. O transgressor poderá estar acobertado por causa de justificação (art. 18 do RDE), como por exemplo, o de prestar auxílio à dependente doente.

Em sentido contrário, pode o transgressor ter faltado ao serviço de escala pelo simples fato de *"não querer tirar o seu serviço com objetivo de curtir um baile funk na sua comunidade"*

O Comandante no seu juízo de valor deverá fazer a seguinte indagação: a falta ao serviço afetou a disciplina? Se sim, a prisão como pronta intervenção estará correta. Se a resposta for negativa, a autoridade militar deixará de efetuar a prisão imediata, mais deverá seguir o procedimento normal de apuração, ou seja, fazer a entrega do Formulário de Abertura de Transgressão Disciplinar (FATD) para apuração de transgressão disciplinar.[8]

Destaco que a gradação da punição é atribuição do comandante. Caso autoridade militar decida pela prisão do transgressor, como meio assecuratório para manutenção da disciplina, deverá fazê-lo de imediato, tão logo tome conhecimento do fato. Caso seja realizada fora desta circunstância, a prisão poderá ser considerada como abusiva, com vício de legalidade atacável por Habeas Corpus.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ex: o militar falta ao serviço para qual estava escalado, apresentando-se no dia seguinte normalmente para cumprir o expediente normal da OM, sendo recolhido ao final do dia ou no dia seguinte, com fundamento na pronta intervenção.

É obvio que o instituto da pronta intervenção não se faz mais presente, pois conforme prevê § 1o do art. 49 *"o cumprimento da punição disciplinar nestes casos deverá ser imediata"*.

Estaria agindo assim o comandante com abuso de autoridade, conforme expresso nos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.[9]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A carreira das Armas e cercada de especificidades sendo caracterizada por atividade continuada e inteiramente voltada às finalidades das Forças Armadas.

O art. 47 do E1 norma válida e recepcionada pela CF/88 dispõe que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

A punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina, devendo ter o caráter educativo ao punido e a coletividade a que pertence. Esta só se torna necessária quando dela advém benefício para o punido, pela sua reeducação, ou para a Organização Militar a que pertence, pelo fortalecimento da disciplina e da justiça.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a prisão disciplinar como pronta intervenção é regular e válida para preservação da disciplina e o decoro da instituição, podendo ser efetuada, inclusive, por qualquer militar que presenciar a conduta delitiva.

O que o presente Artigo buscou foi trazer uma reflexão a cerca da aplicação da prisão como pronta intervenção, para que este instituto não se tornar um mau a liberdade, ou seja, sua aplicação seja feito ao arrepio da lei. A regra de todo procedimento disciplinar e franquear ao acusado o direito ao contraditório e ampla defesa.

O que tem se observado é que a prisão como pronta intervenção vem sendo empregada, por vezes, com demasiado exagero por parte das autoridades militares, não encontrando assento no regular princípio da razoabilidade, acobertado pelo falso argumento da manutenção da ordem e disciplina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O instituto da prisão como pronta intervenção é instrumento de extrema relevância para os comandantes militares, pois possibilita a autoridade militar agir de forma enérgica quando assim exigida pela situação fática.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPU?BLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 13 Fev 2018. Não Paginado

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acessado em: 13 Fev 2018. Não Paginado.

_____. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm>. Acessado em: 03 Abr 2018. Não Paginado.

_____. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar do Exército. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acessado em: 03 Abr 2018. Não Paginado.

_____. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Dispõe sobre o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1983/D88545.html>. Acessado em: 03 Abr 2018. Não Paginado.

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. Direito administrativo militar. 2. Rio de Janeiro Método 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOTAS:

[1] A palavra Comandante abordado aqui é expressão ampla, refere-se também ao cargo de Chefe e Diretor.

[2] Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, alterado pelos Decretos nº Decreto no 93.665, de 9 de dezembro de 1986; Decreto no 94.387, de 29 de maio de 1987; Decreto no 1.011, de 22 de dezembro de 1993.

[3] Decreto nº 76.322 de 22/09/1975 - RDAER

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

[4] As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[5] Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: I - a advertência; II - o impedimento disciplinar; III - a repreensão; IV - a detenção disciplinar; V - a prisão disciplinar; e VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

[6] Art. 10. A competência para aplicar as punições disciplinares é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico, sendo competente para aplicá-las: - o Comandante do Exército, a todos aqueles que estiverem sujeitos a este Regulamento; e II - aos que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção: a) Chefe do Estado-Maior do Exército, dos órgãos de direção setorial e de assessoramento, comandantes militares de área e demais ocupantes de cargos privativos de oficial-general; b) chefes de estado-maior, chefes de gabinete, comandantes de unidade, demais comandantes cujos cargos sejam privativos de oficiais superiores e comandantes das demais Organizações Militares - OM com autonomia administrativa; c) subchefes de estado-maior, comandantes de unidade incorporada, chefes de divisão, seção, escalão regional, serviço e assessoria; ajudantes-gerais, subcomandantes e subdiretores; e d) comandantes das demais subunidades ou de elementos destacados com efetivo menor que subunidade. § 1º Compete aos comandantes militares de área aplicar a punição aos militares da reserva remunerada, reformados ou agregados, que residam ou exerçam atividades em sua respectiva área de jurisdição, podendo delegar a referida competência aos comandantes de região militar e aos comandantes de guarnição, respeitada a precedência hierárquica e observado o disposto no art. 40 deste Regulamento. § 2º A competência conferida aos chefes de divisão, seção, escalão regional, ajudante-geral, serviço e assessoria limita-se às ocorrências relacionadas com as atividades inerentes ao serviço de suas repartições. § 3º Durante o trânsito, o militar movimentado está sujeito à jurisdição disciplinar do comandante da guarnição, em cujo território se encontrar. § 4º O cumprimento da punição dar-se-á na forma do caput do art. 47 deste Regulamento. (Estatuto dos Militares)

[7] https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895770-forcas-armadas-lideram-confianca-da-populacao-congresso-tem-descredito.shtml

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

[8] ANEXO IV do RDE (INSTRUÇÕES PARA PADRONIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES)

[9] Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio; c) ao sigilo da correspondência; d) à liberdade de consciência e de crença; e) ao livre exercício do culto religioso; f) à liberdade de associação; g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto; h) ao direito de reunião; i) à incolumidade física do indivíduo; j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. *(Incluído pela Lei nº 6.657,de 05/06/79).* Art. 4º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS ESPECÍFICOS À CONCRETIZAÇÃO DAS FUNÇÕES REPRESSIVA E PREVENTIVA DO DIREITO PENAL

VALÉRIA MARIA DO NASCIMENTO: Acadêmica em Direito no Centro Universitário Unic Beira Rio.

RESUMO: O presente trabalho apresenta as razões pelas quais se tornou relevante a criação de tipos penais específicos destinados à proteção de comunidades vulnerabilizadas no território Brasileiro. O Direito Penal, doutrinariamente, expõe sua função repressiva, preventiva e retributiva perante a sociedade, muito embora não exista amplas reflexões acerca de sua real importância para o direito. Desta forma, faz-se imprescindível o estudo dos fatos sociais em que esses indivíduos desemparados se encontram, para que então seja visualizado o motivo pelo qual é necessária a constituição de proteções específicas para delitos cometidos em seu prejuízo.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Tipos Penais Específicos; Funções do Direito Penal; Feminicídio; Homofobia; Racismo.

ABSTRACT: This paper presents one of the most relevant ways to create specific data for the protection of vulnerable communities in Brazil. Criminal Law, specifically, expands its repressive, preventive and retributive function of society, although there is no broad reflection on its real importance for the law. In this way, it is essential to study the social facts that are present, when it is presented the reason why a specific constitution is necessary for crimes committed to their detriment.

Keywords: Vulnerability; Specific Criminal Types; Functions of Criminal Law; Feminicide; Homophobia; Racism.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL. 3. DA VIOLÊNCIA REITERADA A GRUPOS VULNERÁVEIS. 4. A IMPORTÂNCIA DE TIPOS PENAIS ESPECÍFICOS. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. INTRODUÇÃO

A criação de tipos penais destinados a comunidades específicas, desde os primórdios, gera polêmica no seio da sociedade. Há diversos questionamentos acerca de qual seria a necessidade da criação de crimes como feminicídio, racismo e homofobia, haja vista a existência de outros tipos penais que poderiam, adequadamente, ser aplicados para sanção dos agressores, como o homicídio, injúria e difamação.

O direito penal instituiu-se com o intuito de promover duas funções básicas: repelir e prevenir o crime. Estas funções, respectivamente, tem o objetivo de reprovar a prática do crime e proporcionar a diminuição do cometimento de delitos, seja de forma geral, mostrando aos cidadãos as consequências da prática criminosa, ou de forma especial, direcionando a punição exatamente ao autor do crime, castigando-o pela conduta errônea.

Há também a teoria que entende pela função retributiva da pena, na qual a pena visa retribuir ao delinquente o mal causado a outro indivíduo. Todavia, a realidade do ordenamento jurídico não se restringe a mera punição, pautada na expressão "olho por olho, dente por dente", conforme da Lei de Talião regulamentava, ela almeja outros horizontes, e resultados que ultrapassem a esfera individual do criminoso.

Desta forma, a escolha do tema tem o escopo de descortinar as razões pela qual, no ordenamento jurídico brasileiro, criou-se tipos penais específicos, destinados a indivíduos indevidamente vulnerabilizados na comunidade.

O Brasil, segundo a Organização Mundial da Saúde, é o 5º país que mais mata mulheres no contexto doméstico e familiar. Ainda, segundo dados do Atlas da Violência de 2018, os negros são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, apresentando maior vulnerabilidade em relação aos jovens brancos. Com relação aos LGBTQ+, a Organização não governamental austríaca Transgender Europe expôs o Brasil como país que lidera o ranking de homicídios em face de pessoas transgêneros.

Posto isso, faz-se relevante o estudo sobre a importância da tipificação de determinados crimes específicos, bem como o entendimento jurídico e social sobre

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

as razões pela qual se pretende tipificá-los. A prática de delitos de ódio baseados no preconceito e discriminação de determinadas comunidades deve ter fim, pois a própria Constituição Federal propôs como objetivo a promoção do bem de todos, sem qualquer discriminação.

2. AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

O direito penal brasileiro é um dos mais antigos ramos do direito, e remonta ao aparecimento das primeiras civilizações com organização sócio-política-econômica e o surgimento da figura do Estado, com poder soberano perante todos.

No estudo da evolução histórica do direito penal, torna-se claro que seu nascimento teve origem a partir do momento em que os homens passaram a conviver em sociedade, emergindo-se da necessidade do Estado avocar a competência ativa de punir as atrocidades cometidas entre os indivíduos, que em meio a conflitos sociais acabavam imbuídos do sentimento de vingança, fazendo sua própria justiça.

Inicialmente, o direito penal caracterizava-se por apresentar punições desmedidas, que não apresentavam equivalência entre o mal cometido pelo delinquente e seu respectivo castigo. No entanto, com o passar dos anos, bem como com a reconhecida Declaração Universal dos Direitos dos Homens (DUDH), alterou-se parte da realidade penal para os países-membros da Organização das Nações Unidas, uma vez que passou-se a adotar o viés ideológico humanitário, promovendo tratamento digno aos homens, e assim, proporcionando punições razoáveis para o mal cometido.

Ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, a utilização do direito penal é realizada de forma a não banalizar seu objetivo, pois, nos termos do princípio da intervenção mínima do Estado, sua aplicação deve ser entendida como *ultima ratio,* ou seja, o direito penal apenas deve ser aplicado e se preocupar com a proteção bens jurídicos de extrema relevância à vida em sociedade.

Nesse sentido, GRECO (2017, p. 34) confirmar que "a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, em conformidade com a ideia de humanização decorrente da DUDH, a doutrina majoritária entende que a função do direito penal, em síntese, são duas: retributiva e preventiva.

A função retribuitiva, de acordo com teorias absolutas, são aquelas que tratam a pena como um fim em si mesma, um castigo, ou como se retira da própria denominação, uma retribuição pela mal causado a um indivíduo.

Por outro flanco, as teorias relativas aduzem que a pena tem também caráter preventivo, ou seja, objetivam evitar o cometimento de outras infrações penais, tanto de forma geral, atuando sobre a sociedade, expondo que cada conduta criminosa possuirá sua devida punição caso seja levada a efeito por qualquer agente, como de forma especial, sendo imposta diretamente sobre o criminoso, retirando-o do convívio da sociedade, impedindo a realização de novas práticas ilegais.

Desta forma, verifica-se que a função preventiva geral tem cunho educacional, ao passo em que demonstra à sociedade os efeitos que poderão ser levados a efeito quando da prática criminosa, bem como produzem efeitos psicológicos, que conforme Jescheck[1] leciona "O Estado [...] deve preocupar-se de impedir psicologicamente ao que tem inclinações delitivas, que se comporte realmente de acordo com essas inclinações".

Isto posto, averígua-se que o direito penal vai muito além daquilo que é visto pela sociedade, objetivando não apenas retribuir o mal causado ao criminoso, mas precipuamente mostrar à sociedade as consequências da realização de atos criminosos, e assim minorar as condutas ilícitas que poderiam ser levadas a efeito.

3. DA VIOLÊNCIA REITERADA A GRUPOS VULNERÁVEIS.

A Constituição Federal, em seu art. 5º *caput*, é patente ao declarar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ainda, o art. 3º, IV da CRFB/88 prevê como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação.

Dessas premissas retiram-se o princípio da igualdade, que pode ser analisado sob o aspecto formal e material. A igualdade formal, nada mais é que o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

tratamento de forma igual previsto em lei, ao passo que a material diz respeito à isonomia real, no plano fático e social, indo além das previsões legais.

Nesse contexto, verifica-se pela visualização da sociedade que a igualdade formal, de fato, é plenamente executada, inexistindo diferença entre os cidadãos perante o ordenamento jurídico escrito. Todavia, o grande empecilho manifesta-se através da igualdade material, que de forma clara, não é contemplada e promovida no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Diante disso, torna-se fácil visualizar que os problemas relativos à igualdade na sociedade desponta de sua inadequação material, ou seja, pela frontal desobediência aos termos legais.

Posto isso, retira-se que a não promoção da igualdade material é responsável pela desigualdade de fato, e é justamente dessa desigualdade que surgem os grupos vulneráveis em relação aos grupos entendidos como tradicionais.

A vulnerabilização ou desigualdade levam os grupos a sofrerem abusos, agressões e variadas violações a seus direitos, bem como acabam sofrendo com a dificultação de acesso aos direitos, como a saúde, trabalho, segurança e a vida.

Nesse sentido, imprescindível mencionar dados referentes aos grupos vulnerabilizados na sociedade. No tocante as mulheres, grupo que desde os primórdios foi subjugado em todos os contextos, a Organização Mundial da Saúde demonstra que o Brasil é o 5º país que mais mata mulheres no contexto doméstico e familiar, ou seja, o território em que o feminicídio mais ocorre.

Ainda, segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência de 2017, as mulheres negras jovens têm o dobro de chance de serem mortas em relação com mulheres brancas em todo o país.

Do mesmo modo, segundo dados do Atlas da Violência 2018, os jovens negros são o perfil de vítimas mais frequente no brasil, apresentando significativa vulnerabilidade em relação aos jovens brancos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Em relação aos LGBTQ+, o cenário não é muito diferente. Segundo a Organização não governamental austríaca Transgender Europe, o Brasil é o país que lidera o ranking de homicídios em face de pessoas transgêneros.

Embora o estudo tenha dando enfoque a esses três grupos, deve-se ampliar a reflexão para outros, como por exemplo os índios, os portadores de necessidades especiais, as crianças, os idosos e demais classes vulneráveis, que indevidamente não são adequadamente respeitadas social e legalmente.

Por tudo isso, torna-se claro que, embora a lei preveja uma situação harmoniosa, em que todos possuem direitos iguais, os dados colhidos sobre a realidade social apontam para a indiscutível desigualdade material, e consequente vulnerabilização dos grupos em todos os aspectos, razão pela qual merecem especial proteção legal no campo penal, a fim de minorar as possibilidades de cometimento de crime em relação a essas comunidades.

4. A IMPORTÂNCIA DE TIPOS PENAIS ESPECÍFICOS.

Como demonstrado no capítulo anterior, é evidente a vulnerabilização social e jurídica de determinados grupos em meio a sociedade. Ao verificar isso, o Estado viu-se na obrigação de criar meios com o intuito de repelir essa desigualdade, bem como de desincentivar o cometimento de crime em relação às classes vulneráveis.

É nesse momento que o Poder Legislativo entra em ação e executa as funções preventiva e retributiva do direito penal, criando crimes como o feminicídio, racismo, e, atualmente, homofobia, a fim de punir mais severamente os criminosos e de mostrar à sociedade que a prática e reiteração de condutas pejorativas a esses grupos vulneráveis serão intensamente sancionadas.

Com base nisso, relevante expor a reflexão de GRECO (2017, p. 74):

> A pena deve tão somente reprovar o agente pelo mal que ele praticou mediante o cometimento da infração penal, ou deve ir adiante, buscando, além da efetiva reprovação, ter uma finalidade utilitária, vale dizer, tentar impedir que futuros delitos venham a ser levados a efeito? A pena deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> entendida somente como um ato de vingança pública, compensando o mal produzido pelo agente com a prática da infração penal, ou deve ser vista como um instrumento cuja aplicação tentará garantir, no futuro, uma maior segurança para a vida em sociedade?

Por todo o exposto, torna-se incontestável que a criação de tipos penais específicos são imprescindíveis para manifestar a reprovação de determinadas condutas, bem como para impedir o cometimento de outros delitos em face desses grupos vulneráveis, e menos protegidos, não podendo ser vista a tipificação como forma de segregação ou desigualdade formal. O direito penal deve ser interpretado teleologicamente, ou seja, buscando a real finalidade para o qual o crime ou lei foram criados.

Aristóteles, responsável pela introdução do princípio da igualdade na filosofia, foi certeiro ao afirmar que "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu". Desta forma, sabendo-se que a tipificação específica tem o cunho de minorar a violência a grupos indevidamente fragilizados, não deve prevalecer como justificativa para a inexistência de crimes específicos a alegação de que todos são iguais perante a lei, pois como já dito, é indiscutível a igualdade diante da lei, contudo, é inequívoca a ausência de igualdade material.

Todavia, embora a criação de tipos penais específicos tenha a finalidade de dirimir os delitos cometidos em face de grupos mais suscetíveis na sociedade, a realidade é que nem mesmo a criação de tipos penais mais severos são capazes de cessar ou diminuir o ataque dos criminosos no Brasil, haja vista que se implantou no território a vasta sensação de impunidade, ou seja, um convite ao crime no país.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que a criação de tipos penais específicos são de extrema importância no ordenamento jurídico, pois embora seja sustentada a ideia de igualdade formal, pela qual todos são iguais perante a lei, a realidade traduz-se de forma diversa, diante da falácia da igualdade material.

Posto isto, através de interpretação teleológica pode-se entender que a finalidade das tipificações específicas ultrapassam o mero intuito retributivo, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

castigar o delinquente pelo mal causado, e tentam alcançar a função preventiva da pena, demonstrando as consequências que o cometimento de condutas ilícitas proporcionam aos criminosos, visando atuar socialmente e psicologicamente na sociedade.

Não se deve relegar os direitos fundamentais, como a vida e dignidade humana de grupos vulnerabilizados na sociedade, razão pela qual o Estado atua de forma ativa através do Poder Legislativo, objetivando pôr fim às vultuosas ilegalidades cometidas em face destas classes.

REFERÊNCIAS.

CONTEÚDO aberto. In: Wikipédia: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_Humanos>. Acesso em 31 maio 2019.

Equipe Brasil Escola. A História e as ideias do direito penal. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-historia-as-ideias-direito-penal.htm>. Acesso em 31 maio 2019.

GUSTAFSON, Jessica. Brasil caminha para liderar ranking mundial da violência contra a mulher. **Catarinas**, 2019. Disponível em: <https://catarinas.info/brasil-caminha-para-liderar-ranking-mundial-da-violencia-contra-mulher/>. Acesso em 30 maio 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 19ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HUFFPOST. Brasil continua líder no ranking de países que mais mata transexuais, diz ONG. 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/14/brasil-continua-lider-no-ranking-de-paises-que-mais-mata-transexuais-diz-ong_a_23589407/>. Acesso em 31 maio 2019.

IPEA. Atlas da Violência 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432>. Acesso em 30 maio 2019.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MACHADO, Heitor. A impunidade no brasil é um convite ao crime. **Gazeta do Povo**, 2017. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/>. Acesso em 30 maio 2019.

MARÉS, C.; BECKER, C.; RESENDE, L. Sobre Elas: Mulheres negras, como Marielle Franco, são as que mais morrem no Brasil. **Folha Piauí**, 2018. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2018/03/15/sobreelas-marielle-franco/>. Acesso em 30 maio 2019.

JESCHECK, Hans-Heinrich.

EUTANÁSIA DENTRO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O DIREITO A UMA VIDA DIGNA

REJANE MONIQUE BRELAZ CASTRO: Advogada. Pós graduanda em Direito Constitucional em Complexo Educacional Damásio de Jesus em São Paulo/ SP, Graduada em Direito em Universidade da Amazônia (UNAMA) em Belém/PA .

Resumo: A eutanásia abrange vários pontos importantes dentro de uma organização social, pois esta vinculada a aspectos constitucionais, biológicos, religiosos e sociais. A principal finalidade deste artigo é promover um debate colocando os principais pontos que mostram que a eutanásia esta ligada ao principio da dignidade da pessoa humana, ressaltando também a bioética dentro de uma esfera da legislação vigente, a eutanásia vem se mostrando um assunto polemico no decorrer dos anos e seu debate vem sendo manifestado perante diversas sociedade causando assim diversas opiniões positivas e negativas dentro do determinado tema, criando a indagação de até que ponto vale a pena proteger o bem mais valioso que é a vida em detrimento de uma péssima condição de manutenção da mesma. Logo, seu debate vem se mostrado importantíssimo apesar de delicado para a própria evolução social do individuo.

Palavras Chaves: Eutanásia. Dignidade. Ortotanásia. Sociedade. Vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Abstract: Euthanasia covers several important points within a social organization, as it is linked to biological, religious, legal and social aspects. The main purpose of this article is to promote a debate by putting the main points that show that euthanasia is linked to the principle of the dignity of the human person, also highlighting bioethics within a sphere of current legislation, euthanasia has shown an issue controversial over the years and its debate has been manifested before various societies thus causing various positive and negative opinions within the given topic, creating the investigation of how worthwhile protecting the most valuable good that is life to the detriment of a terrible condition of maintenance of it. Then, its debate has shown itself to be very important, although it is delicate for the social evolution of the individual.

Keywords: Euthanasia. Dignity. Ortotanásia. Society. Life.

SUMARIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – EUTANÁSIA NO ASPECTO HISTÓRICO. 3 - EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA. 4 - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ASPECTO RELIGIOSO. 5 - DO ASPECTO JURÍDICO E DA BIOÉTICA. 6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 – BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

Neste momento introdutório é importante visar conceitos específicos sobre moral, pois é um tema vinculado a muitos aspectos religiosos, bioéticos e legislativos. Dentro do pensamento socrático a reflexão de um determinado tema é importante, não que a sua reflexão o torne como verdade absoluta, mas a importância esta em se dar espaço para o debate de outro ponto de vista de uma determinada coisa. Os valores morais estão interligados com a religiosidade e construção social, a palavra moral vem do latim *moris*que significa *costumes*, a moralidade se ramifica quando é vinculada a ideia das normas. Deste modo as normas de caráter individual são aquelas delimitadas pelas próprias concepções de um individuo do que é certo ou errado, não tem uma formalidade propriamente dita.

Sabemos que a eutanásia vem sendo uma solução extrema em situações de muito sofrimento, pessoas debilitadas sem possibilidade alguma de recuperação acabam vendo nesse procedimento uma espécie de libertação de tanto sofrimento sem previsão de cura. O que se agrava em situação de pacientes em estado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vegetativo, que não consegue nem manifestar sua vontade perante a situação, logo se ocasiona um grande conflito do que seria melhor a se fazer nessa situação. Neste artigo abordaremos a questão das normas e do ponto de vista ético da eutanásia, abordando seu posicionamento dentro da religiosidade mas visando o caráter normativo e humano desse procedimento, tanto sua evolução histórica até o momento contemporâneo.

2 - EUTANÁSIA NO ASPECTO HISTÓRICO

Na sua nomenclatura a eutanásia é oriunda de duas palavras gregas *eu* e *thanatos*que significa "boa morte", há diversos relatos históricos que demonstram a sua presença no decorrer da historia, povos primitivos tinham o costume de matar pessoas mais idosas ou crianças que nasceram doentes, com anomalias genéticas e afins. Em Esparta tinha-se o costume de sacrificar crianças com anomalias, assim como na Índia as mesmas eram jogadas no Rio Ganges com seu nariz e boca cerrados com barro. Havia um grande ideal de pessoa saudável para disputar uma guerra onde o que era fraco era desprezado, em Atenas já visavam a questão da economia onde se entendia que uma pessoa doente causava custos ao Estado. Hoje em dia essa visão não existe, não há nenhuma hipótese da aplicação deste procedimento em idosos ou crianças com anomalias por estes critérios. A eutanásia é hoje um procedimento que busca provocar a morte a um paciente de estado terminal, que sofre devido aquela condição e que não há formas de ser curado. Conforme SÁ (2005,p.39) a definição de eutanásia é a seguinte:

> *É aquele ato virtude do qual uma pessoa dá a morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem dores cruéis, a seu rogo requerimento e sob impulsos de exacerbado sentimento de piedade e humanidade. SÁ* (2005,p.39)

Na visão filosófica há também as suas contradições, enquanto Sócrates e Platão diziam ser a favor da determinada conduta, Aristóteles já se dizia contrario. Há uma grande discussão a respeito do tema que se fragmenta em posições a favor e contra.

3 - EUTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Antes de adentrar nas particularidades do procedimento da eutanásia no que consiste no aspecto jurídico, é importante fazer uma distinção da sua nomenclatura. O termo eutanásia, significa a morte provocada mediante um sentimento de piedade, provoca-se a morte antecipada no individuo pra que este deixe de sofrer por não ter nenhuma outra opção para sanar aquele sofrimento. Se o motivo da morte não for com a intenção de sanar a dor de quem sofre e se tiver cura não estaríamos diante da eutanásia, estamos diante do crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

> *Art. 121 (...)*
> *§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.* (grifos nossos)
> *Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:*

Adiante existe a conceituação de distanásia, que pode ser conhecida como obstinação terapêutica, o caso clássico do paciente que não tem cura ou chances de recuperação, mas é mantido vivo através de aparelhos. É também chamado de eutanásia passiva, pois abrange outros critérios para a manutenção do paciente vivo, critérios psicológicos, familiares e até mesmo sociais. O individuo se mantem dependente do aparelho tecnológico e perde total controle sobre as decisões da sua vida, no qual há de se contestar se ainda há vida já que o mesmo só se mantem vivo através dos aparelhos. Vivo no sentido do seu corpo ainda ter impulsos vitais mas não consciência. Há um objetivo que financeiramente é indisponível, um contraste entre a dor de manter a pessoa "viva" sem possibilidade alguma de recuperação e a dor da aceitação da sua morte. Conforme MARIA HELENA DINIZ:

> *Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte (DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001).*

A questão dos recursos públicos também se torna um critério para discussão desse determinado terma, para BATISTA e SCHRAMM o posicionamento é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> *"O emprego planejado e conscienciosos dos recursos públicos deve ser a preocupação constante da gerência em saúde, em especial devido à escassez evidente desses recursos para a população necessitada". "A disponibilidade de tais recursos para a manutenção de doentes sem reais possibilidades de recuperação da qualidade de vida, submetendo-os a um processo doloroso de morrer, exige uma atitude reflexiva por parte da sociedade e da medicina, na busca de uma solução adequada e apoiada na ética[6]". BATISTA, RS; SCHRAMM, FR. A Filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: intersecções no campo da Saúde Pública, 2004. In: NABARRO, S. W. Morte: Dilemas Éticos do Morrer. Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná, v. 23, n. 92, out/dez 2006, p. 195*

No que tange a ortotanásia, vem do latim *orto e thanatos*que significa a morte certa. É a morte natural sem interferência de procedimento de obstinação terapêutica, não há método de suporte a vida, é dada ao paciente o direito de ter a morte natural que poupe do sofrimento. Não há um prolongamento artificial, mas o médico também não provoca a morte do individuo, apenas suspende qualquer método que venha provocar um sofrimento extensivo sem previsão de cura. Conforme a Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) a ortotanásia seria conceituada como:

> *Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (Res. n.1.805/2006, CFM).*

4 - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ASPECTO RELIGIOSO

Temos por princípio da dignidade da pessoa humana uma essência e pessoal de cada individuo, resguardando seus direitos e deveres pelo Estado dentro da própria Constituição no qual deve assegurar o protecionismo em caso de condutas desumanas aos indivíduos. Logo, este deve promover formas para que o individuo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

viva de forma digna perante uma sociedade. Neste contexto diz FLAVIA PIOVESAN (2000, p. 54):

> *A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.*

Diz ainda a mesma que (*2004, p. 92)*:

> É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Fazendo uma analise por uma ótica piramidal: o ser humano no topo da pirâmide, o direito a vida e a dignidade da pessoa humana em suas duas extremidades fixas. A vida é um direito indispensável para regular a matriz da sociedade e os direitos fundamentais buscam resguardar o bem precioso que é a vida, na verdade mais que um mero resguardo mas a obtenção de uma vida digna. A palavra dignidade vem do latim *dignitas.atis,* significando respeito, decência e outros valores morais que definem o que é uma vida digna. Logo a eutanásia vista neste aspecto piramidal é totalmente inconstitucional pela ótica principiológica ao direito a vida, mas não fere o principio da dignidade da pessoa humana visto que o individuo na maioria das vezes se encontra em estado vegetativo sem condição ou previsão de melhora, causando-o sofrimento e o impedindo de ter uma vida digna, para JOSÉ AFONSO DA SILVA a eutanásia fere o direito a vida:

> *"(...) é, assim mesmo, uma forma não espontânea de interrupção do processo vital, pelo que implicitamente está vedada pelo Direito à Vida consagrado na constituição, que não significa que o individuo possa dispor da vida, mesmo em situação dramática. Por isso, nem o consentimento lúcido do*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> *doente exclui o sentido delituoso da eutanásia no nosso Direito." (2008, p. 202)*

Deste modo o ordenamento jurídico brasileiro se posicional da forma que visa o direito a vida superior ao principio da dignidade da pessoa humana, logo a eutanásia se tornou uma prática inconstitucional no país. Um outro direito fundamental importante a se falar é da liberdade de crença religiosa e do culto, protegido pela constituição no inciso VI, do artigo 5º, conforme LEO PESSINI:

> *As religiões podem dar às pessoas uma norma superior de consciência, aquele imperativo categórico tão importante para a sociedade de hoje e que obriga numa outra profundidade e firmeza. Pois todas as grandes religiões exigem uma espécie de "regra de ouro" – não se trata de uma norma hipotética, condicional, mas de uma norma incondicional, categórica e apodítica – totalmente praticável diante das mais complexas situações em que os indivíduos ou mesmo muitas vezes grupos devem agir (PESSINI, 2002, p.262).*

Cada religião tem a sua visão da eutanásia, no budismo a morte é apenas uma transição para algo maior não importando como foi a mesma afinal se crer na ideia que o corpo é apenas uma matéria, o que vem realmente a importante é a alma desta pessoa e as condições que ela se encontra, ou seja, a morte pode ser vista como a libertação de uma alma que sofre. Já o judaísmo se posiciona contra este procedimento mas garante ao individuo todo e total apoio durante o período de dor para que a transição da morte seja feita com todo o apoio de maneira natural, conforme ANTONIO CHAVES:

> *O judaísmo distingue entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o da agonia, que não é. Logo, se houver convicção médica de que o paciente agoniza, podendo falecer dentro de 3 dias, admitidas estão a suspensão das manobras reanimatórias e interrupção de tratamento não analgésico. Deveras, no Torá, livro sagrado dos judeus, acolhida está a idéia da dignidade da morte, pois assim reza: "Todo* aquele cuja existência tornou-se miserável

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

está autorizado a abster-se de fazer algo para prolongá-la" (CHAVES, 1994, p.67).

Já o islamismo adota o Código Islâmico de ética médica, onde não é permitido a eutanásia, pois dentro do código há uma regra na qual o médico deve jurar proteger a vida humana em todos os estágios, fazendo o possível para não chegar ao efeito morte. Já o cristianismo tem diversos relatos sobre o procedimento da eutanásia no contexto bíblico, mas a igreja católica se posiciona contra o procedimento em documentos como CartaEncíclica Evangelim Vitae. De qualquer modo, o presente artigo busca ressaltar o ponto de vista de dogmas, porém visando sempre o principio da dignidade da pessoa humana e o individuo acima de tudo, para que possa ter uma vida digna, com respeito e bem estar e acima de tudo o direito de uma morte digna.

5 - DO ASPECTO JURIDICO E DA BIOÉTICA

A eutanásia pode ser ativa quando é feito uma determinada ação que acelere o processo morte, também pode ser passiva quando há ausência de ação, logo uma omissão venha a provocar a morte do individuo, podendo ser voluntaria quando parte do própria paciente a vontade de aderir ao processo da eutasia visto que se encontra em condições irreversíveis e a involuntária quando não parte do paciente mas da própria família. Do ponto de vista médico o Código de Ética Médica permite a ortotanásia que no caso apenas se omite a fazer algo que não terá a solução, todavia, conforme a Declaração de Madrid a eutásia é vista como antiético afinal a função do médico é salvar vidas não deixa-las morrer, assim afirma GOLDIM:

> *A tradição hipocrática tem acarretado que os médicos e outros profissionais de saúde se dediquem a proteger e preservar a vida. Se a eutanásia for aceita como um ato médico, os médicos e outros profissionais terão também a tarefa de causar a morte. A participação na eutanásia não somente alterará o objetivo da atenção à saúde, como poderá influenciar, negativamente, a confiança para com o profissional, por parte dos pacientes. A Associação Mundial de Medicina, desde 1987, na Declaração de Madrid, considera a eutanásia como sendo um prdocedimento eticamente inadequado. (GOLDIM, 2004).*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentro do Código Penal Brasileiro não existe a tipificação da eutanásia, mas ela se enquadra dentro do artigo 121 que é o homicídio simples ou qualificado, podendo também se enquadrar na participação do suicídio que esta previsto no artigo 122 do Código Penal. Já a ortotanásia pode se enquadrar no artigo 135 do referido código por se tratar de omissão ao socorro, pode chegar a ser triplicada a pena se chegar ao evento morte. Já na nossa Constituição Federal o posicionamento do artigo 5º é que todos são iguais perante a lei, garantindo ao brasileiro ou estrangeiro a inviolabilidade do direito a vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança. Devido a este entendimento diz D'URSO:

> *Embora muito remota pelos princípios humanos e cristãos da sociedade, a eutanásia, caso seja legalizada no Brasil, se estará admitindo uma forma de burlar o crime de auxílio ao suicídio pela modalidade libertadora, burlar o homicídio pela modalidade piedosa e finalmente burlar o infanticídio e até o aborto criminoso pela modalidade eugênica ou econômica. (D'URSO, 2005).*

No quesito legalidade a Bélgica e a Holanda continuam sendo os únicos países onde a eutanásia é permitida, todavia, na Suíça e em alguns estados americanos como Washington, Oregon e Montana vem sendo permitido em casos extremos como por exemplo de doença mortal. Já a Alemanha despenalizou a conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo se entende que a eutanásia é um tema polemico, poisesta vinculado com o maior bem; a vida humana. Pelo que foi visto e analisado neste referido artigo há diversos posicionamentos contra e favor, o que torna uma discursão ainda mais polemica, todavia em analise geral deve-se por em destaque a própria aplicação do principio da dignidade da pessoa humana. O individuo deve ser colocado em primeiro lugar e sua condição de vida, por hora se este esta em uma condição de vida vegetativa sem a mínima previsão de cura seria justo com o mesmo e com a família o deixar naquela situação de sofrimento irremediável? A eutanásia deveria ser aplicando levando em conta a subjetividade da situação, para não ocorrer como já ocorreu no decorrer da historia onde muitas pessoas foram mortas por terem alguma enfermidade mental ou física, logo não seria eutanásia mas sim tipificado como o assassinato propriamente dito e nada relacionado com a premissa do assunto discutido. Há discussão do conceito da própria morte é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

bastante amplo, BOCAYUVA tem uma opinião acerca do tema (2007 como citado em Denucci, 2008)

> *Há casos também em que a derradeira morte se apresenta como inevitável-mas aí não cabe amargurar os últimos dias com tristezas, mas sim aproveitar ao máximo o que resta e aceitar o inevitável. Esta morte não é a negação da vida, mas a conclusão dela, tempo de fazer o balanço de uma existência e contemplá-la, tempo de despedir-se dos seus. Bocayuva (2007 como citado em Denucci, 2008, p. 158)*

Platão em seu livro A Republica do Filosofo se mostra a favor da eutanásia, ele acredita que a vida é efêmera e que alguma hora há de findar, logo manter o individuo em uma condição de sofrimento vai contra a própria naturalidade da vida, na visão de Siqueira-Batista e Schramm (2004) Platão também condenaria a questão econômica da manutenção da vida sofrida deste individuo, pois este seria mantido pelos fundos estatais ou até da própria família com resultado irremediável, visto que se trataria de uma doença incurável. Sabemos que Sócrates nunca escreveu uma obra sequer e todo o conhecimento que temos deste importante filosofo foi dentro das obras de seu aprendiz Platão, todavia, este também se posiciona a respeito da eutanásia afirmando que não vale a pena viver a qualquer custo, muito menos escapar da morte para viver, mas sim buscar viver bem. Ele considerava a dor física incurável um mal desnecessário. Apesar destes conceitos e afirmativas o tema da eutanásia ainda merece muita discussão por parte da sociedade, ainda não há uma ideia formulada a respeito do tema merecendo mais atenção por parte da mesma, ressaltando opiniões humanitárias que visem a cada dia a obtenção de uma vida melhor para o individuo e buscando uma aplicabilidade do próprio principio da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

(DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001).

BATISTA, RS; SCHRAMM, FR. *A Filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: intersecções no campo da Saúde Pública*, 2004. In: NABARRO, S. W. *Morte: Dilemas Éticos do Morrer*. Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná, v. 23, n. 92, out/dez 2006, p. 195

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM)

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

PESSINI, Leocir. A eutanásia na visão das maiores religiões (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo). In.: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Bioética: alguns desafios**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.261-282.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

Siqueira-Batista, R., Schram, F. R.(2004). A filosofia de Platão e o debate bioético sobre o fim da vida: interseções no campo da Saúde Pública. *Cad. Saúde Pública*, 20(3), 855-865. Recuperado em 13 fevereiro de, 2012, dehttp://www.scielo.br/pdf/csp/v20n3/23.pdf.

Dinucci, A.(2008). A bela morte é o fim da bela vida de Sócrates. *Aisthe*, *1*(2), 155-159

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

O PARADOXO DO NOSSO TEMPO: O DIREITO VIVIDO É EXATAMENTE AQUELE QUE ESTÁ MORTO

LUIZ FERNANDO CABEDA: desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

Resumo: Quando o comentário jurídico torna-se uma peça esotérica, o entendimento das normas vira uma introspecção e a megaestrutura do Judiciário rouba dele o poder do convencimento, é chegado o momento de reconhecer que a justiça agora só nos abre a porta que dá acesso pela escada dos fundos.

Introdução

1. O filósofo alemão Wilhelm Weischedel só é conhecido no Brasil pela sua única obra traduzida, à qual deu o curioso nome de "A Escada dos Fundos da Filosofia". Justificou o título no fato de não se prender aos grandes feitos filosóficos, expressos em escolas célebres ou em sistemas de grande complexidade, mas sim ao vínculo determinante do *entendimento da Filosofia*que se situa no âmbito da vida cotidiana, nos acontecimentos históricos que provocaram os pensadores mais fecundos desde os antigos gregos e nas tentativas que eles fizeram de superar os limites da razão, como ela se apresentava no seu tempo de vida.

Propôs então que se ingressasse nos domínios filosóficos não pelo pórtico frontal, tão saudado nos estudos eruditos de sistematização acadêmica, mas pela escada dos fundos, onde os desvãos escondem as hesitações do pensamento filosófico, seus passos inseguros, e – menos do que revelar seu brilho – mostram que a cuidadosa subida em busca da verdade se faz num ambiente pouco iluminado, em que as sombras do não-saber, tão vizinhas, têm de ser deixadas para trás.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por exemplo, ao examinar o trabalho do filósofo existencialista Karl Jaspers, também alemão, o autor da obra titulou o capítulo como "O Malogro Fecundo", com muita propriedade, pois – para a filosofia da existência – a vida encerra apenas a tentativa de produzir *"o pensamento por meio do qual o homem quer se tornar ele mesmo"*. Isto quer dizer que *"filosofando procuramos manter a direção, sem conhecer o destino"*.

2. Quem dera tivéssemos a alternativa sincera de pensar assim a respeito do Direito, de admitir suas incertezas relacionadas com um destino inseguro, mas cercado das garantias de exatidão do método, para que ele não se tornasse *objeto da alienação* dos efeitos pretendidos, isto é, um Direito sempre infirmado, sempre errático, de tal modo que o trabalho de edificá-lo pudesse ser visto, de outro ângulo, como a própria obra da sua destruição.

Mas, pudera, toda a análise que se procura fazer é de uma dispersão sem fim. Desde que Orlando Gomes publicou "A Crise do Direito", em 1955, até hoje uma análise que não foi superada, todos os sinais de ruptura e de desencanto com a *sistematização jurídica* não cessaram de crescer.

Mais ainda: passaram a compor um quadro crônico, pois os motivos da crise não foram enfrentados com método e – sem método – tudo o que se consegue conceber é uma interminável crônica de casos judiciais aberrantes, de retrocessos e de promessas vazias de um *compromisso mais estável com a legalidade*, que então se torna fugidia.

Os comentários técnicos, que poderiam esclarecer um pouco acerca dessa fluidez perturbadora, são seduzidos pela 'insustentável leveza' da crítica e, a seu modo, apenas dão continuidade a uma busca insólita por uma tênue justiça que não é reconhecida em lugar nenhum, nem identificada, nem se apresenta para reconhecimento geral e que, finalmente, por isso tudo, não pode ser encontrada.

Em geral, os comentários se agrupam nos seguintes tipos:

(1) considerações sobre alterações legislativas e novos julgamentos que alteram a interpretação anteriormente assente**;**

(2) análises de fundo doutrinário sobre filiação ideológica, dogmática ou política das próprias críticas contidas nos julgados ao ordenamento normativo;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(3) crônicas sobre fatos curiosos, excêntricos, dissonantes e regimes especiais reconhecidos a situações esdrúxulas ou muito peculiares, que sempre chamam a atenção e permitem digressões que permitem o riso, a pilhéria ou o eufemismo a respeito da submissão legal a que estão sujeito os desavisados;

(4) esforço sistematizador do que se apresenta como discrepante, o que se mostra invariáveis vezes como o Mito de Sísifo, pois reunir pedras rolantes sobre uma montanha significa apenas que elas rolarão de novo. Isto quer dizer que o processo de integração da discrepância sempre será tão inútil como proveitoso seria recusá-la;

(5) por fim, a pregação a respeito de intermináveis novidades, como a aplicação da Teoria dos Jogos, do universo matemático, aos julgamentos judiciais, ou interpretações elucubrativas que nada têm a ver com os estudos clássicos, como o de Carlos Maximiliano ("Hermenêutica e Aplicação do Direito") e que também não inovam, a não ser no sentido do esoterismo. Junto com essa pregação também comparecem os modismos como a "Teoria da Árvore Envenenada" ou a "Teoria da Janela Quebrada", sem falar nas infinitas variações sobre a "Teoria do Domínio do Fato", de forma a desvinculá-la até mesmo da sua aplicação no histórico Julgamento de Nuremberg. Assim, os estudos dogmáticos de Hans Welzel, que hoje têm em Claus Roxin seu principal divulgador, a respeito do 'conhecimento funcional do fato' e da responsabilidade penal de quem tem o 'comando funcional da vontade' e da determinação do delito, passaram a ser objeto de comentários os mais dispersos, de modo que essa teoria séria passou a figurar apenas como um estandarte para uso ocasional e controvertido, como a "árvore envenenada" ou a "janela quebrada", antes mencionadas, que são 'teorias' apenas no nome.

Conclusão do tópico: vivemos sob o comando do *comentário dispersivo*. O texto jurídico sofre um irrefreável apelo alienante. Tornou-se difícil defrontar com alguma *formulação cognoscitiva*. Quando foram expulsos os holandeses do Brasil no Século XVII e a Holanda passou a pressionar Portugal pelo pagamento de uma indenização, que afinal obteve, como narra o historiador Evaldo Cabral de Mello no livro "O Negócio do Brasil", o Padre Vieira escreveu que não havia cidadão lusitano alfabetizado que não redigisse seu 'parecer' a respeito de como interpretar o caso à luz das Ordenações e dos tratados... E é assim que estamos: as exegeses intermináveis nos sufocam. A lei foi afastada para a soleira da porta. Seus textos, como pés nus, estão no rés do chão.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. Não é de causar espécie, portanto, que o entendimento das normas jurídicas torne-se uma introspecção. Cada um pensa o que quer. Essa liberdade de entendimento poderia parecer um resgate da independência de convicção pela qual lutaram mártires e que custou o silêncio de Galileu ou a vida de Giordano Bruno, extinta na fogueira, entre milhares.

Mas não é assim. Há uma objetividade na verdade, ou seja, a verdade deve ser objetivada, caso contrário não se afirma. "Meu entendimento é este"; "assim percebo (sinto, considero, valorizo, etc) o sentido interior do preceito"; "vejo que a letra da lei visa mais do que está escrito"; "considero que se impõe a força normatizadora da Constituição sobre a vigência ou sobre a deficiência da lei"; "não se aplica *in casu* o preceito porque ele se enquadra como excepcional"; "deve vigorar o princípio da colegialidade sobre a convicção pessoal"; "trata-se de afastar para este caso o precedente que o tribunal estabeleceu"... Todas essas formas de tergiversação não produzem o convencimento. São técnicas e preciosismos dos coveiros do Direito.

Todo caso judicial deve ser julgado em sua peculiaridade, isto é, consideradas as suas condições específicas, mas o julgamento nem assim pode abandonar o padrão usado para apreciar todas as causas. Não há 'peculiaridade de julgamento' – mas, ao contrário, um padrão reconhecível – na apreciação de um caso por mais peculiar que ela seja em seu objeto. Há situações análogas, já reconhecidas nos julgamentos em bloco nos tribunais, quando eles aplicam *efeitos extensivos* por *analogia juris* ou *analogia legis*, como há outras situações peculiares, cuja apreciação deve ser específica. Todavia, nem a apreciação específica pode fugir a padrões de análise, mesmo diante do fato circunstancial, pois ao contrário seria instaurado o 'domínio do sortilégio', e a 'roda da fortuna' giraria aleatoriamente, de acordo com expressões como as transcritas, que fizessem suas introspecções interpretativas.

Conclusão do tópico: O que poderia parecer um cuidado no exame dos casos submetidos a julgamento, na verdade é um preciosismo errante que tem feito dos tribunais nosso Oráculo de Delfos moderno. Seus pronunciamentos até se revelam certos em muitos litígios, mas isso não depende da acuidade de exame, mas do mais puro e aleatório acaso. As partes sabem disso. Os advogados sabem disso. Os juízes sabem disso. O que ninguém parece saber é porque esse resultado foi adotado como definitivo do nosso destino neste pedaço da Terra que habitamos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

4. A megaestrutura do Judiciário rouba dele o poder de convencimento. Recentemente, o STJ aprovou a proposta que fará ao Congresso da criação de mais um TRF, com sede na capital de Minas Gerais. Assim fica abandonada a ideia de deslocar parte da Justiça Federal mais para o interior do país, tendo em vista a grande área territorial jurisdicionada pelo TRF da 1ª Região (Brasília).

Contudo, a megaestrutura do Judiciário já é inadministrável, quanto mais se ainda for ampliada. Seu corpo funcional tem interesses próprios. Há milhares de funções administrativas que nada têm a ver com a atividade fim. Para cuidar dos palácios envidraçados na capital da República, recentemente veio a público que o STJ contrata *jauzeiros* através de empresas terceirizadas, isto é, aqueles operários que sobem em estruturas metálicas conhecidas pela marca de uma das mais conhecidas delas, Jahu. O também recente pregão eletrônico do STF para a contratação de um fornecedor para banquetes, com inclusão de lagostas, champanhes especiais e outros itens de luxo, causou grande estrépito e uma lista de protesto na Internet com centenas de milhares de assinaturas. A Folha de S. Paulo documentou que há pouco o TJ do Pará aposentou um funcionário do serviço de transportes daquele tribunal (atividade-meio, portanto) com proventos superiores a 56 mil reais. Poderia ser dito que as distorções existem também nos Tribunais de Contas por todo o país, pelas casas legislativas e pelos órgãos do Ministério Público, e isso é verdade. Como é verdade que o Senado, incumbido de processar os muitos pedidos de *impeachment* contra ministros togados, que se nega a processar (como também se negou a instaurar a CPI da Lava-Toga), é a segunda casa legislativa mais cara do mundo (com seus assessores legislativos figurando como os novos *príncipes da República* e ganhando mais do que ministros do STF), só perdendo para o Senado americano, que tem muitos encargos de fiscalização internacional no acompanhamento da política externa e guerras. Todavia, quando o Judiciário comparece como protagonista eminente nessa lista antirrepublicana, é então que desperta o sentimento do incomensurável e do irremediável no senso de percepção pública.

As entidades corporativas vinculadas ao Judiciário, dos servidores, dos juízes, dos antigos vogais da Justiça do Trabalho, dos pensionistas, assim como os inumeráveis conselhos, com as suas estruturas custosas e inúteis, que dificultam a atividade-fim jurisdicional, sempre coadjuvados pelas corporações do Ministério Público, só criam entraves, dificuldades invencíveis, isto quando não editam ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

prescrevem normas tão numerosas que são impossíveis de serem cumpridas. A consolidação das regras normativas de caráter correicional e administrativo do TRF da 4ª Região, por exemplo, tem mais artigos do que o Código Civil. Basta consultar o *site* do referido Tribunal.

O Judiciário no Brasil precisaria encolher para conseguir ser operacional. Tornou-se um Titanic que não pode desviar do iceberg ainda quando o avista. Como produzir uma metodologia de caráter científico que faça essa megaestrutura funcionar e sensibilizar-se com os problemas da população?

Conclusão do tópico: O Judiciário brasileiro ganhou forma só comparável com a burocracia que existiu durante o regime dos czares russos, ou da *nomenclatura* que a sucedeu no regime soviético. Poderia ser lembrado que na França, onde se situa uma das nossas matrizes civilizatórias, toda a estrutura judiciária pertence e é administrada pelo Ministério da Justiça: funcionários, recursos, palácios, todas as atividades-meio como restaurantes, cantinas, manutenção, gráficas, transportes. O Poder Judiciário como tal, isto é, aquele que se expressa pela jurisdição, está todo concentrado no que os franceses chamam de *autoridade judicial*, personificado tão somente pelo quadro dos juízes. Seria utópico pretender o mesmo neste Brasil marcado desde suas origens pelos fidalgos portugueses, pelos donatários de bens públicos, pelos vice-reis plenipotenciários, pelos emboabas... Todavia, novos parâmetros têm de ser estabelecidos, inspirados nas experiências que mais deram certo. Quando Roma foi fundada, seus primeiros reis organizaram uma missão peregrina que foi colher ensinamentos na Grécia e dessa missão resultou a Lei das Doze Tábuas, da qual restam fragmentos, e que foi o primeiro passo para a gigantesca construção jurídica dos romanos. Humildade igual nos recompensará – e nos tirará do Pandemônio.

5. Precisamos urgentemente estabelecer um novo olhar sobre a realidade da cena que cerca o conhecimento e a prática do Direito no Brasil. Há uma suntuosa decadência dos tribunais superiores, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, que já foi o melhor tribunal do país e hoje opera como uma rinha de apostas e, numa competição destrutiva de personalidades narcísicas, desconstrói olimpicamente o pouco que o país edificou durante muitas gerações para ter relações estáveis, democráticas e garantidoras de seu povo. A produção dogmática do STF é especiosa, pedante, carregada de preciosismos que não se integram em nenhuma teoria interpretativa respeitável e, seguidamente, produz um resultado desastroso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O Judiciário passou a ter na última década uma característica opressiva, não porque opere com a repressão, mas por sua inoperância jurisdicional e o manifesto desvio de suas funções administrativas. De tal modo que o povo não se identifica com o STF, tão ao contrário dos americanos com a sua Suprema Corte, e ele também desdenha do povo, quando não proclama – como seguidamente o faz – que a opinião pública é irrelevante e seus ministros não se curvam a ela.

Um novo olhar terá de ser estabelecidos desde as nossas raízes. O pórtico solene dos tribunais de Brasília e das capitais de Estados não é um caminho aberto para subir a escada da frente do Direito, quando mais a da Filosofia e sua tentativa de entendimento da vida. Resta-nos a humilde escada dos fundos, mas é por ela que deixaremos para trás as trevas da impostura, da desassistência e da irrisão. Estamos enlameados pela algaravia supostamente jurídica de um Direito morto que, não obstante, é o que se pratica. Por isso talvez devêssemos ouvir a gravação deixada por Almir Guineto para a canção de Jesse Filho e Almir Serra, "Lama nas Ruas":

Que importa

Se há tanta lama nas ruas
E o céu é deserto e sem brilho de luar

Se o clarão da luz
Do teu olhar vem me guiar
Conduz meus passos
Por onde quer que eu vá

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

CORRUPÇÃO NO BRASIL

ROQUE ORTIZ JUNIOR: Advogado, graduado na Uniban, com escritório no centro de São Paulo com ramo no Direito Trabalhsta.

Resumo: O presente trabalho buscará uma pesquisa de forma aprofundada, devido a tamanha turbulência no que diz respeito a corrupção no Brasil. Em um primeiro momento descrever o conceito e seu aspecto histórico e atual, destacando principalmente uma análise jurídica, bem como os grandes danos causados a sociedade. Por fim, buscar- se a através dessa o combate do crime organizado que corrompe o Brasil. Destaca-se as consequências de tais atitudes, como, o impedimento de seu crescimento econômico e o desenvolvimento social, assim, o histórico nacional fica passível de questionamento sobre sua credibilidade em relação as autoridades e instituição de classe política, até mesmo levar a sociedade ao descrente. Presente na mídia, passou a ser discutida com frequência pela sociedade como um todo, contribuindo para debates públicos sobre temas de grande importância nacional e internacional. Determinados autores da nossa Literatura escreveram sobre o comportamento corrupto, muitas vezes apresentado de forma sucinta, como uma característica marcante da organização estatal, política e econômica do Brasil. Os escândalos divulgados pela mídia são resultantes de um processo de negação da cultura política aos meios populares e reflete uma atitude passiva das representações populares no sentido de educar o povo brasileiro para compreender e analisar o processo político de maneira geral.

Palavras-chave: Corrupção; Crime; Organizado; Combate.

ABSTRACT: The present work will seek a thorough investigation, due to such turbulence regarding corruption in Brazil. At a first moment describe the concept and its historical and current aspect, highlighting mainly a legal analysis as well as the great damages caused to society. Finally, to seek through this the fight of organized crime that corrupts Brazil. It highlights the consequences of such attitudes, such as the impediment of economic growth and social development, thus, the national history is liable to question its credibility with the authorities and institution of the political class, even to take society to the unbeliever. Present in the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

media, it began to be discussed frequently by society as a whole, contributing to public debates on issues of great national and international importance. Certain authors of our Literature have written about corrupt behavior, often presented succinctly, as a striking feature of Brazil's state, political, and economic organization. The scandals divulged by the media are the result of a process of denial of the political culture to the popular media and reflects a passive attitude of popular representations in order to educate the Brazilian people to understand and analyze the political process in general.

Keywords: Corruption; Crime; Organized; Combat

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 04 2 A CORRUPÇÃO E OS MALEFÍCIOS CAUSADOS A NAÇÃO 05 3 ESCÂNDALOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL 17 4 O COMBATE A CORRUPÇÃO E SUAS PRINCIPAIS FERRAMENTAS DE AÇÃO 27 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 33 6 REFERÊNCIAS 34.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico visa a análise da corrupção, e os seus efeitos para o desenvolvimento do pais. Sendo a corrupção o efeito ou ato de corromper alguém ou algo, com a finalidade de obter vantagens em relação aos outros por meios ilegais ou ilícitos. Etimologicamente, o termo "corrupção" surgiu a partir do latim ¨corruptus¨, que significa o ato de quebrar aos pedaços, ou seja, decompor e deteriorar algo.

Atualmente observa-se que um grande turbilhão de escândalos públicos vem sido expostos pela mídia, e a sociedade encontra-se cada vez mais revoltada e impactada com tamanha falta de caráter e impunidade desses corruptos, exigindo a eficiência necessária para o seu devido combate.

Diante dos escândalos a sociedade encontra-se de mãos atadas perante tantos fatos, com sede por justiça, faz com que aquele que realiza sua obrigação de combate a pratica visto como verdadeiro herói.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A responsabilidade pela condução dos processos criminais envolvendo a investigação de esquemas de corrupção e de vital importância para pleno desenvolvimento sócio econômico do pais.

Em virtude do que foi mencionado este trabalho objetiva a verificação da corrupção de forma a caracterizar a maneira que ela estabelece no pais, corrompendo setores da política, pesquisando dados históricos, estatísticas, casos polêmicos e principalmente a importância jurídica no que tange o crime de corrupção, considerado como crime hediondo e os seus mecanismos de combate, como a delação premiada importante instituto, no momento em que possibilita a troca de informações por parte daquele que está envolvido na pratica criminosa e por privilégios processuais penais.

Recentemente a corrupção está em evidencia pela grandiosidade de esquemas que a cada dia sã descobertos, porém pouco se têm feito, visto que a praga da corrupção consome importantes recursos vitais para o desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida o brasileiro.

1- A CORRUPÇÃO E OS MALEFICÍOS CAUSADOS A NAÇÃO

A corrupção é um meio ilegal de se conseguir algo, sendo considerada grave crime em alguns países. Normalmente, a pratica da corrupção está relacionada com a baixa instrução política da sociedade, que muitas vezes compactua com os sistemas corruptos.

A corrupção é um ato egoísta movido por paixões, como ensina o Thomas HOBBES (1996):

> Das paixões que mais frequentemente se tornam causas do crime uma é a vanglória, isto é, o insensato sobrestimar do próprio valor. Como se a diferença de valor fosse efeito do talento, da riqueza ou do sangue, ou de qualquer outra qualidade natural, sem depender da vontade dos que detêm a autoridade soberana. De onde deriva a presunção de que as punições ordenadas pelas leis, e geralmente aplicáveis a todos os súditos, não deveriam ser infligidas a alguns com o mesmo rigor com que são infligidas aos homens pobres, obscuros e simples, abrangidos pela designação de vulgo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Assim, acontece muito que os que se avaliam pela importância de sua fortuna, se aventuram a praticar crimes com a esperança de escapar ao castigo, mediante a corrupção da justiça pública ou a obtenção do perdão em troca de dinheiro ou outras recompensas. (HOBBES, 1996, p. 100)

A corrupção na política pode estar presente em todos os poderes do governo, como o Legislativo, Judiciário e Executivo.

> [...] A corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima. [...] Em ambientes estavelmente institucionalizados, os comportamentos corruptos tendem a ser, ao mesmo tempo, menos frequentes e mais visíveis em ambientes de institucionalização parcial ou flutuante. A corrupção não está ligada apenas ao grau de institucionalização, à amplitude do setor público e ao ritmo das mudanças sociais; está também relacionada com a cultura das elites e das massas. Depende da percepção que tende a variar no tempo e no espaço. [...]. (BOBBIO, 2007, p. 291-292)

No entanto, a corrupção não existe apenas na política, mas também nas relações sociais humanas. Para que se configure a corrupção, são precisos no mínimo dois atores: o corruptor e o corrompido, além do sujeito conivente e o sujeito irresponsável, em alguns casos.

O Corruptor é aquele que propõe uma ação ilegal para benefício próprio, de amigos ou familiares, sabendo que está infringindo a lei, já o corrompido é aquele que aceita a execução da ação ilegal em troca de dinheiro, presentes ou outros serviços que lhe beneficiem. Este indivíduo também sabe que está infringindo a lei.

Aquele que é conivente, sendo o indivíduo que sabe do ato de corrupção, mas não faz nada para evitá-lo, favorecendo o corruptor e o corrompido sem ganhar nada em troca. O sujeito conivente também pode ser atuado e acusado no crime de corrupção, segundo prevê o artigo 180 da Convenção Federal do Brasil.

O irresponsável é alguém que normalmente está subordinado ao corrompido ou corruptor e executa ações ilegais por ordens de seus superiores,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

sem ao menos saber que esses atos são ilegais. O sujeito irresponsável age mais por amizade do que por profissionalismo.

A corrupção ou inclinação para ser corrupto ou corruptor, é um dos ingredientes da natureza humana, acionado pelo egoísmo que por sua vez, aciona a ambição, ambos são muito dinâmicos. Logo, a corrupção e seus terríveis efeitos também o são. Aliás, tudo no universo é dinâmico, nada é estático; cujo comportamento pode aumentar ou diminuir, segundo as instituições e as regras estatais; partindo do princípio de que o Estado representa as instituições de forma globalizada.

FAZZIO (2002):

> define a corrupção como intercâmbio clandestino entre dois mercados, o mercado político e/ou administrativo e o mercado econômico e social. Põe em relevo que mencionado tráfico se realiza às escondidas, pois viola normas públicas, jurídicas e éticas, e sacrifica o interesse geral aos interesses pessoais, corporativos, partidários, etc. (FAZZIO, 2002, p. 27)

Atualmente, observa-se que o Brasil está vivenciando uma catástrofe no que diz respeito a corrupção, a todo instante nos deparamos com mais um caso de escândalo, hoje o país se encontra em uma crise terrível na falta de respeito para com o povo brasileiro. Esse turbilhão de crimes está sendo como uma avalanche sobre nossas cabeças. Em virtude disso, finalmente a sociedade têm tido sede por justiça, e interesse na política.

No Brasil, a corrupção se encontra em proporções alarmantes na Administração Pública, ignorando todo o aparato institucional mantido com o intuito de controlar os atos governamentais.

Em sentido geral, a corrupção abrange os setores público e privado da sociedade, caracterizando-se pelo comportamento ilícito tendente à consecução de vantagens particulares.

> A corrupção corrói a dignidade do cidadão, contamina os indivíduos, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> O desvio de recursos públicos não só prejudica os serviços urbanos, como leva ao abandono, obras indispensáveis às cidades e ao país. Ao mesmo tempo, atrai a ganância e estimula a formação de quadrilhas que evoluem para o crime organizado, o tráfico de drogas, e de armas, provocam a violência em todos os setores da sociedade. Um tipo de delito atrai o outro, que quase sempre estão associados. Além disso, investidores sérios afastam-se de cidades e regiões onde vigoram práticas de corrupção e descontrole administrativo. (TREVISAN, 2003, p. 17)

A corrupção é o pior crime que existe, visto que sobrecarrega a sociedade de obrigações, visto que os direitos da sociedade no que tange o cidadão, quando o dinheiro público é desviado falta na segurança, o que facilita o número de roubos e homicídio, falta na saúde o que causa uma série de mortes em leitos de hospitais por falta de remédios e atendimento adequado. O desvio tem como consequência também a falta de educação, moradia digna, trabalho e qualidade de vida.

A autora RAMINA (2002):

> corrupção traz sérios problemas que podem comprometer a estabilidade e a segurança das sociedades, enfraquecer os valores democráticos e morais e desafiar o desenvolvimento social, econômico e político. (RAMINA, 2002, p. 36)

A corrupção é um crime contra os direitos humanos e o desenvolvimento, pois reduz a capacidade de o Estado realizar investimentos, financiar e melhor administrar a ascensão de políticas sociais. O corrupto não apenas rouba dinheiro da coletividade, mas provoca mais fome, mais miséria, mais desigualdade, menos saúde e menos educação.

A corrupção está na raiz de todos, ou quase todos os problemas sociais, e por isso resolvemos dedicar uma sessão especial ao tema. É um tema que não pode ser analisado separadamente dos demais, como o poder econômico a gestão pública, o ordenamento jurídico, a ética ou a moralidade que ganhou status constitucional ao ser agrupada como um princípio da administração pública.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A corrupção está relacionada com o uso de métodos ilegais para obter vantagens, em geral, causando prejuízos para outras pessoas. Na órbita da função pública, "corrupto" é o agente que faz uso de sua função para atender finalidade distinta do interesse público, movido pelo objetivo de alcançar vantagem pessoal.

A corrupção não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, alterada pelas práticas consumistas e imediatistas tão caras ao hedonismo.

Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da trajetória do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo o tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora, visto que as consequências mais perversas do fenômeno da corrupção são aquelas que afetam o desenvolvimento humano. A corrupção tem pessoal relação, dentre outras situações, com a ausência social do Estado, com a miséria e com a má distribuição de renda, gerando alto nível de vulnerabilidade social.

Percebe-se que a corrupção não é apenas o mal do século, mas da história da humanidade. A Lei das XII Tábuas já reprimia com extraordinária severidade a venalidade dos juízes, que era criminalizada como corrupção, aplicando-se a pena de morte ao magistrado que recebesse pecúnia, cogitava-se da corrupção desde a Lei das XII Tábuas, com referência à venalidade dos magistrados, não faltando disposições penais severíssimas sobre a matéria, em outros povos da Antiguidade, já as XII Tábuas impunham a pena capital ao juiz que recebesse dinheiro ou valores para favorecimento de interesses escusos ao seu dever de julgar.

Na Idade Média, a pena de um modo geral continuava arbitrária, distinguiam-se as espécies de corrupção, punindo-se não só a corrupção de juízes, como a de outros funcionários.

O Código Criminal do Império do Brasil para demonstrar como eram aplicadas as penas ante a prática desse delito. Neste código, a corrupção é tratada como sinônimo de peita, que significa corrupção mediante dinheiro ou equivalente, de acordo com o artigo 130, do referido código.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O autor PIERANGELLI (1980):

> Art. 130. Receber dinheiro ou outro algum donativo, ou aceitar promessas directa ou indirectamente para praticar ou deixar de praticar algum acto de officio contra ou segundo a lei. Penas - de perda do emprego com inhabilidade para outro qualquer, de multa igual ao tresdobro da peita, e de prisão por três a nove meses. (PIERANGELLI, 1980, p. 210)

Finalmente, em 1940, o Código Penal Brasileiro, inspirado no Código Suíço, disciplinou não apenas em dispositivos separados, mas também em capítulos distintos, a corrupção passiva e a corrupção ativa, rompendo, em tese, a bilateralidade obrigatória dessa infração penal em que, via de regra, pode consumar-se a passiva, independentemente da correspondente prática da ativa, e vice-versa (LIVIANU, 2013).

O art. 317 do Código Penal Brasileiro de 1940 descreve o delito de corrupção passiva:

> Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem. (C.P/1940)

As principais formas de corrupção variam, mas incluem o suborno, extorsão, fisiologismo, nepotismo, clientelismo, corrupção e peculato.

> • Fisiologismo – é um tipo de relação de poder político em que as ações políticas e decisões são tomadas em troca de favores, favorecimentos e outros benefícios.
> • Nepotismo – é o termo utilizado para designar o favorecimento de parentes ou amigos próximos, especialmente no que diz respeito à nomeação ou elevação de cargos.
> • Peculato – é o fato do funcionário público que, em razão do cargo, tem a posse de coisa móvel, dinheiro, pertencente à administração pública ou sob a guarda desta, e dela se

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> apropria ou a distrai do seu destino, em proveito próprio ou de outrem.
> • Suborno – é a prática de promover, oferecer ou pagar a uma autoridade, governante, funcionário público qualquer quantidade de dinheiro ou quaisquer outros favores desde joias, propriedades, avião em viagem, para que a pessoa em questão deixe de se portar eticamente, corretamente com seus deveres profissionais.
> • Extorsão - é o ato de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, por meio de ameaça, violência oral ou física com a intenção de obter vantagem, recompensa ou lucro. (NUCCI, 2010, p. 40)

A corrupção é um crime que pode ser caracterizado pela ação do agente na conduta delituosa, dividida em corrupção ativa, corrupção passiva, e corrupção ativa e passiva.

A corrupção passiva ocorre quando o agente público pede uma propina ou qualquer outra coisa para fazer ou deixar de fazer algo. Não importa que a outra parte dê o que é pedido pelo corrupto: o corrupto comete o crime a partir do momento que pede a coisa ou vantagem. A outra parte, inclusive, pode/deve chamar a polícia para prender o criminoso.

A corrupção ativa ocorre quando alguém oferece alguma coisa, normalmente, mas não necessariamente, dinheiro ou um bem, para que um agente público faça ou deixe de fazer algo que não deveria. Por exemplo, o motorista que, parado por excesso de velocidade, oferece uma propina ao policial. Reparem que, nesse caso, o criminoso é quem oferece a propina e não o agente público, que provavelmente irá prender o criminoso. Para que o crime esteja configurado, não importa que o agente aceite a propina, visto que o crime se consuma no momento em que o motorista tenta corromper o policial, ou seja, no momento em que ele ofereceu a propina. Mas é possível também que ambas as partes cometam o crime. Se o motorista oferece e o policial aceita, ambos cometeram crimes. O policial cometeu o crime de corrupção passiva, e o motorista de corrupção ativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Os crimes foram cometidos em momentos distintos, dado que o motorista cometeu a corrupção ativa quando ofereceu, mas o policial só cometeu a corrupção passiva quando aceitou. Se não tivesse aceito, não teria cometido o crime.

O tipo penal que trata da corrupção ativa é o art. 333 do CPB, e traz a seguinte redação: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício". (CAPEZ, 2007, p. 446.)

O crime de corrupção ativa está alocado dentro da classe de crimes praticados por particulares contra a administração pública. O objeto jurídico protegido nesse tipo penal é a probidade da administração, prevenindo que uma ação externa corrompa a administração pública através de seus funcionários. Diferentemente da corrupção passiva, que só pode ser praticada por funcionário público, na corrupção ativa o crime pode ser praticado por qualquer sujeito, até mesmo um funcionário público que não esteja no exercício de suas funções. Portanto o sujeito ativo da corrupção ativa pode ser qualquer pessoa. Neste crime quem é atingido pela sua prática é o Estado, sendo, portanto, este o sujeito passivo do delito.

O tipo objetivo prevê que deve "oferecer ou prometer vantagem indevida". Esse oferecimento configura-se tanto para aquele que verbalmente e pessoalmente o pratica ou para aquele que envia por carta ou deixa um dinheiro sobre a mesa. Vale lembrar que, para configurar o crime de corrupção ativa deve a oferta ou promessa levar o funcionário a deixar de praticar, retardar ou executar ato de ofício.

No tipo subjetivo o dolo é a vontade do agente de praticar o tipo penal, ou seja, ofertar ou prometer vantagem indevida, incluindo o elemento subjetivo que é o fim de retardar, omitir ou praticar o funcionário público ato de ofício.

O crime de corrupção ativa ocorre com a simples oferecimento ou promessa de recompensa indevida. A impossibilidade da configuração da tentativa, visto que é impossível que a carta interceptada não chegue nas mãos do funcionário público a qual a oferta ou promessa seria feita.

O autor FABBRINI (2008):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Configura-se a corrupção ativa qualificada, quando ao receber a vantagem ou oferta, o agente deixa de praticar, retarda ou pratica ato de ofício, nesse caso a pena para o corruptor ativo é aumentada em um terço. (FABBRINI,2008, p.336)

A corrupção passiva é um crime praticado contra a administração pública, e tal crime está previsto no artigo 317 do Código Penal Brasileiro, e tem como peculiaridade, que somente o funcionário público pode ser o sujeito ativo.

O art. 317 não define que o sujeito ativo é o funcionário público, mas o título do capítulo fala em "crimes praticados por funcionários públicos". Desta maneira, a corrupção passiva só pode ser praticada por funcionário público. Todavia a conduta descrita no art. 317 fala em "solicitar ainda que fora da função", que seria o caso do funcionário público de férias, licença, cumprindo pena administrativa.

Somente pode ser sujeito passivo o funcionário público se o ato para o qual ele está se corrompendo for das suas atribuições, dado que se o ato não é da sua atribuição, ele até poderá ser partícipe, mas não autor. Assim é um crime próprio, o tipo penal em questão assim dispõe:

> "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". (CP/1940)

Apenas o funcionário público pode praticar o crime de corrupção ativa, de extrema importância a definição conceitual de funcionário público para efeitos do direito penal. Para o direito penal a conceituação de funcionário público é mais ampla do que nos demais ramos do direito, e está definido no art. 327 do Código Penal.

O funcionário público não pratica seus atos de ofício de forma correta, com o uso indevido da máquina pública, portanto o objeto jurídico tutelado nesse caso é o normal funcionamento da administração pública. Estando sempre dentro dos princípios da moralidade e da probidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Segundo a legislação penal não há a exigência de bilateralidade para que fique comprovado o crime de corrupção ativa, ou seja, não é necessário que haja corrupção ativa para que configure a passiva.

O ato do funcionário de praticar ou deixar de praticar um ato em benefício próprio ou alheio pode ser de forma ilícita, ilegítima ou injusta e dessa maneira é determinada de corrupção ativa própria, já quando a pratica do ato é legal, justa, mas visa um benefício próprio ou de outrem a corrupção passa a ser classificada como não própria ou imprópria.

Na ocorrência da vantagem ser recebida antes da ação ou omissão classifica-se como sendo antecedente, diferentemente quando primeiro age ou omite e depois recebe a vantagem, estando caracterizada a corrupção subsequente.

A prática do tipo penal pode serem realizadas por meio de terceira pessoa, ou seja, uma pessoa pode ser determinada em nome do funcionário público a exigir a vantagem, ou uma pessoa pode ir até o funcionário público e prometer ou oferecer vantagem indevida.

Como fica demonstrado, o objeto material do crime é a vantagem indevida, que não necessariamente tem que ser econômica, podendo ser ela também de cunho moral, sentimental, sexual, entre outras vantagens.

Assim evidente que o sujeito ativo do tipo penal é o funcionário público, e o sujeito passivo é o Estado, que sofre danos na administração pública em razão do pedido ou oferecimento de vantagem indevida, prejudicando a administração pública e consequentemente a sociedade.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, é necessário que o funcionário público saiba que a vantagem é indevida, existe ainda o elemento subjetivo especial do tipo que expressa a necessidade de a vantagem ser para si ou para outrem, quando a vantagem é revertida para a administração pública não existe crime.

Por ser crime formal sua consumação ocorre no momento da solicitação, recebimento ou do aceite da promessa. Neste crime é possível a pratica do flagrante esperado, que ocorre no momento do recebimento da vantagem indevida, uma vez que o crime já havia sido configurado com a solicitação ou aceitação da promessa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O crime admite a tentativa, mas é de difícil comprovação, visto que a solicitação deverá ser descoberta antes de chegar ao receptor da comunicação.

No cometimento do crime o agente além do tipo penal ainda deixa de fazer o retarda ato de ofício ou infringe o dever funcional enquadrado na forma mais grave da corrupção passiva, que está previsto no art. 317 § 1° do CPB, aumentando a pena a ser aplicada.

Quando o agente cedendo a pedidos de terceiros somente para bajulá-los, sem receber a vantagem indevida, pratica atos de ofício, ou deixa de praticar ou retarda comete o crime previsto no art. 317 § 2° do CPB, tendo uma aplicação de pena menor do que a do caput, devido a essa forma ser considerada privilegiada.

O autor CAPEZ (2007) sobre o assunto:

> A pena para quem incorre no tipo penal caput é de reclusão de dois a doze anos e multa. Para a prática do tipo penal privilegiado previsto no § 2° a pena é de detenção de três meses a um ano e está sujeita as disposições da lei n. 9.099/95 a Lei dos Juizados Especiais Criminais. A ação penal é pública e incondicionada, ou seja, a sua propositura é de exclusiva competência do Ministério Público. (CAPEZ, 2007, p. 440.)

A corrupção por sua gravidade e lesividade aos princípios constitucionais a mesma foi elencada na Lei de Crimes Hediondos, criada em 1990 para contemplar o crime de extorsão mediante sequestro, principalmente depois de casos de repercussão social dada a sua gravidade.

Existem outras formas de repressão e controle, as quatro principais são: o procedimento legislativo; o controle da Administração na execução das leis; o controle judicial; e a transparência e a responsabilidade dos próprios governantes. Na atualidade, esta última forma de combate à corrupção é a que tem apresentado as mais graves disfunções.

De acordo com a doutrina e o próprio significado traçado por alguns dicionários, hedionda é uma conduta repelente, repulsiva e horrenda, que manifesta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

extrema abjeção ou depravação nos seus atos; que inspira pelos seus vícios ou crimes repulsa e horror.

Os crimes hediondos são tratados de tal forma, vez que representam uma afronta aos objetivos constitucionais. Porém, acrescento também, a afronta aos princípios fundamentais constitucionais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III da Constituição Federal).

O crime hediondo é uma conduta delituosa revestida de gravidade, seja na sua forma de execução, na demonstração de desprezo pelo sofrimento da vítima, seja moral ou físico, ou mesmo pela especial condição desta.

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispõe sobre os crimes hediondos, em complemento ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

A lei disciplinou que a legislação ordinária definiria quais seriam os crimes hediondos, o que motivou a promulgação da Lei nº 8.072 de 1990. Contudo a Constituição firmou que tais crimes seriam inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, dentre eles o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como o terrorismo.

A norma constitucional ainda mencionou que responderão os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Destaca-se, para fins de ilustração e para a próxima abordagem, a redação do citado inciso:

> XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (BRASIL, 2011).

Com as recentes alterações advindas das Leis nº 11.464/2007 e nº 12.015/2009 são considerados hediondos os crimes de homicídio (artigo 121 do Código Penal), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (artigo 121, § 2o, incisos I, II, III, IV e V do Código Penal); latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; e o crime de genocídio previsto nos artigos 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956 (artigo 1º, da Lei nº 8.072/1990).

Registra-se que são equiparados os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (artigo 2º, Caput, da Lei nº 8.072/1990). Alude MORAES (2002):

> A Lei nº 8.072/90, denominada lei dos crimes hediondos, abrange não só as infrações penais enumeradas em seu art.1º, mas também nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, que, apesar de não serem hediondos, são considerados pela própria Constituição Federal (CF, art.5º, XLIII), como assemelhados. Consequentemente, a eles aplicam-se todas as regras penais e processuais previstas na citada lei, conforme o art. 2º da Lei nº 8.072/90. (MORAES, 2002, p.59)

Neste sentido, dispõe acerca da vedação a concessão de anistia, graça e indulto; regime de inicial de cumprimento de pena e à fração diferenciada para concessão do benefício da progressão de regime, acerca da execução da Pena Privativa de Liberdade. A Prisão Temporária sob a Lei 7.960 de 1989, especificamente, sobre a fixação de prazo superior e diferenciado, qual seja, de 30 (trinta) dias prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; em caso de sentença condenatória, mediante decisão fundamentada, a possibilidade da decisão quanto apelar em liberdade; e a delação premiada. (artigo 2ª e 8ª, Parágrafo único).

A mudança na legislação é de extrema importância, porém é necessária fiscalização, fundamentada na maior exigência da sociedade do governo, por meio de objetivar o julgamento daqueles que corrompem o pais.

A responsabilidade dos governantes implica, essencialmente, a obrigação de responder, isto é, o dever inerente a todo agente público de prestar contas de sua atuação no exercício do cargo. Essa obrigação figura não apenas no âmbito político

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

como também na esfera jurídico-penal, dada o impacto negativo que a corrupção estabelece na nação e na sociedade.

LIVIANU (2007) alude:

> Os custos econômicos desta criminalidade são suportados pelos cidadãos, motivo pelo qual determinam a instabilidade política e deterioração dos poderes. Há ainda outra consequência desta criminalidade que, além de atentar contra os direitos humanos e a dignidade da pessoa, pode atingir os próprios fundamentos da democracia. (LIVIANU, 2007, p. 45)

O cenário da corrupção se alastrou pelo governo brasileiro, o conluio criminoso conseguiu alcançar autoridades inimagináveis dificultando de todas as maneiras o processo investigativo, para reverter a situação a inovação na maneira de lidar com os investigados e na obtenção de provas por meio da delação premiada e a concessão de benefícios aqueles que auxiliam na realização do objetivo de extirpar a corrupção na nação.

3 ESCÂNCADALOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL

O crime organizado é uma das maiores dificuldades no mundo atual, onde a expectativa de ganhos para esses conjuntos de criminosos se tornaram maiores ainda diretamente relacionadas com o aumento da atividade econômica e social do mundo como um todo, sendo que à extensão das atividades desempenhadas pelas organizações criminosas, seu poder e sua influência rompe antigas barreiras gerando grandes prejuízos ao Estado e a sociedade.

As estruturas dessas organizações criminosas estão cada vez mais especializadas, por inter4mdio de capacitação cada vez maior de seus integrantes interessados numa eficiente ação criminosa dificultando assim o seu devido combate e investigação policial. Essa realidade reflete numa auferirão de lucros cada vez maior pelas organizações criminosas revertidos em maior organização, criando uma situação senão combatida pelo Estado irá causar transtornos de maiores proporções.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Internacionalmente o conceito de organização criminosa pode ser verificado pelo Tratado de Palermo que estabeleceu segundo os dispostos na Convenção Da ONU acerca do combate ao crime organizado, com uma estrutura de conceitos definindo assim uma padronização de análise e combate ao crime organizado.

FRANCO (2012) ensina que:

> "[...] o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado." (FRANCO apud LEVORIN, 2012, p. 32-33)

MINGARDI (2012):

> "crime organizado caracteriza-se pela previsão de lucros, hierarquia, planejamento empresarial, divisão de trabalhos, simbiose com o Estado, pautas de condutas estabelecidas em códigos e procedimentos rígidos, divisão territorial, etc. Configura um verdadeiro e próprio poder criminal em concorrência ou em substituição aos poderes legais do Estado. " (MINGARDI apud Neto, 2012, p. 59)

SANCTIS (2009):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> [...] o conceito de crime organizado sempre envolve estrutura complexa e, de certa forma, profissionalizada. Não se trata de apenas de uma organização bem-feita, não sendo somente uma organização internacional, mas se caracteriza pela ausência de vítimas individuais e por um determinado modus operandi, com divisão de tarefas, utilização de métodos sofisticados, existência, por vezes, de simbiose com o Poder Público, além de alto poder de intimidação (forja clima de medo, fazendo constante apelo à intimidação e à violência). " (SANCTIS, 2009, p. 8)

As principais características do crime organizado segundo a autora MESSA (2012):

> (a) Complexidade estrutural: dentro de uma organização criminosa existem regras próprias, um código de conduta. Possui um esquema articulado e profissionalizado, além de uma estrutura bem aparelhada.
>
> (b) Divisão orgânica hierárquica: organização estruturada em níveis, de acordo com a posição ocupada por seus agentes e seu grau de comprometimento na realização das atividades criminosas.
>
> (c) Divisão funcional. Cada membro da organização tem suas atribuições e tarefas bem definidas, demonstrando esse caráter de especialização na delegação de funções.
>
> (e) Estreitas ligações com o poder estatal: para conseguirem desenvolver suas atividades ilícitas as organizações criminosas precisam exercer sua ingerência sobre as instituições estatais, seja através da corrupção de agentes.
>
> ((g) Intuito do lucro ilícito ou indevido: dispensa maiores explicações. Toda organização criminosa busca obter lucro ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

algum benefício de maneira ilícita. A ilicitude é a essência da atuação de uma organização criminosa.

(h) Detentora de um poder econômico elevado: por não respeitarem os limites legais Sua organização e controle permite acumular riqueza e poder.

(i) Capacitação funcional: os membros dessas organizações são recrutados, recebendo instrução e treinamento para o desempenho de suas atividades.

(j) Alto poder de intimidação: a intimidação se torna necessária não somente pela natureza das atividades desempenhadas pela organização criminosa.

(l) Capacidade de fraudes diversas: não há como determinar todos os possíveis crimes que uma organização criminosa pode praticar.

(m) Clandestinidade: como agem à margem da lei, as organizações criminosas precisam fazer uso de simulações e disfarces, de modo a camuflar seus negócios e lucros ilícitos.

(o) Modernidade: uso das novas tecnologias, principalmente na área da comunicação para dar celeridade às operações.

(p) Danosidade social de alto vulto: os danos causados por essas organizações criminosas são enormes, pelo uso de violência e a rede de corrupção que alimenta.

(q) Associação estável e permanente com planejamento e sofisticação de meios: os membros de uma organização criminosa agem em conjunto e de maneira ordenada.

(r) Impessoalidade da organização: a composição dos membros da organização criminosas permanece no mais absoluto sigilo," (MESSA, 2012, p. 99-100)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O primeiro dispositivo a tratar sobre o tema foi a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. O Congresso Nacional discutia o assunto em razão de uma tendência universal de repreensão ao crime organizado, e como resposta ao aumento vertiginoso do crescimento da criminalidade organizada no Brasil, na década de 1980, que assolou o pais e prejudicou a população que se sentia cerceada de seus direitos. Assim dá se o início dos movimentos de cobranças para políticas efetivas de combate ao crime organizado, resultando na Lei n. 9.034, que dispunha sobre a utilização dos meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O autor NETO (2012) alude:

> "resta clara a intenção do legislador em criar um novo tipo penal, a "organização criminosa". No entanto, sua omissão conceitual deixa a cargo do intérprete do direito a fixação dos limites de entendimento sobre essa modalidade delituosa. Com efeito, abre-se espaço para a ocorrência de deliberações, uma vez que não há definido elementos fundamentais para a identificação do tipo, nem mesmo a condutas passíveis de punição por constituírem essa modalidade. " (NETO, 2012, p. 58)

O autor CAPEZ (2015) sobre a referida lei:

> A Lei n. 9.034/95, em seu texto original, regulava apenas os meios de prova e procedimentos investigatórios que versassem sobre quadrilha ou bando, sem mencionar organizações criminosas. Existia, portanto, um descompasso entre o enunciado, que colocava como objeto da regulamentação legal as organizações criminosas, e a redação restritiva do art. 1º, que falava apenas em crime praticado por quadrilha ou bando. Ficava a dúvida: afinal de contas, a lei se refere à quadrilha ou ao bando, conforme em seu art. 1º, ou às organizações criminosas, mencionadas no enunciado? Surgiram, então, duas posições: a) organização criminosas é sinônimo de quadrilha ou bando, delito enfocado pela legislação em tela; b) organização criminosa é mais do que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> quadrilha ou bando, ou seja, constitui-se de quadrilha ou bando mais alguma coisa. " (CAPEZ, 2015, pp. 264-265)

SCARANCE (1995) sobre a lei de 1995:

> "ao mesmo tempo ampliativa e restritiva. Abrange crimes que, pelo simples fato de serem resultantes de bando ou quadrilha, serão 'crimes organizados', e que, na realidade, podem representar pequena ofensa social, não merecendo especial preocupação. Mas o preceito também restringe, pois em certos casos, os delitos praticados por determinadas pessoas poderiam se caracterizar como 'crimes organizados', e, por estarem desvinculados de bando ou quadrilha, ficarão fora da órbita da lei." (SCARANCE, 1995, p. 38)

Acerca da dificuldade de conceituar a organização criminosa pela referida lei afirma NUCCI (2013):

> "conceito de organização criminosa é complexo e controverso, tal como a própria atividade do crime nesse cenário. Não se pretende obter uma definição tão abrangente quanto pacífica, mas um horizonte a perseguir, com bases seguras para identificar a atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. " (NUCCI, 2013, p. 13)

A Lei n. 12.694 de 2012 surge a primeira definição definitiva sobre organização criminosa, solucionando a ausência normativa em relação a conceituação do que seria uma organização criminosa. Inovação em seu § 1º, do art. 1º, onde estabelece o pressuposto para a instauração do colegiado o risco à integridade física do juiz. O autor NUCCI (2013):

> "[...] havendo circunstância que acarrete risco para o julgador em determinado feito envolvendo organização criminosa, surge para ele a possibilidade de convocação do colegiado de juízes para deliberar sobre qualquer ato decisório. Não se pode olvidar que a decisão que convoca o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> colegiado deve ser devidamente motivada com a exposição das razões pelas quais se vislumbrou o risco à integridade física do juiz a partir da explicitação das circunstâncias verificadas que, em regra, giram ao redor de ameaças ao magistrado. ” (NUCCI, 2013, p. 34)

A inovação legal sobre o tema se deu com a promulgação da lei 12.850 de 02 de agosto de 2013 que revogava a lei 9.034/95 conforme dispõe em sua ementa:

> "define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. ”

O autor NUCCI (2013) sob a inovação legal:

> “a edição da Lei 12.850 de 02 de Agosto de 2013 é inequivocamente positiva, pois corrige vários defeitos da legislação anterior, trazendo novidades nos campos penal e processual penal”. (NUCCI, 2013, p. 5)

A lei trouxe novos conceitos a respeito da organização criminosa, um tipo penal para a mesma e regulamentar o seu combate e investigação com o uso de infiltração e delação premiada para a sua efetividade.

A corrupção eleitoral é presente na política nacional representando uma forma de enriquecimento fácil e rápido, muitas vezes de não realização dos compromissos feitos durante as campanhas eleitorais, de influência e sujeição aos grupos econômicos dominantes no país.

A redemocratização brasileira na década de 80 teve seu espaço garantido com o fim do governo militar (1964-1985). Em 1985 o retorno dos civis à presidência foi possível com a campanha pelas Diretas-Já, que em 1984 mobilizou milhares de cidadãos em todas as capitais brasileiras pelo direito ao voto para presidente. Neste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

novo ciclo político o Impeachment do presidente Collor constitui um marco divisor nos escândalos de corrupção.

Durante as eleições para presidente em 1989 foi elaborado um esquema para captação de recursos à eleição de Fernando Collor. Posteriormente, foi revelado que os gastos foram financiados pelos usineiros de Alagoas em troca de decretos governamentais que os beneficiariam. Em abril de 1989, após aparecer seguidamente em três programas eleitorais, Collor já era um nome nacional. Depois que Collor começou a subir nas pesquisas, foi estruturado um grande esquema de captação de dinheiro com base em chantagens e compromissos que lotearam previamente a administração federal e seus recursos. Esse esquema ficou conhecido como "Esquema PC", sigla baseada no nome do tesoureiro da campanha, Paulo César Farias, e resultou no impeachment do presidente eleito. Segundo cálculos da Polícia Federal estima-se que este esquema movimentou de 600 milhões a 1 bilhão de dólares, no período de 1989 (campanha presidencial) a 1992 (impeachment).

A breve história da corrupção pode induzir à compreensão que as práticas ilícitas reaparecem como em um ciclo, dando-nos a impressão que o problema é cultural quando na verdade é a falta de controle, de prestação de contas, de punição e de cumprimento das leis.

Atualmente um dos casos mais conhecidos de corrupção no Brasil foi o chamado Mensalão, que foi denunciado em 2005 pelo então deputado Roberto Jefferson (PTB-RJ), como um esquema de pagamentos no valor de R$ 30 mil que eram feitos mensalmente a deputados para favorecer interesses político-partidários.

O esquema do Mensalão significa o ato de corrupção em que uma grande soma em dinheiro é transferida periodicamente e de forma ilícita para favorecer determinados interesses, sendo derivado da palavra "mensalidade", cujo aumentativo sugere que é uma quantia avultada. A palavra passou a fazer parte do cotidiano popular devido ao frequente uso pela mídia brasileira durante as investigações do caso.

No seguimento do fato que ficou conhecido como "Escândalo do Mensalão", atos de corrupção baseados em esquemas do mesmo gênero passaram a ser designados por "mensalão".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Naquela época, o Presidente do Brasil em função era Luís Inácio Lula da Silva (PT), que negou conhecer qualquer prática de mensalão. Alguns dos principais acusados pertenciam ao seu partido, o Partido dos Trabalhadores, sendo investigados em diversas operações da polícia.

Os envolvidos eram acusados de crimes como corrupção ativa, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, evasão de divisas e peculato, destacando-se os políticos: José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil, Delúbio Soares, ex-tesoureiro do PT, José Genoíno, ex-presidente do PT.

O elo era Marcos Valério, o empresário mineiro da área de publicidade não tinha nenhum cargo político, mas foi acusado de criar e gerir todas as operações do mensalão. Com o decorrer das investigações, todos aqueles que foram denunciados de participação no esquema negaram algum envolvimento.

O dia 2 de agosto de 2012 foi uma data importante no cenário político e judiciário brasileiro, pois iniciou o julgamento dos 38 réus envolvidos no mensalão, dada a sua magnitude foi considerado o julgamento mais importante do Supremo Tribunal Federal.

Recentemente o Petrolão é o nome dado para um esquema de corrupção e desvio de fundos que ocorreu na Petrobrás, a maior empresa estatal brasileira. Este escândalo está conexo com vários partidos políticos, incluindo o Partido Trabalhista (PT), Partido Progressista (PP) e o PMDB.

O esquema foi usado para desviar dinheiro da Petrobrás, através de contratos superfaturados e dinheiro sujo para benefício de políticos, com a distribuição de dinheiro também era usado para barganhas políticas, para comprar votos e para financiar campanhas políticas.

No ano de 2014, a operação da Polícia Federal designada Lava-Jato prendeu o doleiro Alberto Youssef e Paulo Roberto da Costa. Esta investigação aferiu que Paulo Roberto Costa, o ex-Diretor de abastecimento da Petrobrás recebia propinas de empreiteiras que faziam a prestação de serviços para a Petrobrás. Posteriormente havia a distribuição do dinheiro da propina para alguns políticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Nas confissões de Alberto Youssef, mais de 30 políticos foram envolvidos no esquema de corrupção, que alguns nomes estão envolvidos, entre eles o de Dilma Rousseff e Lula da Silva, figuras de grande destaque no cenário político nacional.

Com o fundamento para o prosseguimento das investigações da força-tarefa de procuradores da Operação Lava Jato, foram descobertas inúmeras empresas envolvidas no crime de corrupção, sendo uma verdadeira organização criminosa para o desvio de recursos do Estado para a satisfação de interesses escusos.

A organização da atividade criminosa pode ser exemplificada pelo esquema que a Odebrecht mantinha dentro de seu organograma um departamento oculto destinado somente ao pagamento de propinas, chamado Setor de Operações Estruturada, setor onde havia funcionários dedicados exclusivamente a processar os pagamentos, que eram autorizados diretamente pela cúpula da empresa.

A prática configuraria crime de corrupção, que é um crime praticado contra a administração pública, previsto no Código Penal. A corrupção pode acontecer de duas formas passiva, quando o agente público pede ou recebe vantagem indevida se valendo do cargo que ocupa, ou ativa, quando alguém oferece vantagens a um agente público para ser beneficiado de alguma forma.

Entre os principais crimes investigados na Lava Jato estão a corrupção, formação de quadrilha, organização criminosa, lavagem de dinheiro e recebimento de vantagem indevida. Há também o polêmico caixa 2, que não é crime eleitoral, mas configura uma conduta ilegal. Ainda com fortes indícios de que prestações de contas oficiais de campanha foram utilizadas para lavar dinheiro de origem ilícita.

O dinheiro que foi movimentado soma bilhões de reais no Brasil e no exterior, usando supostas empresas de fachada, contas em paraísos fiscais e contratos de importação considerados fictícios.

No entendimento da legislação brasileira, o crime de lavagem de dinheiro é caracterizado pelo ato de "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". Ocorre quando alguém transforma dinheiro "sujo", com origem em qualquer tipo de crime, em dinheiro "limpo", a pessoa comete o crime de lavagem de dinheiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O crime de corrupção pode estar ligado tanto a doações legais quanto ilegais. O crime da lavagem de dinheiro é regulamentado pela Lei nº 12.683 de 2012, que ampliou a abrangência da legislação penal. A pena prevista para o crime de lavagem de dinheiro é de três a dez anos de reclusão, e multa.

A lei contra crimes de lavagem de dinheiro se tornou mais rigorosa em 2012, quando se aboliu o rol taxativo de crimes que levariam à lavagem de dinheiro. Isso quer dizer que, antes de 2012, só se considerava lavagem de dinheiro quando o indivíduo cometia crimes como terrorismo, tráfico de drogas ou de armas, entre outros. Hoje, a lei já considera que qualquer crime, em teoria, pode levar à lavagem de dinheiro.

Essa era uma parte muito importante do esquema de propinas investigado na Lava Jato, já que o dinheiro usado para comprar os agentes públicos tinha que aparentar ter origem em atividades legais.

A lei ainda prevê que são consideradas lavagem de dinheiro: converter em ativos lícitos os valores provenientes de infração penal, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere, importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

As consequências da corrupção são devastadoras para o pais, como o alegado no relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com a finalidade de compreender melhor a relação entre corrupção e crescimento econômico, com a finalidade de propor estratégias mais eficientes no combate ao crime e a sua prevenção.

A promoção um estudo sobre o impacto da corrupção em quatro setores fundamentais para o desenvolvimento: indústrias de extração, infraestrutura e serviços públicos, saúde e educação. O foco era analisar como a corrupção distorce o desempenho de cada um desses setores e as consequências dessas distorções para a sociedade.

As indústrias de extração, principais motores do desenvolvimento de muitos países, nesse estudo, enumeram-se alguns fatores que deixam o setor especialmente vulnerável à corrupção. A vulnerabilidade surge pelo alto grau de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

discricionariedade política da gestão da empresa pública, a frequente confusão entre o interesse público, o dos acionistas e os interesses pessoais. O cenário de competição limitada a algumas poucas empresas, ocasionando comportamentos cúmplices e estruturas financeiras complexas, que dificultam o controle. Segundo o estudo, a corrupção ocorre a partir de negociações enviesadas entre agentes públicos e privados, implicando decisões equivocadas na seleção de empresas e no planejamento de investimentos.

No setor de serviços públicos e infraestrutura, a OCDE considera que a frequente situação de monopólio e a necessidade de regulamentação estatal propiciam muitas ocasiões para abuso de poder e pedidos de suborno. O estudo descobriu falhas similares e constantes em todas as regiões do mundo, que são um convite à corrupção: deficiências de planejamento, descontrole nos gastos e estimativas de demanda inflacionadas.

Ainda que reconheça a existência de estudos macroeconômicos demonstrando uma relação positiva entre investimentos públicos na educação e crescimento econômico, a OCDE não titubeia em afirmar que esse potencial de crescimento é muitas vezes anulado pela corrupção.

De acordo com o estudo, a corrupção no setor educacional gera distorções tanto nas grandes decisões de investimento e de orçamento público como nas decisões pontuais. Para a OCDE, as consequências dos desvios no setor educacional são evidentes: menos professores capacitados, menores níveis de qualificação dos alunos, diminuição da produtividade dos trabalhadores, aumento da desigualdade social, bem como uma diminuição da capacidade de um país desenvolver indústrias competitivas.

De acordo com o estudo, a corrupção pode ser vista como um preço extra informal. Nos quatro setores é evidente o aumento dos custos provocado pela corrupção. A OCDE ressalva, no entanto, que essa visão pode ocultar outra face da corrupção - os efeitos indiretos adicionais, que provocam consequências graves tanto no crescimento econômico quanto no desenvolvimento social, como a redução da pobreza, a OCDE vê a corrupção como causa de escassez, além de outros perniciosos efeitos sistêmicos da desigualdade social no pais.

A noção nítida das consequências econômicas e sociais da corrupção pode ajudar a anular um discurso que coloca o combate à corrupção praticada por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

grandes empresas como algo prejudicial à economia nacional, prejudicando o devido desenvolvimento sócio econômico da nação em privilegio de grupos que corrompem as riquezas do povo brasileiro.

As investigações realizadas nos últimos tempos têm demonstrado a importância do fortalecimento das instituições policiais e judiciarias no combate a corrupção que se alastra na política brasileira que apenas será vencida com o uso de inovações para a descoberta dos esquemas secretos e acobertados pelos interesses mais escusos, todavia atualmente a delação premiada surge como uma das principais ferramentas do momento no combate a corrupção.

4 O COMBATE A CORRUPÇÃO E SUAS PRINCIPAIS FERRAMENTAS DE AÇÃO

O cenário da corrupção se alastrou pelo governo brasileiro, o conluio criminoso conseguiu alcançar autoridades inimagináveis dificultando de todas as maneiras o processo investigativo, para reverter a situação a inovação na maneira de lidar com os investigados e na obtenção de provas por meio da delação premiada e a concessão de benefícios aqueles que auxiliam na realização do objetivo de extirpar a corrupção na nação.

A delação premiada revela-se como um incentivo à verdade processual, um instrumento que auxilia a investigação e a contenção do crime, similarmente ao que ocorre na previsão da confissão espontânea. Muitos autores se posicionam para conceituar este instituto jurídico. JESUS (2005), denomina “delação”, como “[...] a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato) ” e é "Premiada", uma vez que o Legislador concede um “prêmio”, benefício ao delator, que pode ser traduzido como abrandamento do seu regime penitenciário, diminuição da pena e até a extinção da punibilidade.

NUCCI (2007):

> (...) significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o ‘dedurismo’ oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. (NUCCI, 2007. p. 700)

ARANHA (1996) conceitua:

> A delação, ou chamamento do corréu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. (ARANHA, 1996, p. 110)

MIRABETE (2005) alude:

> Na confissão pode ocorrer também a delação, ou seja, na afirmativa feita pelo acusado, ao ser interrogado em juízo ou na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Não há dúvida, porém, que a delação é de grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial. (MIRABETE, 2005, p. 277)

Segundo PACHECO (2008), a delação premiada "ocorre quando o indiciado, espontaneamente, revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de um dos seus integrantes". ARANHA (1996), também esclarece o tema, afirmando que a delação se refere a uma "afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa".

Na mesma linha de reflexão, INELLAS (2000) afirma que delação premiada só ocorre no caso do réu que em seu interrogatório não apenas aponta a participação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

de terceiros no ato delituoso, mas necessariamente reconhece e assume a sua responsabilidade na prática do fato tipificado penalmente. O autor esclarece:

Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Destarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator. (INELLAS, 2000, p.93

LAUDAND (2009), também conceitua o instituto da delação premiada:

> (...) a delação premiada consagrada na legislação brasileira configura instituto de direito material a partir do qual, preenchidos determinados requisitos previstos em lei, poderá o imputado ser beneficiado pela autoridade judicial com redução de pena ou perdão judicial. (LAUDLAND, 2009, p. 40)

TÁVORA (2009), por sua vez, salienta que para atingir efetiva capacidade probatória a delação premiada deve respeitar e se sujeitar ao contraditório, propiciando ao advogado de defesa do delatado levantar questionamentos no decorrer da inquirição do delator.

QUEZADO (2005):

> Na Alemanha existe a Kronzeugenregelung, segundo a qual em cooperando o acusado com a Justiça, depondo ele contra coparticipante de ações terroristas, o mesmo é agraciado com a atenuação da pena, sendo possível, inclusive, até prescindir da mesma. Ademais, a Lei de 9 de junho de 1989 prevê a faculdade de o Estado abrir mão da persecução penal e arquivar o procedimento apuratório, na hipótese de este ter iniciado, ou, ainda, atenuar ou deixar de aplicar a pena nos crimes de terrorismo e conexos com este, todas as vezes que a colaboração do imputado evitar a prática de atos delitivos ou a prisão de corréus. (QUEZADO, 2005, p. 6)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Ainda no direito comparado, analisando o continente americano, os Estados Unidos da América, tem como parte integrante do seu sistema jurídico penal o plea bargaining. Refere-se de uma forma de acordo entre o Ministério Público e o acusado, no qual este admitindo a culpa pode receber o benefício de ter uma pena menos severa ou ser responsabilizado por um delito mais brando.

No Brasil, mesmo que a delação premiada tenha inserção recente na legislação pátria, a previsão desse instituto já estava presente nas Ordenações Filipinas, época de subordinação à Coroa Portuguesa. Um fato histórico importante a ser mencionado é a desarticulação e fracasso da Inconfidência Mineira (1788-1792), devido as delações realizadas por seus próprios membros, como o caso notório do Coronel Joaquim Silvério que teve sua volumosa dívida com a Fazenda Real perdoada. A partir disso a história é conhecida, o movimento de independência tem seu fim e Tiradentes (Joaquim José da Silva Xavier) é executado em abril de 1792.

O contexto histórico a delação premiada já encontrava solo fértil para ser aplicada em casos concretos no sistema jurídico nacional, assim como o seu caráter pejorativo também era explícito, de traição, de falta de caráter e de companheirismo, fazendo sua grande vítima o mártir Tiradentes.

Desta forma, este instituto previsto nas Ordenações Filipinas permaneceu esquecida por muito tempo na nossa legislação como explica DAMÁSIO DE JESUS (2006): "em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes".

Com o advento da Lei 8.072/90, que versa sobre crimes hediondos, a delação premiada encontrou novamente espaço no ordenamento jurídico em solo pátrio. E como se pode notar com a proliferação dos outros diplomas legais concebendo o tema em um curso espaço de tempo, existe a consistente intenção do legislador em consolidar esta prática no processo penal.

Dessa forma, encontra-se a previsão para a delação premiada em outros dispositivos legais no nosso ordenamento jurídico como: Código Penal (art. 159, §4º, e 288), Lei do Crime Organizado – nº 9.034/05 (art. 6º), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 7.492/86 (art. 25, §2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – nº 9.613/88 (art. 1º, §5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Econômica – nº 8.137/90 (art. 16), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas – nº 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – nº 11.343/06 (art. 41), e, mais recentemente, na Lei que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – nº 12.529/2011 (art. 86).

GUIDI (2007):

> Na legislação, a primeira aparição desses benefícios se deu com advento da lei n°. 8.072/90, a denominada lei dos crimes hediondos, trazendo em seu art.8°, parágrafo único: -O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a sua pena reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços). Posteriormente surgiram diversas outras quais são: a) Lei n°. 9.034/95 (Crime Organizado): art. 6°. -Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria33?; b) Lei n°. 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional): art. 25, §2°. -Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar á autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços); c) Lei n°. 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo): art. 16, parágrafo único. -Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços); d) Lei n°. 9.613/98 (Crimes de Lavagens de capitais): art. 1°, § 5°. -A pena será reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades prestando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> esclarecimentos que conduzam á apuração das infrações penais e de sua autoria ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. e) Lei n°. 9.807/99 (Lei de proteção á vítima e as Testemunhas): art. 13. Poderá o juiz de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; localização da vítima com a sua integridade física preservada; a recuperação total ou parcial do produto do crime e o parágrafo único dispõe que a concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstancia gravidade e repercussão social do fato criminoso. O artigo 14 descreve que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com a vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).
>
> Lei n°. 11.343/06 (Drogas e afins): Artigo 41. -O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços. (GUIDI, 2007, p. 78)

Importante que mesmo empregado pela maioria dos doutrinadores o termo “delação” não seria o mais adequado para conceituar esse instituto, fato que se pode concluir através de uma análise do conjunto das leis em vigor que tratam sobre a matéria. JESUS (2006) explica que existem previsões onde não há, propriamente, uma “delação”, como no caso da Lei de Lavagem de Capitais – 9.613/98 – onde, mesmo não ocorrendo a citação do envolvimento de terceiros, há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

o prêmio, caso o indivíduo coopere com a "localização de bens, direitos ou valores objetos do crime".

A nova Lei de Crime Organizado trouxe inúmeras inovações ao instituto da delação premiada, inovações essas que podem ser utilizadas até mesmo para complementação dos outros diplomas que preveem o instituto.

O capítulo II da referida Lei fala da investigação e dos meios de obtenção de prova, e em seu artigo 3º, inciso I, prevê a colaboração premiada como um desses meios.

Na seção I há a regulamentação do instituto no âmbito da prevenção e repressão ao crime organizado.

O § 2º do artigo 4º da Lei 12.850/13:

> Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. (LEI 12.850/13)

Diz o artigo 4º da Lei 12.850/13:

> Art. 4 O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (Lei 12.850/13)

Evidente que o delator é um criminoso tentando escapar das penas impostas pelo Estado-Juiz.

À vista disso o § 16º do artigo 4º da nova Lei de Crime Organizado "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador". O instituto da delação premiada poderá ser mais bem aplicado, ajudando cada vez mais a desmantelar organizações criminosas, salvar vítimas, bem como recuperar bens objetos de crimes.

O instituto jurídico da delação premiada sob a sua aplicabilidade, sua força probatória, sua efetividade no combate ao crime organizado assim como propicia a apreciação da sua constitucionalidade e seu comportamento ético e moral em estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim surge como importante ferramenta no combate a corrupção, principalmente no que tange a descoberta de esquemas inimagináveis e protegidos por aqueles que deveriam proteger a nação e as riquezas do povo brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário da corrupção se alastrou pelo governo brasileiro, o conluio criminoso conseguiu alcançar autoridades inimagináveis dificultando de todas as maneiras o processo investigativo, para reverter a situação a inovação na maneira de lidar com os investigados e na obtenção de provas por meio da delação premiada e a concessão de benefícios aqueles que auxiliam na realização do objetivo de extirpar a corrupção na nação.

A corrupção é um meio ilegal de se conseguir algo, sendo considerada grave crime em alguns países. Normalmente, a pratica da corrupção está relacionada com a baixa instrução política da sociedade, que muitas vezes compactua com os sistemas corruptos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A noção nítida das consequências econômicas e sociais da corrupção pode ajudar a anular um discurso que coloca o combate à corrupção praticada por grandes empresas como algo prejudicial à economia nacional, prejudicando o devido desenvolvimento sócio econômico da nação em privilegio de grupos que corrompem as riquezas do povo brasileiro.

As investigações realizadas nos últimos tempos têm demonstrado a importância do fortalecimento das instituições policiais e judiciarias no combate a corrupção que se alastra na política brasileira que apenas será vencida com o uso de inovações para a descoberta dos esquemas secretos e acobertados pelos interesses mais escusos, todavia atualmente a delação premiada surge como uma das principais ferramentas do momento no combate a corrupção.

O instituto jurídico da delação premiada sob a sua aplicabilidade, sua força probatória, sua efetividade no combate ao crime organizado assim como propicia a apreciação da sua constitucionalidade e seu comportamento ético e moral em estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim surge como importante ferramenta no combate a corrupção, principalmente no que tange a descoberta de esquemas inimagináveis e protegidos por aqueles que deveriam proteger a nação e as riquezas do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 4ª Ed. atual. ampl. , São Paulo, Saraiva 1996.

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

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 13ª Ed. Brasília: UNB, 2007.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral** Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013**. 1. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria. **Crimes na internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no poder público**. São Paulo: Atlas, 2002.

HOBBES, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

JESUS, Damásio de **Direito penal, volume 1 : parte** geral / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

LAUDAND Heloisa. **A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal**. Ed. IBCcrim , 2009

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e o Direito Penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil**. Coimbra editora, 2007.

MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE. Júlio Fabbrini; FABBRINI. Renato N. **Manual de Direito Penal**. Vol. 3. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2008.

NETO, Franciso Tolentino. **Histórico do Crime Organizado**. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). Crime Organizado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**: **Parte Especial**, 5. Ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Amauri Renó do. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. Bauru: Editora Jalovi, 1980.

QUEZADO, Paulo. **Delação Premiada**. Fortaleza, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção**. Curitiba: Juruá, 2002.

SCARANCE, Antonio Fernandes. **Crime organizado e legislação brasileira**. Revista Justiça Penal, n. 3, São Paulo: RT, 1995.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

TREVISAN, Antonino Marmo et al. **Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

A EUTANÁSIA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CELSO MESTRE CORREIA: Bacharel em Direito pela Faculdade Padre Anchieta - Jundiaí - SP

MARIA CRISTINA ZUCCHI.

(Orientadora)

RESUMO: O objeto deste trabalho é apresentar argumentos que auxiliem na solução pacífica para o tema Eutanásia em face dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. O tema, recente na sociedade humana, se mantém polêmico nas diversas esferas do conhecimento e sua prática ainda não encontra respaldo legal em nosso ordenamento jurídico. Importante registrar que não há intenção de resolver a complexa questão de prolongar a vida ou antecipar a morte de um doente em estado terminal, nem tomar posição sobre os procedimentos médicos de tratamento ou de manutenção forçada da vida humana que poderiam afrontar a dignidade da pessoa humana, mas tão somente despertar o interesse e fomentar discussões sobre este assunto. Observa-se que ainda neste século XXI, a Eutanásia continuará sendo amplamente debatida em todos os níveis da nossa sociedade. Espera-se que os institutos jurídicos, diante da evolução da sociedade, com a consequente necessidade de revisão das doutrinas e normas vigentes, tenham a agilidade necessária para nivelar suas atitudes na mesma velocidade que as mudanças ocorrerem. Dessa forma, é natural presumir-se que as vedações legais hoje existentes, poderão sofrer eventuais mudanças no futuro próximo, mas, deve-se, sempre considerando sempre, a valorização da vida humana, mas mantendo-se a qualidade de vida.

Palavras-chave: Eutanásia. Bioética. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia. Liberdade.

ABSTRACT: The object of this work is to present arguments that assist in the peaceful resolution of the issue Euthanasia in the face of the fundamental principles enshrined in the Federal Constitution of 1988. The theme, recent in human society, remains controversial in many spheres of knowledge and practice is not yet legal support in our legal system. Important to note that there is no intention to solve the complex issue of prolonging life or anticipating the death of a terminally ill or take a position on medical procedures or treatment forced maintenance of human

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

life that could affront the dignity of the human person, but only arouse interest and stimulate discussions on this subject. It is observed that even in this century, euthanasia will remain widely debated at all levels of our society. It is expected that the established laws, before the evolution of society, with the consequent need for revision of doctrines and rules, have the agility to flatten their attitudes at the same speed that the changes occur. Thus, it is natural to assume that the legal prohibitions exist today, should suffer any changes in the near future, always considering the valuation of human life, but maintaining the quality of life.

Keywords: Euthanasia. Bioethics. Right to life. Human dignity. Autonomy. Freedom.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O DIREITO À VIDA, À LIBERDADE, À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. 1.1 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 1.2 A Dignidade da pessoa humana e seu conteúdo moral e material. 1.3 A Vida. 1.4 O Direito à vida. 1.5 O Direito à vida em suas acepções. 1.5.1 O Direito de permanecer vivo e à subsistência. 1.5.2 O Direito à qualidade de vida. 1.6 A Liberdade e a Integridade física e moral da pessoa humana. 1.6.1 A Liberdade. 1.6.2. A integridade física e moral da pessoa humana. 1.7 Considerações conclusivas. 2 A EUTANÁSIA EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 2.1 A Conciliação entre a eutanásia e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e a liberdade. 2.2 Posições doutrinárias atuais sobre a eutanásia. 2.2.1 Argumentos favoráveis à eutanásia. 2.2.2 Argumentos contrários à eutanásia. 2.3 A legislação brasileira e a eutanásia. 2.3.1 Projetos de lei para a prática da eutanásia no Brasil. 2.3.2 O Código de Ética Médica como subsídio normativo adicional. 2.3.3 O Projeto de um novo tratamento penal para a eutanásia. 2.4 A Eutanásia no Direito Comparado. 2.4.1 Casos de Eutanásia no Brasil. 2.5 Considerações conclusivas. 3 EUTANÁSIA: CONCEITO, HISTÓRIA E SUAS FORMAS. 3.1 Conceito. 3.2 História. 3.3 Evolução da Eutanásia na História. Classificação. 3.5 Eutanásia e a Bioética. 3.6 Considerações conclusivas. 4 ASPECTOS FILOSÓFICO/RELIGIOSOS, MÉDICOS E JURÍDICOS SOBRE A EUTANÁSIA. 4.1 Aspectos Filosófico/religiosos. 4.2 Aspectos Médicos. 4.2.1A Responsabilidade médica sobre a vida humana. 4.3 Aspectos Jurídicos. 4.4 Considerações conclusivas. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. TABELA 1- Espectro ético, moral e social da eutanásia 73 ANEXO A – Utilitarismo 74 ANEXO B – Juramento de Hipócrates 76 ANEXO C – Direitos da Personalidade 77 ANEXO D – Lei 9434/97 - Lei de Transplantes 80 ANEXO E – Biodireito – conceito e características 88 ANEXO F – Acórdão Processo 0122959-4 91.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, tutela de forma expressa, em seu artigo 5º, caput, o direito à vida e assegura sua proteção contra qualquer ameaça interna ou externa. Em contrapartida, observamos que o mesmo diploma cita a liberdade de forma ampla, o que significa autodeterminação do individuo para tomada de decisões. Ainda nesse âmbito, o Artigo 1°, III tem como fundamento a dignidade da pessoa humana que contempla como um dos seus atributos a qualidade de vida, que deve prevalecer em todos os aspectos.

Dessa forma, pode-se presumir que o individuo tem autonomia para dispor ou não de sua vida, ou seja, direito de viver ou de morrer, caso não mais tenha saúde para manter a qualidade de vida, diante do sofrimento de uma doença em fase terminal.

Para o perfeito entendimento do tema, a presente monografia está estruturada em quatro grandes pilares:

I - O Principio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida. Nesse âmbito, de forma sucinta, dissertaremos sobre o direito à vida e o principio da dignidade da pessoa humana. Na seqüência, analisaremos o direito à vida em suas acepções e alguns direitos fundamentais, como a liberdade e a integridade física e moral da pessoa humana.

II - A Eutanásia em face dos princípios constitucionais, onde analisaremos a possibilidade de conciliação entre a prática da eutanásia na sociedade brasileira, em face da legislação vigente e das garantias constitucionais do direito à vida, da dignidade da pessoa humana, do direito à integridade física e moral e a liberdade. Em seguida, apresentaremos as posições doutrinárias contra e a favor da eutanásia, além da análise da eutanásia no direito comparado. Nessa esteira, algumas tentativas de aplicação e regulamentação do procedimento no Brasil e em outros países serão mencionadas.

III - Conceito de Eutanásia, seu posicionamento como ramo da bioética; relatos históricos sobre as origens do termo e seus vários tipos. Nessa direção,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

apresentaremos breve relato sobre a bioética e seus princípios, a partir do qual, nosso tema tem sua raiz;

IV – Interpretação dos aspectos filosófico/religiosos, médicos e jurídicos sobre a eutanásia.

Finalizando, apresentaremos nossa conclusão sobre o tema e ficaremos na expectativa de ter cumprido o objetivo proposto, qual seja o de contribuir para uma nova compreensão sobre o tema.

1 O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CONTEÚDO MORAL E MATERIAL, E DIREITOS À VIDA, LIBERDADE, INTEGRIDADE FISICA E MORAL

1.1O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O principio da dignidade da pessoa humana está presente no artigo 1º, III da Carta Magna de 1988. Kant (1986, p. 77) define a dignidade de forma contundente:

> Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Nessa direção, pode-se concluir que Kant enquadra o conceito de dignidade acima de qualquer valor material. Valor este tão absoluto que estaria acima de qualquer outro princípio fundamental.

Segue a integra do artigo e do inciso citado:

> Artigo 1°, caput, CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> Inciso III, CF/88: a dignidade da pessoa humana.

Convém destacar que na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é mostrada como um dos fundamentos do Estado de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Miranda (1960, p. 169 grifo do autor), assevera que a dignidade é um atributo individual do ser humano. Em face do espírito individual que encerra a dignidade da pessoa humana, é possível afirmar que essa dignidade é da pessoa concreta, devendo ser considerada na sua vida real e cotidiana, ou seja, deverão ser considerados homem e mulher em seu dia-a-dia, pois em todo o homem e em toda a mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade. 'É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege'.

Neste âmbito, o autor afirma que é necessário distinguir *dignidade da pessoa humana* e dignidade *humana*: "a primeira dirige-se ao homem concreto e individual, já a segunda, está a humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa".

Dispondo sobre os demais princípios fundamentais no mesmo plano do principio da dignidade da pessoa humana, Magalhães (2012, p.153 grifo do autor) destaca:

> [...] constitui o núcleo de toda a ação estatal, já que o Estado tem como último escopo proporcionar o bem comum, que é a promoção da dignidade do ser humano. Os demais princípios elencados: a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, visam em ultima análise o primado da pessoa humana, em consonância com a visão personalista do mundo, que foi albergada na Constituição de 1988. E conclui: *o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é o pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil.*

Na mesma direção, Garcia (2004, p. 207), lembra que a dignidade da pessoa humana figura entre os princípios fundamentais que estruturam o Estado como tal, portanto, inserindo-se entre os valores superiores que fundamentam o Estado, a dignidade da pessoa humana representará o crivo pelo qual serão interpretados os direitos fundamentais e todo o ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU CONTEÚDO MORAL E MATERIAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Silva (2003, p. 195), refere-se à dignidade da pessoa humana como um "valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida".

Na mesma direção, Bastos (1988, p. 425), entende que a referência à dignidade da pessoa humana parece concentrar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social.

O autor afirma ainda, que a dignidade tem uma dimensão também moral: "São as próprias pessoas que conferem ou não dignidade às suas vidas".

Na mesma esteira, Sarmento (2007, p. 241) entende que a dignidade da pessoa humana é concretizada por meio dos direitos fundamentais. Mesmo a pessoa humana que não respeita a dignidade de seu semelhante, tem a sua tutelada pelo Estado.

Jampaulo (2007, p. 21) acentua que em relação ao aspecto material da dignidade da pessoa humana, a preocupação do legislador constituinte foi proporcionar para as pessoas condições para uma vida digna, do ponto de vista econômico. Isto, segundo o autor, em ultima análise significa:

> Direito a uma remuneração como contraprestação de contrato de trabalho, que possa proporcionar ao individuo, vestuário, alimentação adequada, moradia, transporte, higiene, educação, cultura, lazer e saúde.

O autor ainda pondera que o principio da dignidade da pessoa humana não deve ater-se a um único conceito politico-filosófico, até pela sua abrangência, deve ser ele considerado um princípio aberto. Por ser aberto, a qualidade de vida, com toda a generosidade de interpretação que for possível lhe atribuir, deve ser levada em conta, uma vez que a dignidade da pessoa humana também busca uma vida com qualidade. Sem esse atributo, a vida não pode ser considerada digna em seu aspecto material.

Sendo assim, o legislador, ao dar a devida dimensão ao principio da dignidade da pessoa humana, em seus aspectos morais e materiais, preencheu as condições necessárias para que a existência de cada pessoa humana seja digna.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Lopes (2011, p. 29), ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana apresenta três vertentes de proteção jurídica. A primeira, diz respeito à proteção do ser humano com relação aos direitos da personalidade, resguardando a pessoa individualmente, ou seja, reconhecendo a necessidade de que esta deve ter liberdade de conduzir sua existência e ter seus direitos respeitados.

A segunda representa a efetivação por parte do Estado e da sociedade, de condutas positivas que visam à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais que proporcionam existência digna ao individuo.

A terceira vertente configura a tutela nas relações interpessoais, possibilitando o nascimento de sentimentos de solidariedade, fraternidade e respeito às diferenças existentes.

Lopes (2011, p. 30), conclui que estas três vertentes relacionam a dignidade humana à tutela dos direitos humanos. A concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais resulta na verdadeira dignidade da pessoa humana.

1.3 A VIDA

A palavra "Vida" tem muitos conceitos a ela associados. No Dicionário Houaiss (2001), encontramos um que, de maneira objetiva, sintetiza o que é a vida: 'o período de um ser vivo entre o nascimento e sua morte; existência'.

Berti (2000, p. 238-248), discorre que a vida é um dom que a pessoa humana já traz consigo, não sendo, pois, concessão ou favor que lhe tenha sido concedido, merecendo máxima proteção:

> A vida é o bem maior na esfera natural e na esfera jurídica. Não é uma concessão da sociedade nem uma prestação do Estado. É um bem anterior do Direito que a ordem jurídica deve integrar. Assim, a Constituição Federal e também as leis ordinárias consagram em seus textos ao direito á vida como o primeiro de todos os direitos atribuídos à pessoa humana, naturalmente, desde a concepção. Direito que o Estado tem interesse em garantir, como condição de sua própria existência, por ser o individuo um elemento indispensável e fundamental de sua organização social e política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Miranda P. (1971, p. 14-29) nos ensina:

> O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela [...]. O direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, a casa, que se tem de organizar na ordem politica e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica [...].

Souza (1995, p. 203-204), toca em questão fundamental ao afirmar que a vida humana, qualquer que seja sua origem, apresenta-se como um fluxo de projeção coletivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital.

Na mesma direção, Vieira (2009, p.73) assinala que a vida humana não se resume a uma simples existência biológica, mas compreendida de modo dinâmico, e também, como um processo complexo, não só orgânico, mas também mental e espiritual, que se instaura a partir da concepção.

Com a concepção, o feto adquire alguns direitos contemplados pelo Código Civil brasileiro de 2002, tais como, alimentos gravídicos, identidade genética quando for fruto de fertilização assistida e direito à paternidade, entre outros. Estes direitos serão exercidos pelos pais ou responsáveis, já que o nascituro tem a capacidade do direito, mas não o seu exercício.

Roberti (2002, p. 2 grifo da autora), assevera que:

> O direito à vida não pode ser visto isoladamente dentro do nosso ordenamento jurídico, que possui diversos princípios norteadores, como a dignidade da pessoa humana, a proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, dentre outros. E conclui: a questão que se coloca em discussão quando o assunto eutanásia é abordado, vem a ser justamente a disponibilidade da vida humana. Assim, ainda que sejam assegurados à pessoa acometida de incurável doença ou de sofrimentos atrozes, todos os direitos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

garantias de um resto de vida, será que esta pessoa teria *o direito de morrer* por sua solicitação?

1.4 O DIREITO Á VIDA

O direito à vida sempre foi protegido pelas diversas Cartas promulgadas, contudo apenas o termo "segurança individual" esteve presente, sem se estender às garantias individuais. A partir da Carta de 1946, no artigo 141, aparece o termo "a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida". Na Constituição 1988, pelo artigo 5°, caput, e de forma expressa, a inviolabilidade do direito à vida, entre outras garantias se tornou rol taxativo.

Segue a íntegra do artigo citado na Carta de 1946:

> Artigo 141, caput, Constituição promulgada: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes;

Cumpre observar que nossa Constituição Federal contempla o direito à vida, também, em seus artigos 227 e 230.

Segue os artigos citados:

> Art. 5°, caput, CF/88: 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, propriedade, nos termos seguintes;
>
> Art. 227 caput, CF/88: 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. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Art. 230 caput, CF/88: Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Em um deles, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, celebrada em 1969, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, tutela a vida humana desde a concepção.

Oportuno citar o artigo 4° deste diploma:

> Art. 4°, Inciso I: Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento de sua concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Moraes (2007. p. 46-47) assim conceitua o princípio fundamental do direito à vida: [...] 'O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos'.

De Cupis (1961), afirma que a vida se identifica com a simples existência biológica e que o direito à vida é essencial, tem como objeto um bem muito elevado, sendo um direito essencialíssimo. É um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

O direito à vida encontra importante defensor com Miranda (1971, p.14-29):

> O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito à ela [...]. O direito à vida é direito ubíquo: existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supra estatal [...]. O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica [...] o direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica [...].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Azevedo (2002, p. 19 grifo do autor), se posicionando contra a disponibilidade da vida, afirma: "o principio da dignidade, fundamento da Republica Federativa do Brasil, tem como pressuposto inafastável, a '*intangibilidade da vida humana*'. Sem dúvida, se não há garantia de vida, não se pode falar em dignidade".

Campos (1992, p. 47), neste contexto, assevera: "o direito à vida implica necessária e indeclinavelmente o dever de proteger a própria vida e a dos outros, aplicando-se exatamente o mesmo raciocínio à integridade física".

Canotilho (2000, p. 533-539 grifo nosso), sustenta que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da 'não agressão' ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva. Desta forma, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos, e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, *mas não é uma liberdade.*

Assim sendo, conclui-se que a Constituição Federal assegura expressamente o direito à vida, mas também, veda a sua disponibilidade.

Diniz (1971, p. 14-29) destaca o efeito *erga omnes* para o direito à vida:

> [...] a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito à ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto '*erga omnes';* por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer [...]. Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar.

1.5 O DIREITO À VIDA EM SUAS ACEPÇÕES

O direito à vida assume três acepções: o direito de permanecer vivo e morrer apenas por causas naturais, o direito à subsistência que é compatível com a dignidade da pessoa humana, e este, requer o direito à qualidade de vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.5.1 O DIREITO DE PERMANECER VIVO E O DIREITO Á SUBSISTENCIA

Para Jampaulo Jr. (2007, p.10), o direito de permanecer ou continuar vivo, está fundamentado no enunciado que tem por significado o direito à existência. A expressão direito à vida ensina que 'o direito de continuar vivo, embora se esteja com saúde' é ligado 'à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência'.

No mesmo plano, encontramos o direito à subsistência. Tavares (2008, p. 399) ensina que:

> O direito a uma subsistência digna deve assegurar um nível mínimo de vida que seja compatível com a dignidade humana, incluindo para tanto, direito à alimentação adequada, vestuário, saúde, educação, cultura e lazer".

Para o autor, o direito à vida se cumpre, neste último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável.

Pereira Roberto (2003, p. 347) ao cuidar do direito à vida, afirma que este possui íntima ligação com a dignidade, ou seja, não é apenas o direito de sobreviver, mas de viver dignamente. Mas, o que realmente isto significa? Certamente, a resposta é muito abrangente. Pode-se afirmar que dignidade traduz o sentimento de respeito a si e ao próximo. "Dignidade" deriva do latim *dignitas*, de virtude e honra.

1.5.2 DIREITO À QUALIDADE DE VIDA

O direito à qualidade de vida surge como requisito fundamental ao direito à dignidade da pessoa humana e ao direito á vida. Jampaulo (2007, p.17 grifo do autor) nos ensina que: "A Constituição, além de amparar o direito de permanecer vivo e o direito a uma subsistência digna, assegura que essa vida deve ter, de forma igualitária, *qualidade de vida*, pois, conforme suas palavras: *só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida*".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

E conclui que a Lei Maior, de maneira discreta, apenas uma vez, menciona concretamente a expressão *qualidade de vida*, no artigo 225, inserida no Capítulo sobre meio ambiente.

Segue a íntegra do artigo:

> Art. 225, caput, CF/887: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

Pessini (2005, p.147-149 grifo nosso), ensina que o conceito de "qualidade de vida", é recente e que deriva da teoria da "qualidade dos materiais", elaborada no inicio do século XIX, passando para as ciências humanas, Economia e Sociologia, na década de 60:

> Suas origens remontam aos métodos de controle de qualidade utilizados nos processos industriais. Nos anos 1930, 1940, criaram-se certas técnicas estatísticas para se determinar o nível de qualidade dos produtos manufaturados. O controle de qualidade passou assim a ser um elemento básico da política das empresas. Pouco depois, os economistas e sociólogos tentar encontrar índices que permitissem avaliar a qualidade de vida dos seres humanos e das sociedades.

Vieira (2009, p. 79), porém alerta que, levada a extremos, o conceito de "'qualidade de vida" tende a conduzir à condenação de pessoas que não sejam "perfeitas", ou que apresentam deficiências, com a possibilidade de suspender qualquer terapêutica em andamento, ou mesmo cancelar algum tratamento programado para doentes terminais.

Pessini (2005, p. 153 grifo do autor) assevera que a ética deve sempre *'partir da afirmação indiscutível de um principio absoluto, que é o da sacralidade do ser humano'*, afirmando que o principio da sacralidade da vida constitui-se em verdadeiro dogma da moralidade, especialmente porque, no momento da morte, perde-se a condição humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto à qualidade de vida, Pessini (2005, p. 73 grifo do autor), observa que o seu significado se diferencia no conteúdo, segundo aplicado nos países ricos ou pobres. Nos ricos, trata-se de prolongar a expectativa de vida e combater a morte; tornar a morte mais aceita e confortável (existem, inclusive, os especialistas, chamados tanalogistas) e lutar contra a contaminação ambiental provocada pela superpopulação industrial. Nos países pobres, a luta não é tanto por viver mais, mas em *como sobreviver*. Falar de qualidade de vida é luta contra a morte prematura e injusta causada pela pobreza, exploração, violência e falta de recursos e assistência à saúde.

Concluindo, resta considerar que o direito á vida ou o direito de permanecer vivo não pode depender de padrões pré-existentes de qualidade de vida, sob o risco de afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana. A vida humana tem o mesmo valor para todos os seres humanos, e todos, também, têm direito a uma vida digna.

1.6 A LIBERDADE E A INTEGRIDADE FISICA E MORAL DA PESSOA HUMANA

1.6.1 A LIBERDADE

O termo “Liberdade” significa ausência de restrição no direito de ir e vir, fazer ou não fazer, desde que não ofenda a norma jurídica correspondente à ação o omissão empreendida.

A liberdade da pessoa humana está de forma ampla tutelada pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º e Incisos. Também, cumpre destacar que o individuo, desde seu nascimento está sob proteção dos direitos da personalidade, presentes no Código Civil de 2002. A partir da idade civil, adquire autodeterminação de conduta, ou seja, direito de ir e vir e não ter cerceada sua liberdade individual, senão em função de ato ilícito, sujeito a pena de detenção como previsto no Código Penal.

Por outro lado, convém observar a lição de Mesquita (2011, p. 44): “Apenas a pessoa humana vive em condições de autonomia, ou seja, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

De outra forma, em relação à liberdade como capacidade para exercê-la, Sarlet (2012, p. 101-103) nos ensina que:

> Da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.

Nesse contexto, e completando a defesa do autor, no meu entender, a liberdade da pessoa humana, como direito fundamental, só é válida com autonomia pessoal e, se esta é inerente ao ser humano, que é sujeito de direitos consagrados pelo Código Civil e pela Lei Maior, não há dúvidas que liberdade é parte da dignidade da pessoa humana.

Sarlet assim conclui: "sem liberdade, não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada".

Em relação à autonomia como capacidade para se exercer a liberdade pessoal, torna-se importante observar que a autonomia concedida ao individuo para que determine suas escolhas, também, permite várias possibilidades deste se corromper, seja qual for o âmbito de sua atuação. Decerto, em tese, em algum momento, virá a reação do Estado, da sociedade e dos órgãos de controle das profissões liberais, porém mesmo assim, também em tese, os direitos fundamentais desse profissional ou pessoa física serão preservados, não permitindo que exista agressão aos seus direitos e em consequência, o principio da dignidade da pessoa humana se consolida, mesmo sendo caso de ato criminoso ou delituoso.

Concluindo, ainda que a lei penalize com eventual restrição à liberdade, não se extingue o direito do individuo, uma vez que o Código Penal brasileiro não admite prisão perpétua.

1.6.2 A INTEGRIDADE FISICA E MORAL DA PESSOA HUMANA

Como consequência do direito á vida, impõe-se o direito à integridade, que tem como objeto a autonomia do individuo sobre seu corpo vivo ou morto. No

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

âmbito jurídico e protegidos pelos direitos da personalidade, encontramos a integridade física e a integridade moral.

Referindo-se à integridade física, Diniz (2010, p. 130), nos ensina: "Fácil é perceber que se protege não só a integridade física, ou melhor, os direitos sobre o próprio corpo vivo ou morto [...] mas também a inviolabilidade do corpo humano".

Em relação ao corpo vivo, tem-se a tutela jurídica desde o espermatozoide e o óvulo, e se estende durante a vida do individuo, mas esta proteção, também, veda a disposição do próprio corpo vivo, exceto por exigência médica e pela permissão, por pessoa capaz, da disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante após sua morte, conforme a Lei 9434 de 1997 que regula os transplantes. Por outro lado, o corpo morto tem a garantia ao culto religioso, à cremação ou enterro, e é lícita a disposição do próprio corpo para pesquisas cientificas após a morte.

A integridade física está presente no Código Civil Brasileiro de 2002 nos artigos 13, 14 e 15.

Segue a íntegra dos artigos citados:

> Art. 13, caput, CC/02: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.;
>
> Art. 14, caput, CC/02: É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte;
>
> Art. 15, caput, CC/02: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Conforme Bittar (2007, p. 17), a integridade moral diz respeito a virtudes da pessoa na sociedade e compreende a identidade, a honra e as manifestações do intelecto. Além disso, relaciona-se com a liberdade civil, política e religiosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A integridade moral encontra resguardo, também, no Código Civil nos artigos 16 e 20:

Segue a integra dos artigos citados:

> Art. 16, caput, CC/02: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome;
>
> Art. 20, caput CC/02: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

1.7 - CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Nesse capítulo descrevemos sucintamente sobre o principio fundamental da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo moral e material e o direito à vida. Ambos expressam o espírito da nossa Carta Maior e estruturam os Direitos Humanos.

Apresentamos as três acepções do direito à vida, qual seja, de permanecer vivo, direito à subsistência e à qualidade de vida. Esta ultima, no meu entender, tão importante, que deveria ser nivelada à dignidade da pessoa humana e não apenas ter lugar em artigo destinado a resguardar direitos difusos.

Em seguida, dissertamos brevemente sobre a liberdade e a integridade física e moral da pessoa humana.

2 A EUTANÁSIA EM FACE DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo tem a intenção de analisar a Eutanásia em face dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Em nosso ordenamento jurídico observamos apenas interpretações do Código Penal, tipificadas como ilícito penal de forma branda. Assim sendo, resta-nos analisar se o procedimento encontra alguma recepção no texto constitucional. Nesse âmbito, Lopes (2011, p. 52), nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

ensina que a resposta a esta indagação não pode ser encontrada exclusivamente na legislação penal, mas sim na Constituição, por meio da hermenêutica constitucional. E esta se dá com a análise dos princípios constitucionais referentes à interpretação e à aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, em especial o principio da proporcionalidade. Ao Código Penal cabe regulamentar o que já foi estabelecido segundo a hermenêutica constitucional. Lopes (2011, p. 52-53 grifo nosso) discorre sobre esta análise:

> A primeira análise é constitucional, porque Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro, segundo determina o princípio da supremacia da Constituição. Ela está no vértice do sistema jurídico nacional. Tem posição hierárquica superior em relação a todas as espécies normativas e atos jurídicos do sistema jurídico, dentre elas a legislação penal. Todas as normas que compõem o ordenamento jurídico nacional somente são válidas se estiverem em conformidade com a Constituição. Por isso, todos os atos normativos devem estar de acordo com a Lei Maior, sob pena de serem considerados revogados ou inconstitucionais.
>
> Em segundo lugar, a inviolabilidade do direito à vida, prevista na Constituição, deve ser compreendida como o direito a não ter a vida agredida por qualquer conduta humana de terceiro que tenha por base uma ação ou omissão ilegítima.
>
> Em terceiro lugar, a análise da eutanásia deve ter como premissa inicial o fato de que o Estado brasileiro ser laico e, por isso, desvinculado dos valores religiosos. Por ser laico, o Estado brasileiro tutela tanto a liberdade de consciência quanto a da crença, de acordo com o artigo 5°, inciso VI, da Constituição. Isso significa que a Constituição protege todas as formas de crer, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas. O respeito à pluralidade de ideias, de crenças e de opiniões representa o respeito ao pluralismo cultural e à liberdade de consciência e de crença, resguardados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Em quarto lugar, a proteção constitucional da vida humana garante a todos o direito à vida digna. *Se há garantia da vida digna, indaga-se se há, dentre todos os direitos fundamentais, um ultimo direito, ou seja, o direito constitucional à morte digna*.

Segue a íntegra do artigo citado:

> Art. 5°, Inciso VI, CF/88: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias

Segundo Souza Lima (2008, p. 22-23), a Constituição Federal de 1988 é repleta de dispositivos que comprovam a importância dada pelo constituinte à tutela dos direitos fundamentais. Ela é inaugurada com o preâmbulo que anuncia um novo Estado. Este é democrático e destina-se a assegurar o exercício dos direitos humanos como valores supremos da sociedade brasileira. O preâmbulo, além de sinalizar a estreita ligação entre os direitos humanos e a nova ordem democrática, apresenta como principais objetivos do Estado brasileiro, a promoção e a proteção desses direitos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

2.1 A CONCILIAÇÃO ENTRE A EUTANÁSIA E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LIBERDADE

É evidente a dificuldade de conciliar a eutanásia com o principio fundamental da dignidade da pessoa humana e a liberdade, pois o bem maior, a vida, está tutelada pelo nosso ordenamento jurídico em toda a existência da pessoa humana, e mesmo que a liberdade signifique plena disposição da vida, exige suspensão de qualquer restrição sobre este aspecto, o que resultaria em clara afronta ao direito à vida, cláusula pétrea da Constituição Federal.

Reforçando a tese de que a liberdade é uma forma de manter a dignidade humana, Dworkin (2009, p. 342-343) assevera:

> [...] Queremos ter o direito de decidir por nós mesmo, razão pela qual deveríamos estar sempre dispostos a insistir que em qualquer Constituição honorável, qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos.

De qualquer forma, a indisponibilidade da vida em qualquer circunstancia, principalmente na prática da eutanásia, evita claras situações de perigo para a vida humana, tais como, interesses de herdeiros, intolerância de parentes com seus idosos e deficientes, além da possibilidade de ocorrer sacrifício de moradores de rua para tráfico de órgãos, tudo isso com graves consequências para a estabilidade do sistema médico e da sociedade.

2.2 POSIÇÕES DOUTRINARIAS SOBRE A EUTANÁSIA

Não obstante existir inúmeras obras no Brasil que tratam sobre o tema de forma apaixonada e totalmente parcial, é importante destacar um posicionamento isento de parcialidade como o de Vieira (2009, p. 22):

> Boa parte dos juristas que se dedicam ao tema adota uma postura predominantemente técnica, discutindo, fundamental e quase exclusivamente, as normas jurídicas que podem ser aplicáveis à espécie, sua interpretação, a combinação de princípios constitucionais. Isso em si, não é um erro, mas, pelo contrário, o cumprimento do dever do jurista que é estudar todos os fatos juridicamente relevantes à luz do ordenamento jurídico, isto é, da Constituição, da legislação, da doutrina, da jurisprudência, dos princípios gerais, dos usos e costumes e de qualquer outra fonte do Direito que se possa reconhecer. O problema é revelado, na verdade, quando se constata que muitos dos trabalhos jurídicos que se dedicam total ou parcialmente à eutanásia não focalizam com a devida intensidade o que há de mais importante nessa questão: a pessoa humana.

Ainda, segundo o autor, muitas obras limitam-se a tratar a pessoa abstratamente, de forma praticamente ideal, como mero sujeito de direitos esquecendo que a realidade das doenças terminais envolve seres humanos concretos que sofrem, ficam deprimidos, sentem solidão, e também riem, brincam e quase sempre, mostrando a capacidade de encontrar sentido onde parecia impossível e, especialmente, pessoas que amam.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em primeiro lugar, encontramos Souza Lima (2008, p. 42-43) que nos ensina sobre a tutela de forma ampla:

> A proteção constitucional da vida humana não se limita à vida biológica. A proteção assegurada é ampla e importa o direito à existência digna. O direito à vida digna compreende a tutela de todos os direitos compatíveis com essa realidade. Pressupõe a garantia dos direitos fundamentais relacionados à vida digna, o que abrange não só os direitos básicos de sobrevivência do ser humano, como também os direitos vinculados ao bem-estar psíquico e social.

Evoluindo, Verspierem (2003, p. 9-19) relaciona dignidade com a eutanásia: "O conceito de dignidade é polissêmico, e carrega em seu bojo diferentes significados de valores éticos. É utilizado na defesa de valores antagônicos e, no caso específico da eutanásia, por exemplo, serve tanto para argumentar contra a sua proibição como a favor de sua aprovação".

Para Pessini (2005, p. 66) a raiz deste duplo significado estrutura-se em duas visões distintas com relação ao que se entende direito de morrer com dignidade. Portanto, sobre o próprio sentido do termo *dignidade*. Por um lado, segundo o autor, estamos frente a uma visão secularista que valoriza e radicaliza a liberdade e a autonomia pessoal, elegendo a pessoa como a única protagonista do processo da vida e da morte, sem depender de forças ou seres transcendentes.

Azevedo (2006, p. 16), aborda o tema eutanásia sob o enfoque de sua legitimidade moral:

> Argumento pela legitimidade moral da eutanásia. Critico a tese de que a vida é um bem indisponível, tese esta adotada pela doutrina jurídica brasileira. Existe uma tese filosófica para a qual a vida é uma (sic) bem intrinsecamente bom. Essa tese é defendida, entre outros, por Tomás de Aquino e Immanuel Kant. Poderia, entretanto, a vida deixar de ser um bem para alguém? [...] Ainda que a vida seja um bem intrinsecamente valioso, ela poderá deixar de ser benéfica para alguém. Proponho que adotemos essa ideia como uma suposição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De fato, se alguém provar que é implausível a vida deixar de ser um bem, então meu argumento cairá por terra.

Segundo Tomás de Aquino, porém, temos o dever incondicional de preservar a própria vida. 'A passagem dessa vida para outra mais feliz não se acha sujeita ao livre arbítrio do homem, mas sim ao poder de Deus', afirma Tomás de Aquino na *Suma Teológica*. Se Tomás de Aquino estiver correto, segue-se que nenhum ser humano tem o direito de dar fim à própria vida. Ao supormos, porém, que nenhum ser humano tem poder sobre a própria vida, deve haver alguma outra entidade com esse poder – no caso de São Tomás, essa outra entidade é justamente Deus.

2.2.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EUTANÁSIA

Neste momento é importante registrar que tanto as argumentações favoráveis e contrárias à eutanásia são adotadas livremente somente no plano abstrato. Nos casos concretos há muita parcimônia dos doutrinadores, profissionais da área da saúde e operadores do direito.

Nessa esteira, torna-se prudente, para apresentação dos doutrinadores e profissionais da área da saúde, selecionar e citar apenas os mais representativos.

Almeida Antunes (2008) nos leva a uma profunda reflexão ao abordar dois casos concretos:

Clara Blanc, francesa, 31 anos de idade, sofre de doença degenerativa rara e fez um apelo ao Governo Francês para que faça um referendo sobre o suicídio assistido (eutanásia). No seu pedido, a peticionante relata o caso da também francesa Chantal Sébire, que também reclamou o direito a morrer dignamente, por causa de um tumor na cara que a desfigurou totalmente e lhe dava dores insuportáveis. Esta acabou por se suicidar a 19 de Março, último.

Mais ou menos neste período, Simone Veil, antiga Presidente do Parlamento Europeu, colocou o mundo a pensar, quando da sua longa e rica experiência de vida e das

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> sociedades, se questionou e nos questionou, perguntando-se se a Eutanásia Ativa não deveria ser um dos Direitos Naturais a acrescentar aos Direitos Humanos.

O autor defende que, para além de direito natural a reconhecer, deverá ser reconhecida como direito positivo e vigente o direito à eutanásia ativa. Só assim se respeita a dignidade humana e se exerce a verdadeira compaixão no morrer. E conclui: "Já que ninguém escolheu o ato do seu nascimento, que lhe seja facultado o direito a morrer com dignidade".

Para Bizzato (2000, p. 26), se os recursos médicos não são suficientes para se chegar à cura, e se o doente manifestar desejo de antecipar a morte é possível chegar à eutanásia, a fim de evitar que o paciente morra só.

O autor ainda argumenta que, se os homossexuais e prostitutas utilizam seus corpos como bem desejam, sem que haja qualquer obstáculo jurídico, também, os doentes em estado terminal têm autonomia para dispor de suas vidas. Importante registrar o preconceito envolvido nesta afirmação.

Talvez o mais importante e polêmico argumento seja de Ribeiro (1999, p. 18), afirmando que a vida como direito fundamental oponível *erga omnes*, só deve ser considerado enquanto se tem saúde. Conclui-se, então, que o direito à vida, neste momento, passa a ser disponível e em situação de inferioridade em relação a outros direitos.

Vieira (2009, p. 169) critica este posicionamento que reduz a importância e a magnitude desse direito fundamental. Com efeito, a autora defende a postura dos profissionais verdadeiramente comprometidos com a dignidade humana, e considera que os cuidados médicos concedem ao doente terminal todo o conforto e bem estar adequados.

Outra corrente favorável afirma que a eutanásia é uma forma de valorização da vida.

Para Bizzato (2006, p. 220), a eutanásia valoriza a vida, pois ela é a saída que parece ser mais evidente, e pode ser mais cômoda e fácil, para evitar ou por fim a sofrimentos, encerrando a própria existência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Seguindo o mesmo posicionamento anterior, Vieira refuta a afirmação de Bizzato e nos reafirma sua opinião de que a valorização da vida na fase terminal só é alcançada com o conforto, alivio da dor, o contato com a família, a atenção e o afeto dos profissionais incumbidos do tratamento do doente terminal.

Dessa forma, o paciente sente que sua vida tem sentido, mesmo num momento tão difícil como esse.

Argumento polêmico é colocado por Menezes (1947, p. 98-99), ao afirmar que a morte está sempre ligada à ideia de dor, qual seja um dos motivos porque a morte é temida. Assim sendo, se justifica a abreviação da vida para evitar mais sofrimentos.

Sztajn (2002, p. 25) se posiciona a favor da eutanásia, discutindo a autonomia do paciente. Para a autora, a eutanásia trata-se de: "poder exercido com absoluta independência pelo sujeito". Acrescenta ainda que o conjunto de regras que as pessoas escolhem para disciplinar seus interesses nas relações recíprocas, ou seja, o desenho de um autorregramento privado é que consiste no que se denomina autonomia privada. Mas, segundo a autora, para que a autonomia possa traduzir-se em manifestação da vontade do paciente, é necessário que o individuo tenha liberdade e privacidade, a fim de fazer valer sua livre vontade.

Divergindo dos argumentos apresentados até o momento, encontramos Singer (2002, p. 201), utilitarista como Galton, que aponta para as pessoas que sofrem de ausência de consciência, ou coma permanente, e as rotula como "sem direito a vida e autonomia". Ainda segundo ele: "essas pessoas não vivem experiência alguma e jamais voltarão a vivê-las, suas vidas não têm nenhum valor intrínseco". E conclui, de forma perturbadora, afirmando que se o individuo nada mais pode fazer pela sociedade, pode-se, perfeitamente, descartá-lo.

2.2.2 ARGUMENTOS CONTRARIOS À EUTANÁSIA

Algumas religiões apontam para a necessidade do ser humano sentir dor e sofrimento como uma etapa obrigatória para a salvação, pois estas levariam à elevação e purificação do corpo e espírito, respeitados os preceitos religiosos de cada uma. Outras, como a religião católica admite que seja contrária à distanásia, que prolonga inutilmente a vida do paciente e que causa maior sofrimento do que conforto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Alves (1999, p. 15), expõe que é lícita a atitude de não renunciar aos cuidados proporcionados ao doente, mesmo sendo mero paliativo ao resultado final: "a dor e o sofrimento muitas vezes, são o caminho que aproximam o homem do seu criador. Já perto de deixar este 'tabernáculo de miséria', é o momento oportuno quando o sofredor redime-se, salva-se para a vida eterna".

Martin (2004, p. 199-226) alerta que a boa vontade pode não conduzir a bom resultado:

> A atitude guiada pela compaixão apenas pode ser considerada eticamente louvável quando conduzir a uma postura de alivio da dor, apoio e tomada de todas as medidas possíveis para garantir o bem-estar do paciente terminal. Por outro lado, no caso de a compaixão se externalizar em ato que tira a vida, acaba-se tirando da pessoa não apenas a possibilidade de sentir dor, mas também qualquer outra possibilidade existencial.

Lepargneur (1999, p. 45) defende a relação médico/paciente e registra que, caso a eutanásia fosse aceita juridicamente, isso poderia reduzir os cuidados dos médicos com o tratamento dos doentes mais graves, e alerta que a relação citada poderia ser deteriorada pela desconfiança e temor da parte do paciente terminal.

Também nessa direção, França (1999, p. 79-80) se preocupa com a aceitação jurídica da eutanásia e os efeitos que isso poderia causar na relação médico-paciente. Para o autor, o envolvimento do médico na eutanásia ativa entra em confronto com sua ética profissional e sua moral. Da mesma forma, na eutanásia passiva, a omissão também afronta os princípios éticos dos profissionais da área da saúde.

Concluindo sua posição, França destaca:

> A prática é condenável, e quando é praticada pelo médico, constitui a subversão de toda a doutrina hipocrática e distorção do exercício de medicina, cujo compromisso é voltar-se sempre em favor da vida do homem, prevenindo doenças, tratando dos enfermos e minorando o sofrimento, sem discriminação ou preconceito de qualquer natureza.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Campbell (1999, p. 54) demonstra que a eutanásia pode resultar em grave violação ao principio bioético da justiça. O autor cita que estas violações podem acontecer de três formas: A primeira se dá contra a estrutura moral da comunidade, notadamente relacionada aos médicos. Assim sendo, devido à vedação do homicídio, os profissionais são levados ao máximo esforço para buscar soluções humanitárias para os enfermos que padecem de grande sofrimento. Dessa forma, presta-se um serviço de forma equitativa e universal a todos.

A segunda ameaça ao principio da justiça, relaciona-se à dificuldade de se institucionalizar a eutanásia e definir seus limites. Também, complexa seria a forma de estabelecer quem apreciaria, quem julgaria, razões do pedido e espécies de males que justificariam sua prática. O autor, na realidade, defende a impossibilidade de o pedido da eutanásia corresponder à intenção do requerente. A relação entre médico e paciente ou representantes assegura o cumprimento do principio bioético.

A terceira ameaça está relacionada à própria legalização do procedimento, concomitante ao racionamento dos cuidados com a saúde, por medida de economia. Piora a situação quando contempla os idosos, já que os recursos disponíveis não evoluem proporcionalmente ao tamanho da população de idosos. Além disso, estas pessoas podem ter crises de amor próprio, pois se sentem culpadas pelo simples fato de existirem. Isto atingiria o principio da justiça concernente à relação equânime entre benefícios e encargos proporcionados pelos serviços de saúde.

Vieira (2009, p. 198), expõe outra corrente contrária à eutanásia, liderada por estudiosos da área médica. Trata-se da possibilidade de erro de diagnóstico da doença de que o paciente é portador.

Kipper (1999, p. 199) defende que, na maioria das vezes, o diagnóstico pode ser seguro, contudo, de acordo com os profissionais da área da saúde, em 30% dos casos não o é, ou seja, existe a possibilidade de não se estabelecer, com segurança, um diagnóstico. Dessa forma, segundo o autor: "prever o futuro é um ato sempre cercado de incerteza, mesmo com razoável probabilidade de acerto".

Nesse diapasão, Groopman (1933, p. 199), registra: "O médico jamais deve se colocar na posição de juiz, dando ao paciente uma sentença de dias, semanas ou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

meses de vida". A priori, jamais se pode presumir que a pessoa está condenada, considerando que o médico não pode ter a onisciência a respeito da vida ou da morte.

Isto posto, cabe aqui um comentário. As pessoas reagem de forma diferente a cada terapêutica aplicada. Isto significa que não há certeza de que um diagnóstico ou mesmo prognóstico seja seguro, em qualquer circunstancia. Qualquer reação de um doente não pode ser interpretada como uma cura ou sinalizar sua morte, ou ainda quando isso acontecerá.

Outro posicionamento contrário à eutanásia diz respeito à possibilidade de cura para uma doença anteriormente considerada incurável. Segundo Vieira (2009, p. 199-200), todos os dias os pesquisadores podem descobrir um meio de cura para estas doenças. Diante disso, os seguidores da eutanásia sentem mais um duro golpe em suas convicções. Burgierman (2001, p. 50) registrou depoimento do eminente Dr. Carlos Eduardo Altieri, neurologista do Hospital Sírio-Libanês, em São Paulo:

> A simples possibilidade de que possa surgir a cura para a doença de um paciente depois de já autorizada e praticada a eutanásia é apavorante. Acho perigoso que se considere a eutanásia com naturalidade. Não pode, jamais, ser considerada como um recurso médico corriqueiro.

De igual forma, França (1999, p. 73) adverte:

> A incurabilidade é um prognóstico, uma presunção. Por isso, é duvidosa. Mesmo o diagnóstico, apesar dos recursos da técnica e da ciência, não apresenta um estágio de rigorosa exatidão. Somem-se as disponibilidades terapêuticas e diagnósticas de cada lugar e a capacidade técnica e intelectual de cada médico. Dessa forma, a incurabilidade ainda se coloca de modo duvidoso, pois há enfermidades que numa época eram incuráveis e logo após deixaram de sê-las.

Muito clara a advertência de Drane (2004, p. 426) referindo-se ao consentimento dado pelo doente terminal para a prática da eutanásia. Segundo ele, o paciente tem de estar perfeitamente consciente e capaz de escolher sua opção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

para o que lhe resta de vida. Qualquer sofrimento ou dor tende a tolher seu raciocínio, levando-o a perder a possibilidade de decisão.

Outro duro golpe sobre os defensores da eutanásia vem do argumento de França (1999, p. 79): "Dificilmente um paciente que se encontra em estado de extrema gravidade, em que a morte é iminente, pode ser considerado como uma pessoa racionalmente autodeterminada". É certo, já que o principio de autodeterminação da pessoa humana está comprometido pela situação extrema, em que, em tese, o doente tem de escolher entre viver sabendo da proximidade do fim ou antecipar sua morte.

Nessa esteira, Rodrigues (1993, p. 151) registra em entrevista com Dr. Evaldo Alves D' Assumpção, tanatologista, acostumado a ambiente de UTIs, que o paciente terminal, apesar de lúcido, encontra-se alterado pela enfermidade e psicologicamente incoerente, e opta pela eutanásia. Por outro lado, se receber assistência psicológica, pode superar esta fase e acaba aceitando sua situação, excluindo o procedimento como alternativo.

Por iguais razões, Lemos (1933, p. 83) considera que o consentimento do paciente terminal não retira o caráter criminoso da prática eutanásica, uma vez que o direito à vida é inato e inalienável e não admite disposição. O autor conclui: "Não se pode considerar verdadeiramente livre a vontade e esclarecida, a inteligência daquele que, sob dores terríveis e tomado pelo terror da espera da morte, pede para morrer rápido".

2.3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A EUTANÁSIA

No Brasil, não há lei federal sobre a terminalidade da vida. Porém, há uma lei estadual, paulista, de n° 10.241, de 17 de Março de 1999 que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado. Em seu artigo 2° traz a principal novidade sobre a autonomia do paciente.

Segue o caput do artigo e os dois incisos inerentes ao tema:

> Art. 2°, Lei 10.241: São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:
>
> Inciso XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Inciso XXIV - optar pelo local de morte.

2.3.1 PROJETOS DE LEI PARA A PRÁTICA DA EUTANÁSIA NO BRASIL

Retornando para a área federal, em 1996, o senador da República, Gilvan Borges, apresenta o projeto de Lei n° 125 que legaliza a prática da eutanásia no Brasil. O documento propõe que a eutanásia seja permitida, desde que uma junta de cinco médicos ateste a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. O próprio paciente teria que requisitar a eutanásia. Se não estiver consciente, a decisão caberia a seus parentes próximos. Único nessa iniciativa, nunca foi levado á votação.

2.3.2 O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA COMO SUBSÍDIO NORMATIVO ADICIONAL

A partir de 1953 o Código de Ética Médica inicia grande abertura, para o que Martin (2002, p. 63), afirma ser: "[...] o humanismo da doutrina dos direitos humanos e das diversas declarações internacionais que começam a se multiplicar após a Segunda Guerra Mundial". Segundo o autor, este diploma traz em entre seus fundamentos, a Declaração de Genebra, celebrada em 1948 pela Associação Médica Mundial, e, seu conteúdo registra o juramento dos médicos, qual seja, de respeitar de forma incondicional a vida humana, a partir de sua concepção. Após a análise das evoluções dos diversos diplomas do Conselho Federal de Medicina, Martin conclui:

> Os conflitos paradigmais entre ciência, lucro e compaixão, ao menos nos códigos, se não no dia-a-dia da prática médica, levaram à vitória do paradigma benigno-humanitário, que conseguiu impor como predominantes seus valores no Código de 1988.

No Código de 1988, encontramos alguns artigos que tratam das vedações aos médicos na relação com seus pacientes. Entre aqueles, cabe registrar os que têm relação com doentes que sofrem com doenças crônicas ou que estão em estado terminal. Cabe citar dois artigos: de número 54 e 61, parágrafo segundo:

> Art. 54: Fornecer meio, instrumento, substância, conhecimentos ou participar, de qualquer maneira, na execução de pena de morte;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Art. 61, caput: Abandonar paciente sob seus cuidados.
>
> § 2°, Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou ao a seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.

Em 2006, o Conselho Federal de Medicina, publicou a Resolução CFM n° 1.805, datada de 28 de Novembro, que traz artigos exclusivamente voltados para doentes terminais. Observa-se a importância de transcrevê-los na íntegra, a fim de demonstrar a evolução da Ética Médica influenciada pela Bioética.

Seguem-se os três artigos dessa Resolução:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal;
>
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação;
>
> § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário;
>
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica;
>
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Apesar da Resolução praticamente tutelar ações ou omissões da área médica, relacionadas a procedimentos ortotanásicos, efetiva-se a morte digna e dá-se a devida relevância ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Além

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

disso, a legislação instrumentaliza legalmente o profissional da área da saúde, com as ferramentas necessárias que garantem o bem-estar do paciente terminal.

Este passo é muito importante, pois determina novos rumos para a medicina moderna.

2.3.3 O PROJETO DE UM NOVO TRATAMENTO PENAL PARA A EUTANÁSIA

Em 18 de Junho de 2012, a Comissão de Juristas para a elaboração de anteprojeto de Código Penal, entregou o Relatório Final, de n° 1.034/2011 à Presidência do Senado Federal com a proposta para a reforma do Código Penal. A eutanásia está contemplada na Parte Especial; Título I; Crimes Contra a Pessoa; Capítulo I; Crimes contra a Vida.

Segue a íntegra do artigo constante do anteprojeto:

> Eutanásia
>
> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
>
> Pena – prisão, de dois a quatro anos.
>
> § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Oportuno se torna a publicação do posicionamento da Comissão de Juristas do Senado Federal (2012, p. 56-276):

> O crime da morte piedosa. O atual Código Penal se refere, de maneira cifrada, à eutanásia, ao indicar a redução de pena em um terço, para o homicídio praticado por "relevante valor moral". Sem reduzir-se à eutanásia (tanto que a locução está mantida na proposta da Comissão, no parágrafo 3º do crime de homicídio), ela consistia numa das figuras mais lembradas do privilégio. É escopo da proposta ora formulada, porém, chamar as coisas, tanto quanto possível, pelo nome efetivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Daí a previsão do crime de eutanásia em artigo próprio, com pena de até quatro anos. Não se discrepou, portanto, da solução encontrada na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais: reconhecer que é crime, mas merecedor de sanção distinta e mais branda do que a reservada ao homicídio. Inovação de maior espectro é permitir o perdão judicial, em face do parentesco e dos laços de afeição entre autor e vítima. Saberá a prudência judicial sindicar quando a pena, nestes casos, a exemplo do que pode ocorrer no homicídio culposo, é mesmo necessária.

No meu entender, se busca um nivelamento com a ortotanásia, já contemplada em artigo especifico no Conselho Federal de Medicina e também objeto do mesmo anteprojeto (artigo 122, § 2º), como exclusão de Ilicitude. Dessa forma, o Direito se aproxima da Bioética e do Biodireito.

2.4 A EUTANÁSIA NO DIREITO COMPARADO

Em sede de preâmbulo à análise da eutanásia no Direito Comparado, é importante citar que a primeira proposta de regularização da prática foi efetuada no estado americano de Ohio em 1906. O caso, registrado pela revista Super Interessante, edição de Março de 2001, refere-se ao cidadão norte-americano Frank Roberts que ministrou arsênico à sua mulher, a pedido da própria, que sofria de esclerose múltipla. A proposta é rejeitada, Frank é condenado à prisão perpétua e morre na cadeia.

Outro registro, da mesma publicação, informa que em 1934, o Uruguai tornou-se o primeiro país a abrir as portas para a possibilidade, ao incluir em seu Código Penal o artigo sobre a liberação da prisão do autor de homicídio piedoso.

Oliveira Filho (2011, p. 1-2), observa que na Inglaterra, em 1931, o Dr. Millard, propôs Lei para legalizar a eutanásia voluntária, que acabou sendo rejeitada pela Câmara dos Lordes em 1936. Contudo, esta iniciativa inspirou o modelo holandês para o procedimento. Importante registrar que, durante os debates na Câmara, Lord Dawson, revelou que facilitou a morte do Rei George V, utilizando cocaína e morfina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O autor cita que a Igreja Católica, em 1956, posicionou-se de forma contrária à eutanásia por ser contra a Lei de Deus. O Papa Pio XII, um ano depois, em curto discurso a médicos, aceita a possibilidade de encurtamento da vida como efeito secundário a utilização de drogas para diminuir o sofrimento de pacientes com dores insuportáveis. Nos anos 90, o Papa João Paulo II reitera por meio de carta sua posição contrária a eutanásia e aborto.

Na Holanda, aproveitou-se a base da proposta inglesa para regular a eutanásia, mas esta continua ilegal. Coelho (2001, p. 31) nos ensina que, em 1990, o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica Holandesa concordaram em um procedimento de notificação da eutanásia. Desta forma, o médico torna-se imune de ser acusado, apesar de ter realizado um ato ilegal. Em 1993, a Lei Funeral incorporou cinco critérios para eutanásia e três elementos de notificação do procedimento estabelecidos pela Corte de Rotterdam em 1989. Isto tornou a eutanásia uma prática aceita, mas não legal. O autor lista os critérios e os elementos:

1. A solicitação para morrer deve ser uma decisão voluntária feita por paciente informado;

2. A solicitação deve ser considerada por uma pessoa que tenha uma compreensão clara e correta de sua condição e de outras possibilidades. A pessoa deve ser capaz de ponderar estas opções, e deve ter feito tal ponderação;

3. O desejo de morrer deve ter alguma duração;

4. Deve haver sofrimento físico ou mental que seja inaceitável ou insuportável;

5. A consultoria com um colega é obrigatória.

O acordo entre o Ministério da Justiça e a Real Associação Médica da Holanda, estabelece os três elementos para notificação:

1°. O médico que realizar a eutanásia ou suicídio assistido, não deve dar um atestado de óbito por morte natural. Ele deve informar a autoridade médica local utilizando um extenso questionário;

2°. A autoridade médica local relatará a morte ao promotor do distrito;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

3°. O promotor do distrito decidirá se haverá ou não acusação contra o médico. Se o médico seguiu as cinco recomendações, não haverá acusação.

Nesse país, o autor registra a seguinte estatística: "11.800 mortes por eutanásia em 1990, somando-se suicídio assistido e overdose de morfina, totalizando 9% da mortalidade do país".

Cumpre observar a síntese de Sztajn (2002, p.149) sobre a eutanásia na Holanda:

> Pode-se imputar essa proto-legalização da eutanásia e do suicídio assistido aos seguintes fatores: 1) ao extremado respeito aos médicos na sociedade holandesa; 2) o tamanho, composição e filosofia política dos holandeses; 3) ausência de influência religiosa importante; 4) o respeito ao Judiciário e o poder dos Tribunais holandeses; e finalmente, o grande respeito à autonomia e responsabilidades individuais.

Coelho (2001, p. 31-32) assinala que na Colômbia, em 1997, a Corte Constitucional autorizou a eutanásia em casos de doentes terminais e com o consentimento prévio do envolvido. Segundo pesquisa do Jornal "El Tiempo", da Capital Bogotá, 84% dos entrevistados são partidários da legalização do procedimento.

Medeiros (2011, p. 42) registra que o Código Penal da Bolívia, datado de 1935, utiliza em seu texto a expressão Homicidio piadoso, e faculta ao juiz a concessão do perdão judicial para a prática de tal ato. Segue a íntegra do artigo 257 do referido diploma legal:

> Art. 257 - (HOMICIDIO PIADOSO). Se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años si para el homicídio fuerem determinantes los móviles piadosos y apremiantes las instancias del interesado com el fin de acelerar uma muerte imminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, pudiendo aplicarse la regra del art. 39 y anun concederse exepcionalmente el perdón judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Na Espanha, não há pena para a eutanásia passiva (suspender a vida artificial) e para a eutanásia passiva (aplica-se tratamento para alivio da dor e que pode acelerar a morte)

De acordo com o Novo Código Penal da Espanha, considera-se que não há pena para as práticas de eutanásia passiva (não prolongação artificial da vida) e de eutanásia ativa indireta.

Na França, quaisquer das práticas são puníveis como homicídio voluntário.

Coelho (2001, p. 30 grifo do autor) ressalta que ao Norte da Austrália, a eutanásia foi praticada desde 1° de julho de 1996 a março de 1998. Neste período, houve quatro mortes pelo procedimento. Esta lei foi denominada Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais. Todavia, longo era o roteiro para seguimento:

1. Paciente faz a solicitação a um médico;

2. O médico aceita ser seu assistente;

3. O paciente deve ter 18 anos, no mínimo;

4. O paciente deve ter uma doença que, no seu curso normal, ou sem a utilização de medidas extraordinárias, acarretará sua morte;

5. Não deve haver nenhuma medida que possibilite a cura do paciente;

6. Não devem existir tratamentos disponíveis para reduzir a dor, sofrimento ou desconforto;

7. Deve haver a confirmação do diagnóstico e do prognóstico por médico especialista;

8. Um psiquiatra qualificado deve atestar que o paciente não sofre de uma depressão clínica tratável;

9. A doença deve causar dor ou sofrimento;

10. O médico deve informar ao paciente todos os tratamentos disponíveis, inclusive tratamentos paliativos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

11. As informações sobre os cuidados paliativos deve ser prestadas por um médico qualificado na área;

12. O paciente deve expressar formalmente seu desejo de terminar com a vida;

13. O paciente deve levar em consideração as implicações sobre a sua família;

14. O paciente deve estar mentalmente competente e ser capaz de tomar decisões livres e voluntariamente;

15. Deve decorrer um prazo mínimo de sete dias após a formalização do desejo de morrer;

16. O paciente deve preencher o certificado de solicitação;

17. O médico assistente deve testemunhar o preenchimento e a assinatura do Certificado de Solicitação;

18. Um outro médico deve assinar o certificado atestando que o paciente estava mentalmente competente para livremente tomar a decisão;

19. Um intérprete deve assinar o certificado, no caso do paciente não tenha o mesmo idioma e origem dos médicos;

20. Os médicos envolvidos não devem ter qualquer ganho financeiro, além dos honorários médicos habituais, com a morte do paciente;

21. Deve ter decorrido um período de 48 horas após a assinatura do certificado;

22. O paciente não deve ter dado qualquer indicação de que não deseja mais morrer;

23. A assistência ao término voluntário da vida pode ser dada.

Em remate, Alves (1999, p. 15) afirma aponta para três requisitos essenciais que complementam o roteiro citado e que permite ao paciente utilizar-se da eutanásia:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

1° O estado de saúde do paciente deveria ser crítico e atestado por três médicos;

2° Os períodos de tempo devem ser extremamente respeitados;

3° Após esse período, o paciente teria acesso a um equipamento, operado por computador, que consiste em um tubo que é ligado à veia do paciente e uma tecla "SIM". Se o paciente pressionasse a tecla, recebia uma injeção letal.

Nos Estados Unidos da America, segundo Medeiros (2011, p. 40), cada estado membro legisla de acordo com caso concreto, havendo nesta mesma nação, estados que já decidiram a favor do suicídio assistido, do direito de morrer e até mesmo da eutanásia, assim como há estados que proíbem e negam a existência de tais práticas.

No Brasil, como citado em capítulo anterior, a eutanásia não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, nem tampouco está contemplada em nossa Constituição Federal.

2.4.1 CASOS DE EUTANÁSIA NO BRASIL

Torna-se importante registrar que não há casos de eutanásia em nosso país com este tratamento jurídico. De qualquer forma, apresentamos alguns casos de crimes que poderiam ser tipificados como prática de eutanásia, de acordo com o que foi declarado pela mídia, mas tratados criminalmente de outra forma.

Casos eutanásia relatados por Barbosa (2004, p. 23-25):

> Em São Paulo: Na publicação "Vidas em Revista", de 08 de março de 2004, foi publicada uma reportagem onde um cirurgião, Carlos Alberto de Castro Cotti, de São Paulo, relatou ter realizado várias eutanásias, inclusive involuntárias, em seus pacientes, desde 1959.
>
> 1°Relato - 1959: Um paciente com icterícia, que não conseguia se alimentar e recebia alimentação "artificialmente". O paciente tinha dores e recebia morfina. "Era um absurdo mantê-lo vivo naquelas condições", afirmou o cirurgião.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2° Relato - 1964: Um paciente com metástases cerebrais, pulmonares e intestinais generalizadas. Quando as metástases ósseas o atingiram a dor era "violenta".

3° Relato - sem data especificada: Um paciente com carcinomatose, com bloqueio de rim. "Foi muito triste porque era meu amigo, tinha 52 ou 54 anos."

4° Relato - sem data especificada: Uma paciente, com idade entre 65 e 68 anos, foi operada quatro vezes em dois anos. Na primeira vez foi feita uma jejunostomia. No início ela tinha 70 kg, após a quarta cirurgia, quando teve uma perfuração intestinal devida a carcinoma, teve uma peritonite, já estava com apenas 25 kg. Nesta ocasião o cirurgião da paciente solicitou ao médico que relatou o fato, que fizesse uma injeção de "M1" (solução a base de fenergan, morfina e outras substâncias) na paciente. Isto foi feito na própria residência da paciente, após ter sido comunicado aos filhos. "Eu fui buscar a medicação e nós dois colocamos no soro. Ficamos aguardando, conversando, por que nós resolvemos que deveríamos estender o mais que pudéssemos o sono, porque a paciente estava muito consciente. E foi feito." Uma das repórteres perguntou se a paciente sabia a havia concordado com o procedimento. A resposta foi a seguinte: "Ela sabia que não podia mais ser operada, mas não sabia que ia receber o "M1". Quem decidiu isso foi a família."

No Rio de Janeiro: Na mesma edição da revista citada foi publicada uma reportagem onde há o relato de eutanásias realizadas no hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, pelo auxiliar de enfermagem Edson Isidoro Guimarães, em 1999. Ele afirmava que fazia isto por compaixão, para aliviar o sofrimento dos pacientes, que podiam ser jovens ou velhos. O método utilizado consistia na injeção de cloreto de potássio ou no desligamento do equipamento que fornecia oxigênio aos pacientes. Foram apuradas 153 ocorrências deste tipo em seus plantões, com as mortes ocorrendo entre as duas e as quatro horas da manhã. Destas, quatro foram comprovadas e

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> assumidas pelo auxiliar de enfermagem, que foi julgado e condenado a 76 anos de prisão, em 19/02/2000. A sua pena já foi reduzida duas vezes, primeiro para 69 anos e depois para 31 anos e oito meses. Havia o envolvimento de empresas funerárias que pagaram entre 40 e 60 dólares norte-americanos por paciente encaminhado.

Como citado acima, observamos que a jurisprudência tem tido dificuldade em tipificar os casos de eutanásia no Brasil, devido não existir no Código Penal. Todos os casos encontrados são registrados como crime de homicídio. Localizamos uma denuncia do Ministério Publico ocorrida município de Marechal Candido Rondon - PR, em 2003. Esta denuncia resultou no processo numero 0122959-4, tendo como vítimas três doentes terminais que tiveram sua morte antecipada. O processo teve como juiz relator o Dr. Luiz Mateus de Lima (Anexo F).

2.5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Nesse capítulo, apresentamos a tentativa de conciliação entre a eutanásia e o principio fundamental da dignidade da pessoa humana e a liberdade. Em seguida, dissertamos sobre as posições doutrinárias atuais e relevantes sobre o objeto de nosso tema; os argumentos a favor e contra a eutanásia; os projetos de lei visando a liberação da prática no Brasil, sendo que nenhum deles seguiu adiante.

A seguir, vimos que o novo Código de Ética Médica evoluiu e aproximou o médico de seu paciente. Na área jurídica, analisamos rapidamente os aspectos inerentes à eutanásia na proposta para o novo Código Penal, ainda a ser aprovado no Senado, com o devido tratamento penal da eutanásia. Finalizamos, examinando a eutanásia no direito comparado, onde também apresentamos alguns casos de eutanásia praticados no Brasil, porém com outra tipificação penal.

3 EUTANÁSIA, CONCEITO, HISTÓRIA E SUAS FORMAS

A palavra Eutanásia é o resultado da construção da palavra de origem grega: *eu*, que significa "boa" ou "bem" e *thanatos* que tem por sentido "morte". Como resultado desta junção, temos *euthanatos* ou "morte calma e sem dor".

3.1 CONCEITO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Vários conceitos foram publicados nos últimos anos, tais como o do escritor espanhol Asuá (1928, p.185), que a definiu como "morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penosa, e a que tende a extinguir a agonia demasiado cruel ou prolongada".

Bizatto (2000, p.15) conceituou-a como: "a eutanásia é aquela morte que alguém dá a outrem que sofre de uma enfermidade incurável a seu próprio requerimento, para abreviar a agonia muito grande e dolorosa".

Lepargneur assim se posicionou (1999, p.43):

> [...] é o emprego ou abstenção de procedimentos que permitem apressar ou provocar o óbito de um doente incurável, a fim de livrá-lo dos extremos sofrimentos que o assaltam ou em razão de outro motivo de ordem ética [...].

Estas definições, no meu entender, traduzem um pensamento comum dos vários escritores sobre o tema: a compaixão com o próximo, o doente incurável e terminal, o que motiva a prática da eutanásia para cessar o sofrimento imposto, pelas doenças, a estas pessoas.

Lopes (2011, p. 59) observa:

> [...] a Eutanásia, na atualidade, não se restringe apenas aos casos de doentes terminais. Alcança realidades não menos complexas, como por exemplo, as relacionadas aos recém-nascidos com malformações congênitas (Eutanásia precoce) e os pacientes em estado vegetativo irreversível.

3.2 HISTÓRIA

Drane (2005, p.140-1), nos ensina que somente em 1646 foi utilizado o termo eutanásia em inglês, no dicionário Oxford, mas, que na verdade, não significava encurtar ou tirar a vida, apenas referia-se à tranqüilidade do estado de espírito de uma pessoa na hora de sua morte. Este estado poderia ser proporcionado pelo clero, amigos, família ou outra pessoa não médica.

A eutanásia começou a adquirir o sentido de abreviação da vida somente a partir da II Guerra Mundial.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pessini (2005, p. 142-3) descreve que nos primórdios de nossa civilização há evidencias que sugerem o uso freqüente de alguma droga ou bebida que facilitava a morte dos membros da tribo. O termo pharmakon, que originou nossa farmácia, deriva originalmente do termo "veneno". Os curandeiros primitivos utilizavam os venenos como prática habitual para impor sua ingestão nos doentes e velhos. Em outras culturas, pessoas que estavam no estágio final de sua vida, eram expostas à fumaça de uma fogueira, que causava gradual perda de consciência e em seguida a morte.

Esta medida facilitava as ações da tribo, para livrarem-se de todos os membros que eram deficientes, inválidos ou doentes, e isto permitia a migração do grupo para outras terras, sempre que havia mudanças climáticas ou ameaça de grandes predadores.

Pessini (2005, p. 145-6), cita ainda que desde 400 anos a.C., Platão, em seu terceiro livro da coleção *Republica* pregava que a morte indolor devia ser aplicada a velhos inválidos ou fracos, além dos doentes mentais. Ele e Sócrates defendiam a Eutanásia como uma forma de promover o bem estar coletivo. O autor cita ainda que Aristóteles e Pitágoras, filósofos, e Hipócrates, se colocavam contra esta prática. Aristóteles opunha-se a tirar a vida mesmo quando a pessoa sofria de uma doença incurável, pois o ato privaria o Estado de um de seus membros. A virtude era testada por meio do sofrimento e servia como exemplo para os outros.

Pitágoras acreditava que a existência terrena somente era dotada de sentido se incluísse a dor durante e, no final da vida. De outra forma, Hipócrates, o pai da medicina, em seu célebre juramento médico, refletiu a influencia da religiosidade pitagórica, uma reação contra a prática médica comum de tirar a vida, ou por ambos os motivos: [...] 'não dar veneno a ninguém, embora solicitado a assim o fazer [sic], nem aconselhar tal procedimento'. Essa promessa pública representava um compromisso com uma moralidade que discordava da prática médica comum da época.

Almeida A. M. (2000, p.152), defende que o nome eutanásia foi empregado pela primeira vez, pelo filósofo inglês Sir Francis Bacon, em 1623 em seu livro "Historia vitae et mortis", tendo inclusive, sido um dos grandes defensores deste procedimento. Nesse âmbito, Bacon afirma que o procedimento deve ser aplicado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pelos médicos, a partir do momento em que não há meios de curar o doente e que este sofra de dores insuportáveis.

Importante citar que, pelas doutrinas consultadas, desde a Antiguidade, a igreja católica sempre se posicionou contra a prática da eutanásia por considerar que ela afronta a lei divina. São Tomaz de Aquino, teólogo cristão, em seu "*Summa Teologicae*" afirma que a autoconservação do homem, sendo uma das características da lei divina, proíbe o aborto e a Eutanásia. Santo Agostinho, também teólogo, em sua "*Epístola*" prega que o sofrimento deve ser suportado e que o tempo e as circunstancias da morte estão nas mãos de Deus.

Moore (1963, p. 4-186) em sua publicação *"Utopia"*, no século XVI, se revela favorável à aplicação da eutanásia. À sociedade, ele discursa sobre pacientes 'libertando-se' da existência dolorosa ou permitindo que terceiros assim o façam.

Dessa forma, o procedimento se firmou como prática de fato:

> Eles cuidam dos doentes, como eu disse, com a maior solicitude e não negligenciam nada que possa contribuir para sua cura, nem em matéria de remédio nem em matéria de regime. Se alguém é acometido de uma doença incurável, procuram tornar sua vida tolerável assistindo-o, encorajando-o, recorrendo a todos os medicamentos capazes de aliviar sues sofrimentos. Mas, quando a um mal sem esperança se acrescentam torturas perpétuas, os sacerdotes e magistrados vêm ver o paciente e lhe expõem que ele não pode mais realizar nenhuma das tarefas da vida, que ele se torna um peso para si mesmo e para os outros, que ele sobrevive à sua própria morte, que não é sensato alimentar por mais tempo o mal que o devora, que ele não deve recuar diante da morte, já que a existência lhe é um suplício, que uma firme esperança o autoriza a evadir-se de uma vida que se tornou um flagelo ou a permitir que os outros o livrem dela; que é agir sabiamente pôr obedecer aos conselhos dos sacerdotes, intérpretes de Deus, é agir da maneira mais santa e piedosa. Aqueles persuadidos por esse discurso deixam-se morrer de fome, ou então são adormecidos e libertados da vida sem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> sequer perceber que morrem. Nenhum doente é suprimido sem seu consentimento, e não são diminuídos os cuidados em relação a quem o recusa. Morrem assim, por conselho dos sacerdotes, é para eles um ato glorioso. Em contrapartida, quem se mata por alguma razão que não foi aprovada pelos sacerdotes e o senado não é julgado digno nem de uma sepultura nem de uma fogueira; seu corpo é lançado vergonhosamente num pântano qualquer.

A Alemanha nazista também esteve presente na evolução histórica da Eutanásia, mas como o país que afrontou, de forma indelével, os direitos humanos e mais especificamente a dignidade da pessoa humana.

A este respeito, Albuquerque (2008, p. 43-51) cita vários textos sobre o procedimento utilizado pelos alemães (militares, médicos e cientistas) no intervalo entre 1939 e 1942, e durante a II Guerra Mundial:

> [...] foi utilizado na Alemanha nazista para justificar o extermínio dos seres humanos mais indefesos, das pessoas com deficiência. Isso é decorrente à raça pura ariana que o povo alemão nazista adotou para distinguir os capazes dos debilitados. Na Alemanha, a esterilização compulsória e a Eutanásia das pessoas com deficiência chegaram a ser legalizadas. A ciência, utilizando-se de argumentos econômicos, jurídicos e políticos, ignorou a ética, dando início a um período de terror no qual as pessoas com deficiência foram objeto de uma perseguição implacável [...].
>
> [...] As pessoas com deficiência foram submetidas a um genocídio organizado em escala industrial. Eles foram tratados como objetos, e não como seres humanos. Poucos cientistas, médicos e juristas ergueram-se contra o extermínio da chamada "vida sem valor", e até hoje seu martírio é raramente lembrado [...].
>
> [...] O fim justificava os meios. Não havia uma grande idéia do que constituía efetivamente uma doença hereditária, de quem deveria ser esterilizado. Mas a certeza de que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> esterilização de pessoas com deficiência seria benéfica para a sociedade justificava seu caráter compulsório [...].
>
> [...] A esterilização compulsória de pessoas com deficiência não era baseada necessariamente em princípios científicos, mas numa visão política do mundo fortemente influenciada também pela obra do filósofo alemão Friedrich Nietzsche, numa vinculação entre sangue e raça [...]

Martins (2010, p.1-2), citando Nelson Hungria, defende que a mais elementar prudência aconselha que nenhum homem, a pretexto de piedade, ante o padecimento alheio, se atribua a faculdade ou o direito de matar.

Francis Galton escreveu em 1865 a obra "*Hereditary Talent and Genius*", onde defende a tese de que a inteligência é predominantemente herdada e não fruto da ação ambiental. Utilitarista, ele propõe a seleção artificial para melhorar a espécie humana. Galton entende que:

> As forças cegas da seleção natural, como agente propulsor do progresso, devem ser substituídas por uma seleção consciente e os homens devem usar todos os conhecimentos adquiridos pelo estudo e o processo da evolução nos tempos passados, a fim de promover o progresso físico e moral no futuro.

França (1999 p. 72) nos ensina que a prática da eutanásia era muito difundida e admitida na Antiguidade, apenas passando a ser realmente condenada a partir do judaísmo e do cristianismo, que adotam como princípio o caráter sagrado da vida.

Contudo, o caráter criminoso do procedimento surgiu a partir do sentimento que cerca o direito moderno de proteção irrecusável do mais valioso dos bens: a vida.

A controvérsia sobre a aplicabilidade da Eutanásia evoluiu em paralelo com a sociedade até nossos dias. Sociólogos, filósofos e escritores influenciaram a humanidade contra e a favor do tema.

3.3 EVOLUÇÃO DA EUTANÁSIA NA HISTÓRIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Gracia (1990, p. 13-32) ensina que é possível apontar três períodos distintos para o estudo. São eles: *Eutanásia ritualizada*, *Eutanásia medicalizada* ou *eugênica*e *Eutanásia autonomizada*.

Com relação á *Eutanásia ritualizada* utilizada na época medieval, Pedroso (2006, p. 17), nos ensina:

> O ser humano foi o único que ritualizou a morte, como uma forma de tornar mais tolerável esse evento tão temido. A morte é algo que abominamos, ela é uma desconhecida. A ritualização, portanto, tem o objetivo de provocar uma morte em paz, sem dor consciente. A morte de César Augusto, imperador romano, foi descrita como 'a Eutanásia que merecia'.

Em seguida, veio o período da *Eutanásia medicalizada* ou *eugênica* (que visava o aprimoramento genético do individuo), concomitante ao desenvolvimento da medicina na Grécia.

Sobre isso, Pedroso (2006, p. 18), também, nos expõe:

> [...] baseado na cultura grega do belo e do são, Platão defendeu o extermínio dos que teriam doenças crônicas [...].
>
> [...] na Bíblia não existe uma referência sequer à eutanásia, ou a qualquer prática de extermínio dos doentes. Sêneca, filósofo romano contemporâneo de Cristo, era um defensor da Eutanásia medicalizada. 'Quando a dor impede tudo aquilo pelo que se vive, prefiro matar-me a ver como se perdem as forças estando morto em vida'. Segundo Sêneca, a pessoa deve ser aconselhada ao suicídio quando do sofrimento, da dor atroz. A difusão do cristianismo e do judaísmo desqualificou a Eutanásia.

O terceiro tipo, denominado de *Eutanásia autonomizada,* teve lugar com o avanço da Bioética e com o reconhecimento da autonomia do paciente em tomar as decisões sobre seu tratamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com relação à autonomia, Pedroso (2006, p. 19) ensina:

> É baseada no direito do paciente sobre a sua própria vida. É relacionada muito com a bioética, a relação do paciente, a relação da justiça com a beneficência. Não pode ser confundida com a Eutanásia voluntária, que, seria 'abominável', pois ocorre quando o médico decide matar o paciente. Em 1973, a Associação Americana de Hospitais criou a famosa 'Carta dos Direitos dos Enfermos', relacionada ao direito do paciente moribundo de morrer em paz.

3.4 CLASSIFICAÇÃO

Santoro (2011, p. 60) assim classificou os tipos de eutanásia: Pode ser ativa ou passiva, sendo a ativa ainda subdividida em direta ou indireta. Como na eutanásia há uma ação ou uma omissão que dá inicio ao evento morte, e sem a qual o doente continuaria vivendo, ainda que com dor e sofrimento, será classificada como ativa quando seu autor der inicio ao evento morte por uma ação, e será passiva se a morte ocorrer por omissão, em regra, baseada na supressão ou interrupção dos cuidados médicos que oferecem o suporte indispensável à manutenção da vida.

Na eutanásia ativa direta, procura-se o encurtamento da vida do paciente por meio de condutas positivas, ajudando-o a morrer. Já na eutanásia ativa indireta, não se busca a morte do paciente, mas sim aliviar a dor como efeito secundário certo ou necessário a abreviação da vida do paciente, é dizer, serão a causa do evento morte.

Durante o século XX surgiu, ainda, novos termos para diferenciar as diversas situações em que este procedimento seria ou não recomendado e de que forma seria aplicado, por ação ou por omissão, como *ortotanásia* e *distanásia.*

Segundo Vieira (2009, p. 245-247), a *ortotanásia* contempla a suspensão de tratamento ou qualquer ato que prolongue a vida do paciente, e os médicos apenas mantém as condições de conforto físico e mental até o seu fim, com a dignidade que ele merece. Vieira afirma que a *ortotanásia* seria a única prática aplicada ao paciente no final da vida que pode efetivamente garantir o respeito à sua dignidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

ajudando-o a enfrentar com o mínimo de medo possível a aproximação da morte e a recuperar o sentido da vida.

Santoro (2011, p. 61) ressalta que este procedimento diverge da Eutanásia passiva quanto ao momento da conduta: o inicio do processo mortal. Na *ortotanásia*, a causa do evento morte já se iniciou, enquanto que na Eutanásia passiva, é a omissão que causará o resultado.

Vieira (2009, 233) define a *distanásia* como o prolongamento artificial da vida do paciente, e, segundo o autor, trata-se de uma afronta à dignidade da pessoa humana, devendo ser evitada, a menos que o paciente manifeste sua vontade livremente, pedindo que sejam aplicados todos os meios terapêuticos disponíveis para prolongar, ainda que de forma mecânica, sua vida o máximo possível.

3.5 EUTANÁSIA E A BIOÉTICA

A eutanásia é ramo da Bioética, matéria transdisciplinar, que interage, além de muitas áreas, com a biologia, medicina, antropologia, psicologia e o direito.

Conforme definiu Vieira (2009, p.99):

> Bioética é 'um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética)', podendo ser definida como o estudo sistemático das dimensões morais - incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.

Almeida A. (2000, p. 3), posicionou bioética como: 'Um ramo da ética porque avalia os prós e contras de uma determinada conduta levando em conta os princípios e os valores morais existentes na sociedade'.

A finalidade da bioética foi assim definida por Pessini (1994, p. 11):

> A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida. Inclui a ética médica, mas vai além dos problemas clássicos da medicina, a partir do momento que leva em consideração os problemas éticos não levantados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

pelas ciências biológicas, os quais são primeiramente de ordem médica.

Barboza (2003, p.49-55), citando Frosini, noticia que o termo bioética surgiu nos Estados Unidos em 1971, no título do livro do oncologista americano Van R. Potter - *Bioethics, Bridge to the Future*, referindo-se a uma nova disciplina que deveria permitir a passagem para uma melhor qualidade de vida. Em 1978 por intermédio do *Belmont Report*, foram estabelecidos seus três princípios fundamentais: a *autonomia da pessoa humana*, ligado ao da dignidade desta, o da *beneficência* e da *justiça*.

Santos (1998, p. 42 e 43), define o principio da autonomia como:

> A capacidade de se autogovernar. Este principio tem duas dimensões. A primeira, como a moral pessoal, que determina ou proíbe certas ações e planos de vida pelo efeito que elas têm no caráter moral do próprio agente, e a segunda, moral social, que prescreve ou proíbe certas ações por seus efeitos ao bem-estar de outros indivíduos distintos do agente.

Ainda segundo o autor, o principio da beneficência é o mais antigo da ética médica, com sede já no juramento de Hipócrates, segundo o qual, o médico formando jura não aplicar seus conhecimentos para fazer o mal a quem quer que seja, nem fornecer remédio mortal ao paciente, ainda que seja a pedido deste.

Lopes (2011, p. 79-80), descreve o principio da justiça como:

> A distribuição dos serviços de saúde de forma justa, equitativa e universal, tratando-se a todos igualmente, sem preconceitos de qualquer ordem. Complementa ainda: Para que o principio seja respeitado, deve existir uma relação equânime entre os benefícios e os encargos proporcionados pelos serviços na área da saúde ao paciente, uma vez que não há justiça quando alguns grupos enfrentam todos os prejuízos e outros recebem todas as vantagens.
>
> E complementa: Hodiernamente, as decisões médicas são tomadas em parceria com o paciente. A relação deixou de ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> entre sujeito (médico) e objeto (paciente) e passou a ser entre sujeitos. Isto significa que os médicos respeitam os anseios e as pretensões do paciente, ou de seus representantes.

Isto significa respeitar os valores pessoais do paciente, sejam eles morais, filosóficos ou religiosos. Neste sentido, a bioética forma uma ponte entre a Ética e o Direito.

Garcia (2004, p. 158-159), conclui que a ética em área biológica, envolvendo o ser humano, atinge a ciência jurídica em aspectos novos e abrangentes, podendo-se falar em biodireito na elaboração de uma teoria constitucional da vida em si. Neste âmbito, o biodireito se ocuparia das normas jurídicas concernentes às condutas relativas á aplicação e realização desse conhecimento à convivência social.

A bioética tem inúmeras ramificações e seus profissionais ao pesquisarem temas polêmicos como a eutanásia, o aborto, manipulação genética e drogas, tentam, à luz de seus princípios morais, restaurar e manter a dignidade da pessoa humana.

3.6 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Neste capitulo pudemos concluir que a eutanásia não tem registro histórico de seu inicio, mas que aparece desde o inicio da civilização humana. Por outro lado, nem sempre a "morte piedosa" justificou sua prática.

Registramos, também, que sempre houve um claro confronto de opiniões sobre o procedimento, protagonizadas por figuras expoentes de nossa história.

De outra forma, a bioética, com seus três princípios conseguiu humanizar os profissionais da área médica e restabeleceu a importância do principio da dignidade da pessoa humana.

4 ASPECTOS FILOSOFICO/RELIGIOSOS, MÉDICOS E JURIDICOS SOBRE A EUTANÁSIA

A morte de um doente terminal encerra o sofrimento de várias pessoas envolvidas nesta transição, do próprio paciente, de seus familiares e do médico responsável. Porém, enquanto o paciente ainda está vivo e consciente, essas pessoas, vivenciando o momento crítico, tendem a acreditar que o caminho que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

evitaria o prolongamento de dor maior seria o do direito à escolha da melhor forma de se evitar tamanho sofrimento.

4.1 ASPECTOS FILOSOFICO/RELIGIOSOS

Dworkin (2009, p. 268) discorre que as pessoas que acreditam que se deve permitir aos pacientes conscientes que planejem sua própria morte, com a assistência de médicos dispostos a ajudá-los se assim o desejassem, invocariam frequentemente o principio da autonomia. Seria crucial para o direito dessas pessoas que pudessem tomar por si próprias, decisões fundamentais que lhes permitisse pôr fim às suas vidas quando quisessem fazê-lo, ao menos nos casos em que sua decisão não fosse claramente irracional. Contudo, alguns adversários da eutanásia também clamariam pela autonomia e preocupar-se-iam com a possibilidade de que, se a eutanásia fosse legalizada, pessoas, que na verdade preferissem continuar vivas poderiam ser mortas.

Ainda segundo Dworkin, qualquer norma que remotamente tivesse aceitação, e que permitisse a aplicação da eutanásia em doentes terminais, insistiria em que eles só poderiam ser mortos se houvessem solicitado de maneira inequívoca, que lhes pusessem fim à vida.

Nesse âmbito, Silva (2004, p. 36) entende que:

> A dor, sofrimento e o esgotamento do projeto de vida, são situações que levam as pessoas a desistirem de viver. Conduzem-nas a pedir o alívio da dor, a dignidade e piedade no morrer [...].
>
> [...] A qualidade de vida para alguns homens não pode ser um demorado e penoso processo de morrer.

Tema recorrente na maioria das discussões filosóficas sobre a eutanásia, a "Morte" tem papel relevante na vida do ser humano, já que se trata do *gran finale* de uma existência, e que leva consigo a consciência de ser, além da bagagem intelectual e moral da pessoa humana.

A morte, para Kovacs (2003, p. 13) trata-se de uma experiência sempre complexa e difícil:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A Morte é algo que não pode ser descrito, pensado, nomeado, algo frente ao qual não se encontram palavras. Essa impossibilidade de simbolizá-la, de incluí-la na rede de ideias e pensamentos, a torna terrificante. A própria palavra Morte não dá conta do que ela seja: cada um de nós tentará enganchá-la em outras palavras, que expressam ideias, fantasias, crenças. Termos tais como 'fim', 'passagem', 'encontro', paraíso', 'Deus', 'reencarnação', tentam aproximar o individuo de um esboço de explicação. Mas, estas ultimas palavras são pobres para descrever o muito que se imagina e o tão pouco que se sabe.

Pessini (2004, p. 74-75) deixando de lado as questões filosóficas acerca da morte, afirma que esta não mais se orienta para as questões além da vida, mas para o próprio ato de morrer, em claro sinal de imediatismo, o que somado ao temor do abuso da tecnologia médica disponível, faz com que as pessoas prefiram uma morte repentina, sem qualquer aviso ou preparação. Apesar disso, não se consegue perceber a evidente verdade de que a morte é parte indissociável da existência do homem, que deve ser vivenciada da forma mais humana possível, reconhecendo-se a todos o direito de viver sua própria morte.

Vieira (2009, p. 92) complementa esta reflexão: "A morte deixa, assim, de ser um problema predominantemente ético para se tornar eminentemente técnico, deixando-se de fazer a necessária distinção entre o aspecto físico e o aspecto moral de morrer, reduzindo-se este processo apenas ao primeiro aspecto".

Dworkin (2009, p.280-281) define que a morte é o reflexo de como a pessoa viveu:

> [...] 'morrer com dignidade' mostra como é importante que a vida termine apropriadamente, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido. Em quase todos os casos, uma pessoa que se encontra em estado de inconsciência ou de incompetência permanente não nasceu assim: a tragédia está no fim de uma vida pela qual alguém passou com determinação e energia. Quando perguntamos o que seria melhor para tal pessoa, não estamos julgando apenas seu futuro e ignorando seu passado. Preocupamo-nos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> com o efeito da ultima etapa de sua vida sobre o caráter de tal vida como um todo, do mesmo modo como poderíamos nos preocupar com o efeito da ultima cena de uma peça teatral, ou com a ultima estrofe de um poema, sobre a totalidade do trabalho criativo [...].

Kant (1986, p. 147-154), grande filósofo alemão do século dezoito, embora acreditasse que as verdades morais se fundam na razão e não na religião, e que também defendia o principio da autonomia, ponderava que o 'homem não deveria poder dispor de sua vida'. E completa:

> Se um homem destrói seu corpo, e assim sua vida, ele o faz pelo uso de sua vontade, que é em si destruída no processo. Mas, para usar o poder da vontade livre para a sua própria destruição isto é autocontraditório. Se a liberdade é a condição de vida, não podem ser empregados meios para suprimir a vida e a destruir e abolir a si mesmo.
>
> [...] mostrar que o homem não pode justamente ter qualquer poder de disposição em relação a si mesmo e de sua vida [...].

Com relação aos aspectos religiosos, as grandes religiões de nosso século têm papel importante demonstrando sua tolerância ou intolerância à eutanásia.

Kovacs (2003, p. 139-142), em sua publicação *Bioética nas Questões da Vida e da* Morte, consolidou estas posições desta maneira:

> As religiões têm um papel muito importante para a humanidade, principalmente quando o sofrimento e a dor se fazem presentes, oferecendo acolhida e reflexão nestes momentos, orientando para uma vida responsável, garantindo uma vida plena de felicidades. De uma forma ou de outra, todas estão relacionadas com o sentido da vida, liberdade, justiça e direcionamento da consciência.
>
> Com exceção do budismo, que considera a vida como um bem precioso, mas não de âmbito divino, em todas as outras religiões ela é vista como sagrada. Em relação às discussões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

atuais sobre a preservação da vida e o avanço tecnológico, as principais religiões se posicionam pela primeira até seu fim natural, manifestando-se a favor do cuidado aos pacientes com doença avançada, devendo se preservar a dignidade no adeus à vida, evitando-se o prolongamento artificial e penoso do processo de morrer.

As religiões buscam, também, uma ética de responsabilidade, discutindo as consequências de certas ações, e também de certas omissões. É aí que cabe a discussão sobre eutanásia [...].

[...] Seguem-se, pois, as peculiaridades de algumas das principais religiões, atualmente professadas, tal como expostas pelo autor.

Budismo - No Budismo, não há uma autoridade central, sendo objetivo de todos budistas a iluminação e, assim como o próprio Buda buscou o seu caminho, cada pessoa pode traçar o seu. É uma filosofia de vida, o caminho da sabedoria. A vida é transitória e a morte inevitável, e é importante deixar que siga seu transcurso natural. Além disso, a morte perturba o processo dos sobreviventes e não deve ser prolongada indefinidamente quando não houver possibilidade de recuperação, mas, também, não deve ser apressada.

O momento da morte é fundamental (como se lê no Bardo Thodol - O Livro Tibetano dos Mortos, apresentado ao mundo ocidental por Ewans-Wentz, em 1960), pois o que governa o renascimento é [sic] a consciência e a aprendizagem na hora da morte; por isto, é importante ter pensamentos apropriados neste momento. Há uma restrição no que concerne aos transplantes, uma vez que a unidade corpo e espírito continua após a morte. Remover um órgão do cadáver é uma perturbação desta unidade; pelo mesmo motivo, autópsias também são contraindicadas.

Como a morte é uma transição, o suicídio não pode ser visto como escape, portanto, é condenado. Alguns suicidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

foram perdoados por Buda, quando este percebia que não eram atos egoístas, movidos pelos desejos, mas sim, guiados pelo caminho da iluminação. Há um reconhecimento da sabedoria das pessoas na determinação do fim desta existência e a passagem para a seguinte. É importante considerar o momento da morte e a maneira como vai ocorrer, a sua dignidade.

Devemos lembrar que a lei japonesa não incentiva o suicídio, e penaliza aqueles que ajudam os outros a executá-lo. Entretanto, se no processo de morrer houver sofrimento intolerável, é permitido o auxílio, é o que se vê no haraquiri quando o samurai, rasgando seu abdômen, tem um auxiliar que o degola, porque o sofrimento é muito grande e demorado com o corte abdominal. É importante que a tensão seja diminuída, para que se possa ter paz mental.

As drogas usadas para aliviar a dor são permitidas, mesmo que possam matar o paciente. Entretanto, é necessário verificar se é o caso de administrá- las, garantindo o máximo possível de lucidez do paciente no momento de sua morte. Por isto, na visão budista, é um absurdo manter o paciente inconsciente, vivo, quando não há possibilidade de recuperação. Na tradição budista, valoriza-se muito a decisão pessoal sobre o tempo e a forma da morte. Todos os atos que dificultem esta decisão, ou que nublem a consciência da pessoa, são condenados. A vida não é divina e, sim, do homem, e a preocupação é com a evolução da pessoa, a lei do Karma.

Islamismo - Islamismo significa, literalmente, submissão a Deus. A vida humana é sagrada e tudo deve ser feito para protegê-la; o mesmo vale para o corpo, que não deve ser mutilado em vida ou depois da morte. É importante lavá–lo e envolvê-lo em pano próprio, orar e depois enterrá-lo.

Deus é a suprema força que governa os homens, portanto, o suicídio é considerado como transgressão. O

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

médico é um instrumento de Deus para salvar pessoas, não pode tirar a vida de ninguém, nem mesmo por compaixão; mas também não deve prolongá-la a todo custo, principalmente quando a morte já tomou conta. Os islâmicos são totalmente contrários aos transplantes, porque provocam mutilação no corpo.

Judaísmo - A grande questão para o judaísmo é definir o momento da morte, término da vida. A morte encefálica é o determinante do momento da morte. Mas, para alguns mais tradicionalistas, o critério válido de morte é a parada cardíaca e respiratória.

Sobre a eutanásia, os rabinos de várias linhagens têm opiniões coincidentes. A morte não deve ser apressada e o moribundo deve receber os tratamentos dos quais necessita. A decisão sobre a própria morte não cabe ao sujeito, e sim aos rabinos que, ao interpretar a Torah, aplicam seus conhecimentos à vida cotidiana. Mesmo não sendo a cura não é possível, não se deve deixar de cuidar, e a pessoa não deve ser deixada sozinha quando estiver morrendo. O médico é um servo de Deus para cuidar da vida humana e não deve apressar a morte. O que deve ser preservado é a vida e não a agonia.

Cristianismo - A "Declaração sobre a Eutanásia", de 5 de maio de 1980, da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, é o documento mais completo sobre o assunto nesta religião. A eutanásia é condenada como violação da lei de Deus, ofensa à dignidade humana e um crime contra a vida. Entretanto, isto não quer dizer que se tenha de preservá-la a todo custo, prolongando a agonia e o sofrimento. O conflito sobre o que seriam tratamentos ordinários e extraordinários ainda continua, assim como uma grande preocupação com o sofrimento durante o processo da morte, e com a velhice indigna. Não é considerada eutanásia a interrupção de um tratamento, que não oferece cura ou recuperação, e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> sobretudo, causa muita dor e sofrimento. Deixar morrer não significa matar. Esta última ação é que é vedada.

Segundo a autora, analisando-se os postulados dos credos religiosos citados acima, a eutanásia é uma transgressão e, também, solo fértil para controvérsias, conflitos e discussões. O foco, claro para todos, é o questionamento sobre a autoridade divina e a possibilidade de autodeterminação do ser humano e por isto o diálogo entre ética e religião é fundamental. A vida não é só biológica, mas também biográfica, incluindo: estilo de vida, valores, crenças e opções.

Complementando a visão da Igreja Católica em face à eutanásia, Dworkin (2003, p. 28) assim se posicionou:

> A Igreja condena quaisquer atos que visem abreviar a vida. Logo, condena todo e qualquer procedimento que venha a reduzir os dias de vida de um ser humano. Independente dos motivos e justificações para tal atitude, apesar da Igreja Católica disser 'não' á Eutanásia por entender ser contra a 'Lei de Deus'.
>
> No entanto, o Papa Pio XII, numa alocução aos médicos, em 1957, aceitou a possibilidade de que a vida possa ser encurtada como efeito secundário à utilização de drogas para diminuir o sofrimento de pacientes com dores insuportáveis [...].

4.2 ASPECTOS MÉDICOS

O paciente terminal é definido como portador de doença incurável e sem perspectiva de retorno ao estado de sadio. A transição para o estado de óbito é iminente e pode ser questão de horas ou dias, mas é um *status* irremediável.

Com a moderna tecnologia que está disponível para os equipamentos de manutenção da vida humana e com drogas cada vez mais eficientes na estabilização de um doente, tornou-se rotina manter vivo indefinidamente um paciente terminal. Do ponto de vista ético, os médicos têm dificuldade de lidar com a situação indefinida do paciente. Além disso, a compaixão que move seus atos é acentuada na medida em que o sofrimento do paciente aumenta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Kipper (1999, p. 71-82) defende que no Brasil, ainda se mantém os pacientes em estado terminal por muito tempo nas Unidades de Terapia Intensiva, porque os profissionais de saúde temem as consequências do desligamento dos aparelhos, e se sentem sozinhos nestes momentos. A família precisa ser informada e ter tempo para elaborar o que significa este desligamento de aparelhos.

Frequentemente, não existe morte calma ou doce para esses pacientes, exceto quando a dosagem de remédios para a dor é alta, colocando-o fora de nossa realidade. O torpor suprime a dor, mas não vence a morte iminente. Além disso, o sofrimento dos familiares torna-se um dos fatores decisórios para que seja tomada uma decisão em direção a alternativas visando abreviar a dor do paciente.

Nessas situações, o médico tem três opções: antecipar o óbito do paciente praticando a eutanásia, suspender a terapêutica com drogas, além de desligar os equipamentos que mantém a vida do paciente, ou ainda continuar a lutar pela vida deste, mantendo os equipamentos de vida artificial e aplicação de drogas, mesmo que isto resulte em aumento da dor e sofrimento do paciente.

4.2.1 A RESPONSABILIDADE MÉDICA SOBRE A VIDA HUMANA

Necessário se faz descrever a relação médico-paciente e médico-sociedade para dar visibilidade aos níveis de responsabilidade que este profissional da área da saúde tem com seu paciente e com a sociedade.

A conduta médica deve se orientar pelos princípios éticos e bioéticos, da autonomia, da beneficência e da justiça. A ética determina o comportamento do médico em suas atitudes na preservação da saúde, da integridade física e moral do seu paciente. Enquanto que os princípios bioéticos preservam a dignidade e o respeito do ser humano. Assim sendo, tem de existir um forte elo de confiança entre o médico e o paciente, e isto significa transparência nas atitudes, sinceridade nas declarações e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Moreira Filho (2005) assim se posiciona na relação médico-paciente:

> [...] O médico deve entender que o paciente deve ser tratado como um sujeito autônomo e livre na busca da melhor decisão para sua vida e saúde, não se podendo mais conceber uma postura paternalista ou autoritária do médico em relação aos seus pacientes. A observância a tais princípios não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> significa uma subjugação do médico à vontade absoluta do paciente na tomada de decisões, pois deve ser entendido que ele também tem autoridade, enquanto detentor de conhecimentos e habilidades específicas, e que deve assumir a responsabilidade pela tomada de decisões técnicas. É certo, porém, que o paciente também participa ativamente no processo de tomada de decisões, exercendo seu poder de acordo com o estilo de vida e seus valores morais e pessoais.

Em relação à sociedade, Peixoto (1920, p. 26) explica esta relação:

> O respeito que a sociedade deve à profissão médica só continuará justificado se, além de a sentir capaz, a souber responsável. Da mesma forma, a sociedade considera que o médico é o protetor do bem maior do ser humano, sua vida. Assim sendo, pela responsabilidade que tem sobre a vida das pessoas, se houver algum erro por dolo ou culpa, ele irá sofrer as consequências do mau exercício de sua atividade.

França (1978, p. 19) descreve o erro médico como: "a conduta profissional inadequada que supõe uma observação técnica, capaz de produzir um dano à vida ou á saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligencia".

Sem examinar profundamente o Direito Penal ou Cível, que não é o intuito deste trabalho, mas apenas a titulo de informação, as características citadas traduzem culpa e não dolo, ou seja, são passíveis de responsabilidade civil, indenização, ou mesmo sanção penal, porém em uma intensidade menor que a atitude dolosa, e que o dolo nos remete à intenção de praticar o dano à vida, podendo causar lesões de várias intensidades, e assim tipificando o delito com sanção mais grave. Ao agir com dolo o médico está sujeito a processo penal, além da cassação do direito de exercer a profissão, às vezes por toda sua existência.

Dessa forma, atos omissivos ou comissivos, por culpa ou dolo do profissional da área da saúde, trazem uma carga considerável de riscos e, em se tratando da vida do ser humano, qualquer desvio de conduta ou erro médico pode ser fatal. Oliveira (2003, p. 281), entendendo a difícil posição dos profissionais da área da saúde observa que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A atuação médica é movida por dois princípios morais: a preservação da vida e o alivio do sofrimento. Esses dois princípios complementam-se na maior parte das vezes. Entretanto, em determinadas situações, podem tornar-se antagônicos, devendo prevalecer um sobre o outro. Se for estabelecido como principio básico o de optar-se sempre pela preservação da vida, independentemente da situação, poder-se-á talvez, com tal atitude, estar negando o fato de que a vida é finita [...].

Convém enfatizar que, em caso de doença terminal, torna-se imperativo ao médico que utilize o principio da beneficência, para que o paciente não seja vítima do inevitável sofrimento. Assim sendo, mesmo em uma situação de total submissão à doença, o médico deve respeitar a decisão do seu paciente, tornando confortáveis seus últimos instantes de vida.

Siqueira (2006, p. 37-47) impõe profunda reflexão sobre a ética no cuidado do paciente terminal:

> A rotina imposta aos médicos é a de reconhecer e perseguir múltiplos objetivos, que podem ser complementares ou excludentes. Curar a enfermidade, cuidar da insuficiência orgânica, restabelecer a função, compensar a perda, aliviar os sofrimentos confortar pacientes e familiares e acompanhar ativa e serenamente os últimos momentos da vida do paciente não é tarefa fácil e isenta de frustrações, pois os obriga a considerar caso a caso, o justo equilíbrio nas tomadas de decisões, evitando a obstinação terapêutica em circunstancia de terminalidade de vida, reconhecendo a finitude humana e as limitações da ciência médica sem, entretanto, deixar de proporcionar todos os benefícios oferecidos pelos avanços do conhecimento cientifico.

Lown (1997, p. 286), alerta sobre os futuros médicos: "As escolas de medicina e o estágio nos hospitais os preparam para tornarem-se oficiais-maiores da ciência e gerentes de biotecnologias complexas. Muito pouco se ensina sobre a arte de ser médico. Os médicos aprendem muito pouco em como lidar com os enfermos terminais".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Siqueira (2006, p. 47-48 grifo do autor) complementa:

> O poder de intervenção do médico cresceu enormemente sem que simultaneamente ocorresse uma reflexão sobre o impacto dessa nova realidade na qualidade de vida dos enfermos [...].
>
> [...] Somos expostos à dúvida sobre qual o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade? Despreparados para a questão, passarmos a praticar uma medicina que subestima o conforto do enfermo terminal, impondo-lhe longa e sofrida agonia. Adiamos a morte (sic) às custas de insensato e prolongado sofrimento para o paciente e sua família. [...] As evidencias parecem demonstrar que esquecemos o antigo ensinamento que reconhece como função do médico 'curar as vezes, aliviar muito freqüentemente e confortar sempre'. Deixamos de cuidar da *pessoa doente* e nos empenhamos em tratar a *doença da pessoa*, desconhecendo que nossa missão primacial deve ser a busca do bem-estar físico e emocional do enfermo [...].

Segue importante texto do médico intensivista Dr. Othero (2005, p. 20-24), dissertando sobre sua vivência em UTIs de doentes terminais:

> Nos últimos 15 anos a literatura médica tem mostrado que os pacientes morrem nos hospitais. Dados dos EUA mostram que um em cinco americanos morre em uma UTI, e dados brasileiros que 85% de nossos óbitos já são hospitalares. As famílias levam o paciente para o hospital e quando se agrava ele vai para a UTI, sendo que um terço deles por mais de uma semana, e apenas 5% com autonomia para discutir e decidir sobre o como seria e por que seria tratado. Portanto, é uma situação em que o poder de decisão do paciente está muito reduzido. Na qual há uma vivência familiar no momento da morte bastante limitada, estreita. Um cenário onde a comunicação precisa melhorar. No Canadá,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> 70% das mortes na UTI foram precedidas de alguma decisão de negar alguma possibilidade terapêutica. Em Israel, de cada 100 pacientes de UTI apenas nove receberam tratamento pleno, incluindo reanimação. Um estudo europeu com 504 intensivistas mostrou que 93% das vezes em que um médico intensivista encontrou um paciente terminal, não ofereceu ou suspendeu algum tratamento a ele. Um estudo norte-americano com seis mil pacientes terminais demonstrou que apenas 24% destes receberam tratamento pleno. Estes dados demonstram que levar o familiar para o hospital ou à UTI não significa que ele receberá, necessariamente, tudo o que poderia ou o que a família esperaria. [...] Desde 2000, a Suprema Corte norte-americana reconhece o direito dos pacientes terminais a recusar tratamentos – sem considerar isso suicídio ou eutanásia – e há um consenso geral de que a medicina intensiva não deve prolongar um *morrer* sem sentido. Muitas pesquisas médicas contemporâneas nos têm revelado que a maior parte dos pacientes terminais em UTI foram submetidos a alguma forma de limitação do suporte vital em sua terminalidade. [...].

Conclui o autor afirmando que a dignidade da pessoa humana é vista como a capacidade da livre escolha, da escolha racional, do livre arbítrio construtivo, e cabe ao Estado a tarefa de assegurar a defesa desta autonomia.

4.3 ASPECTOS JURIDICOS

De inicio, cumpre observar que a Constituição Federal não definiu como tratar juridicamente a eutanásia, apenas elevou a vida humana acima de qualquer outro interesse, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como lei fundamental.

Por outro lado, encontramos diversas doutrinas que tratam dos aspectos jurídicos da eutanásia, as quais apresentam o instituto do Direito Penal para explicar a conduta criminosa, porém, de uma forma mais branda. Assim sendo, a eutanásia é considerada homicídio, mas amparada pela causa especial de diminuição de pena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Segundo Lopes (2011, p. 66-67 grifo nosso), ao cuidar do homicídio com diminuição de pena, também conhecido como homicídio privilegiado, expõe como exemplo o homicídio praticado por motivo de relevante valor moral, o "homicídio eutanásico", ou seja, aquele movido pela compaixão ante o irremediável sofrimento da vitima.

Na mesma direção, mas levantando aspecto importante, D'Urso (2005) comenta:

> A eutanásia no Brasil é crime, trata-se de homicídio doloso que, em face da motivação do agente, poderia ser alcançado à condição de privilegiado, apenas com a redução de pena. Laborou com acerto o legislador penal brasileiro, não facultando a possibilidade da eutanásia. Ocorre, todavia, que na prática a situação é bem diferente, pois envolve além do aspecto legal, o aspecto médico, sociológico, religioso, antropológico, entre outros.

A prática da eutanásia, no Direito Penal brasileiro pode ser resultado da ação e omissão humana, caracterizados por dois tipos de comportamento: a) na prática de crime comissivo, que exige ação, e está tipificado no artigo 121 e 122 do Código Penal. Por outro lado, o artigo 65, III, a, e o §1° do artigo 121 do mesmo diploma, registra o homicídio privilegiado, ou seja, sujeito a circunstancias atenuantes; b) no crime omissivo impróprio, contrariando o dever de agir, ou seja, a omissão de terceiro evitar que a pessoa, sob seus cuidados, sofra lesão ou morte, ou ainda pratique suicídio, e está previsto no artigo 13, § 2°, do Código Penal.

Segue os artigos do Código Penal, relativos ao assunto citado:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

Inciso III: ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

Art. 121 - Matar alguém:

§ 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço;

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça;

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido;

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Dodge (1999, p. 4), aponta que no Direito brasileiro, a eutanásia caracteriza homicídio, pois é conduta típica, ilícita e culpável. Nesse caso, é indiferente para a qualificação jurídica desta conduta e para a correspondente responsabilidade civil e penal, que o paciente tenha dado seu consentimento, ou mesmo implorado pela medida. O consentimento é irrelevante, juridicamente, para descaracterizar a conduta como crime. Para a autora, o consentimento na eutanásia, não retira a ilicitude da conduta do médico e, por isso, não a desqualifica como homicídio, porque tal manifestação não é prevista em lei como causa de exclusão da tipicidade da conduta. Tal conduta é culpável sempre que o médico tiver a opção de agir de outro modo, evitando a conduta típica. Mesmo levado pela mais nobre intenção, o profissional comete o crime de homicídio.

Nesse sentido, Dodge (1999, p. 6), se expressa:

O sistema jurídico brasileiro é orientado por princípios fundamentais que expressam os valores acolhidos pela sociedade. A presença destes valores é mais evidente, para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> população, nas situações que envolvem bens jurídicos de maior relevância, como a vida. A Eutanásia sempre foi considerada conduta ilícita no Direito brasileiro. É crime, tal o grau de rejeição à sua prática, em coerência com os valores fundamentais que estruturam o ordenamento jurídico do país, notadamente o respeito á vida humana.

Completando este pensamento, Diniz (2006, p. 392), sintetiza:

> Não se pode aceitar a licitude do direito de matar piedosamente, pois a vida humana é um bem tutelado constitucionalmente. O homem não tem direito de consentir em sua morte, não tem direito de matar-se, nem de exigir que outrem o mate, por não ser dono de sua própria vida. Não se pode negar a paciente portador de mal incurável a prestação de cuidados médicos vitais, sem os quais ele morreria, nem renunciar a cuidados ordinários disponíveis, ainda que sejam parcialmente eficazes, nem deixar de tratar doente comatoso se houver alguma possibilidade de recuperação.

Posta assim a questão, Vieira (2009, p.108), conclui:

> [...] ainda há doutrinadores, inclusive juristas, para os quais a matéria deveria permanecer apartada do mundo do Direito, tratada apenas pela Ética e pela Moral. O equivoco salta aos olhos, especialmente porque qualquer ato que limite ou elimine a vida humana é socialmente relevante, geralmente se subsumindo em um dos tipos penais genericamente designados como "crimes contra a vida", sofrendo incidência de normas de diversas espécies, principalmente civis, criminais e constitucionais, criadas exatamente para garantir a preservação da existência do ser humano.

4.4 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Neste capitulo, observamos alguns aspectos relativos à eutanásia. Em primeiro lugar o filosófico-religioso, propondo uma reflexão sobre a morte em seu aspecto

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

filosófico e como ato de morrer. A seguir apresentamos o posicionamento de algumas religiões, que de uma forma geral questionam a autonomia humana, e pregam a necessidade do diálogo entre a ética e a religião, já que está em jogo o bem mais precioso, a vida humana.

Prosseguimos com os aspectos médicos, e neles foi observado que a tecnologia de ponta e medicamentos de última geração prolongam a vida, mas também podem causar mais sofrimento ao doente terminal. Por outro lado, analisamos a conduta médica em seus aspectos éticos e bioéticos e observou-se a necessidade de estreitar a relação e a confiança entre médico e o paciente.

A seguir, observamos que os aspectos jurídicos mostraram que a eutanásia está enquadrada como crime privilegiado, tipificado no Código Penal de forma branda.

Concluímos, demonstrando que a liberdade e a integridade física e moral da pessoa humana são parte da dignidade da pessoa humana, e ambos tutelados pelos direitos da personalidade. Restou comentar que o individuo tem autonomia para doar seu corpo, ou partes de seu corpo após a morte, para transplantes ou para pesquisas.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se pela análise histórica da eutanásia que se está diante de um amplo espectro de situações, oscilando de brutais crimes contra a humanidade até eventualidades de debates morais legítimos que poderão afetar qualquer cidadão, porventura exposto a moléstias ou deficiências que comprometem profundamente sua qualidade de vida. (Tabela 1).

Observamos que a dignidade da pessoa humana é tutelada pelo Estado e respeitada pela sociedade de forma ampla e tão firme que mesmo em tempos atuais, em que a sociedade brasileira vivencia a liberação do aborto de anencéfalos pelo Supremo Tribunal Federal, a simples menção do termo eutanásia causa alguma comoção e repulsa popular.

Outro aspecto pesquisado é de que novas tecnologias à disposição dos médicos não podem influenciar estes profissionais a interferir no tratamento de doentes terminais, prolongando inutilmente o seu sofrimento. Sendo assim, cremos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que a máxima da medicina nunca poderá deixar de ser "tentar a cura, mas confortar e aliviar a dor, sempre".

Vimos também, que nossa Lei Maior não menciona o tema eutanásia, nem o Código Penal vigente tipifica esta prática em seus artigos. Será necessário que o procedimento seja expressamente tipificado no ordenamento jurídico, com limites bem delineados e definidos.

Muito claro se torna que estamos diante de um tema por demais complexo, totalmente aberto a discussões da sociedade, e por isso mesmo, polêmico. Em capítulos anteriores, pudemos registrar posições contra e a favor da eutanásia, defendidas de forma contundente por especialistas de diversas áreas do conhecimento. Assim sendo, diante tantas ideias colidentes, não podemos negar que a prática da eutanásia traz consequências relevantes para a sociedade. Se houver dolo em sua prática, o direito à vida estará em risco e o principio da dignidade da pessoa humana será afrontado.

Nessa esteira, cabe aqui inserir importante ensinamento de Sarlet (2002, p. 59):

> A proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e também a finalidade última do Direito. Onde não houver respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder e a igualdade, a liberdade e a autonomia não forem reconhecidas e minimamente asseguradas, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

A propósito e oportuno, o jornalista americano Henry Lois Mencken (1880-1956) observa que problemas complexos possuem respostas simples, fáceis de entender e erradas. Evidentemente, a jocosidade não cabe em discussões sérias, muito menos no âmbito da eutanásia, todavia percebe-se uma tendência recorrente em algumas abordagens da questão, qual seja a da simplificação ou uniformização.

Vale ressaltar que a eutanásia envolve uma gama de contextos e não apenas uma figura única e monolítica, o que já representa um grande avanço no

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entendimento da questão por parte dos legisladores, dos doutrinadores, dos profissionais da área da saúde e da sociedade, ensejando a abertura de novos caminhos que atendam aos anseios não somente éticos e legais, como também do indivíduo e da sociedade para a qual estes parâmetros ético-legais estão voltados.

Por tais razões, entendemos ser necessário que os operadores do direito cheguem a uma consciência coletiva e cuidem da eutanásia em todas as suas formas, à luz do Código Civil e Código Penal, porém com análises isentas de paixões, de religiosidade e desprovidas de qualquer clamor popular, para que se consolide a segurança jurídica.

Em derradeiro, é importante citar que, atualmente, algumas formas de Eutanásia, como a Ortotanásia, estão sendo vistas com olhos mais brandos pela própria sociedade e a comunidade médica. Assim sendo, no futuro, poderá a Eutanásia deixar de ser simplesmente uma forma de tirar a vida de um paciente em fase terminal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A Lei de Prevenção de Doenças Hereditárias* e o programa de eutanásia durante a Segunda Guerra Mundial. Revista CEJ. Brasília, Ano XII, n. 40, jan/mar. 2008.

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e Biodireito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ALMEIDA, Antunes. *Direito à eutanásia, é natural ou não*? Jornal Soberania do Povo, 29.04.2008. Disponível em:

<http://www.soberaniadopovo.pt/portal/index.php?news=6586>. Acesso em 20 mar. 2012. 10:15:00

ALVES, Leo da Silva. *Eutanásia*. Revista Consulex, São Paulo, n. 29, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da pessoa humana*. Revista dos Tribunais. n. 797, a. 91, mar. 2002.

AZEVEDO, Marco Antonio. *Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida*. Revista bioética, Brasília, v. 13, n. 2, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

BARBOSA, E. Fernandes A. Rigitano. *O dilema da eutanásia*. Vidas em revista. Publicação 08.08.2004. Disponível em <http://www.bioetica.ufrgs.br/textos.htm#consentimento> Acesso em 11.05.2013. 17:33:00.

BARBOSA, Heloisa Helena et al. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Princípios do biodireito. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, apud FROSINI, Vittorio. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Princípios do biodireito. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTI, Silma Mendes. *O Código de Defesa do Consumidor* e a proteção dos direitos da personalidade. Revista do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23-24, jul/dez. 1997.

BIZZATO, José Hildefonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

BRASIL, *Constituição da Republica do Bras*il. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAMPBELL, Alastair. *Eutanásia e o principio da justiça*. Brasília: Conselho Federal e Medicina, v. 7, n. 1, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Milton Schimidt. *Eutanásia*. uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais. Revista Jus Navigandi. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/autor/milton-schmidt-coelho>. Acesso em 10 mar. 2013. 16:29:00.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. 1.ed. Lisboa, Morais, 1961. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4493/os-direitos-da-personalidade/2#ixzz2HseFjJki>. Acesso em: 13 jan. 2013. 17:18:00.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: 3. ed. Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DODGE, R. *Eutanásia - Aspectos Jurídicos*. Revista Bioética, Brasília, v.7, n.1, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 09 jan. 2013. 10:19:00.

DRANE, James; PESSINI, Leo; *Bioética, medicina e tecnologia.* Desafios éticos na fronteira do conhecimento humano; Tradução Adail Sobral, Maria Stela Gonçalves. 1. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. Bioética e cuidados paliativos. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética*: poder e injustiça. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola/Sociedade Brasileira de Bioética: Loyola, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia um enfoque ético-político. *Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, 1999.

_____. *Direito Médico*. 1. ed. São Paulo: Byk-Procienx, 1978.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência:* A dignidade da pessoa humana: A ética da responsabilidade. São Paulo. 1. ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GRACIA. Diego. *Historia de la eutanasia*. In: La eutanasia y ela arte de morir. Col. Dilemas éticos de la medicina actual - 4. ed. Madri: Universidad Pontificia Camillas,

1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

JAMPAULO, João Junior. *Qualidade de Vida, Direito Fundamental*, uma questão urbana: A função social da cidade. 2007. 195 f. Tese de Doutorado - Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4740>. Acesso em 13 jan. 2013. 21:12:00.

JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir*. 1. ed. Buenos Aires, Losada, 1942.

KANT, Immanuel. *Duties towards the body in regard to life*. Lectures on ethics, translation by Louis Infield. 1. ed. New York, Harper and Row, 1986. Disponível em: <http://www.filedu.com/hkuhseeutanasia.html>. Acesso em 23 ago. 2012. 23:30:00.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições, 1986.

KIPPER, Délio. *O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e propostas para nossa realidade*. Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 59-82, 1999.

KIPPER, Délio. *O problema das decisões médicas envolvendo o fim da vida e proposta para nossa realidade*. Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 59-70, 1999.

KOVACS, Maria Julia. *Bioética nas questões da vida e da morte*. São Paulo: Casa do Psicólogo/Fapesp, 2003.

_____. *Educação para a morte* - temas e reflexões. São Paulo: Casa do Psicólogo/Fapesp, 2003.

LEMOS, Floriano de. *Direito de matar e curar*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1933.

LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética e Eutanásia*. Argumentos éticos em torno da Eutanásia. Revista bioética, Brasília, v. 7, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e Anencefálos:* Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de; SANTORO, Luciano de Freitas. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia*. Aspectos médicos e jurídicos. 1. ed. São Paulo: Atheneu, 2011.

LOWN, Bernard. *A arte perdida de curar*. 1. ed. São Paulo: JSN Editora, 1997.

MARTIN, Leonard. *Aprofundando alguns conceitos fundamentais*: eutanásia, mistanásia, distanásia, ortotanásia e ética médica brasileira. In: PESSINI, Léo. Eutanásia. Por que abreviar a vida? 1. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Os direitos humanos nos Códigos brasileiros de Ética Médica, ciência, lucro e compaixão em conflito*. São Paulo: Loyola, 2002.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. *Direito à morte digna*: Eutanásia e morte assistida. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2718, 10 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18008>. Acesso em: 23 ago. 2012. 18:15:00.

MEDEIROS, Guilherme Luiz; CAMPOS, Patrícia Barbosa. *A Eutanásia e o principio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, São Roque, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.facsaoroque.br/novo/publicacoes/pdfs/patricia_drt_20111.pdf>. Acesso em 10 mar. 2013. 19:44:00.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. *A Dignidade da Pessoa Humana como principio normativo*. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo VII, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIRANDA Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra. Coimbra, 1960.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MOREIRA FILHO, José Roberto. *A bioética e a relação médico-paciente*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=518>. Acesso em 07 out. 2012. 22:14:00.

OLIVEIRA, Heriberto Brito de et all. *Ética e eutanásia*. Simpósio Medicina e Direito. Jornal Vascular Brasileiro, Belo Horizonte, v. 2, n° 3, 2003. Disponível em: <http://www.jvascbr.com.br/03-02-03/simposio/03-02-03-278.pdf>. Acesso em 10 mar. 2013. 15:04:00.

OLIVEIRA Filho, Jorge Águedo de Jesus Peres de. *Eutanásia: aspectos jurídicos e bioéticos*. Revista Consultor Jurídico, 12 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/eutanasia-afronta-lei-vigente-leis-vida>. Acesso em 14 de abr. 2013. 19:15:00.

ORGAZ, Alfredo. *Personas Individuales*. Buenos Aires: Depalma, 1947.

OTHERO, Jairo et al. *Desafios éticos*. Coleção Cremers - Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. 1. ed. Porto Alegre: Stampa, 2006.

PESSINI, Léo. *Eutanásia: Por que abreviar a vida?* 1. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Dignidade humana nos limites da vida*: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. Revista Bioética, Brasília, v. 13, n° 2, 2006.

POLIZELLO, Andreza*; Filosofia e História da Biologia.* O desenvolvimento das ideias de herança de Francis Galton: 1865-1897. v. 6, n. 1. São Paulo, Booklink, 2011.

REVISTA VEJA, edição 1.873, a. 37, a. 39. Entrevista: *O remédio da esperança*- Jerome Groopman (entrevistadora: Ana Paula Buchalla). São Paulo: Abril, p. 29.09.2004.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Viver bem não é viver muito*. Revista Consules. a. III, n. 29, 20.05.1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O Direito à vida*. Portal eletrônico do curso de Especialização em Direito do Estado da Universidade Estadual de Londrina. Disponível em:

<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/.../9865>. Acessoem 17 jan. 2013. 23:40:00.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Eutanásia.* Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio de um pêndulo.* Bioética e a lei. Implicações médico-legais. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Nos limites da vida*: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 241-263.

SILVA, S.M.T. *Eutanásia.* Jus Navigandi, Teresina. 2000. Disponível em:<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1863>. Acesso em: 11 set. 2012. 12:45:00.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIQUEIRA, José Eduardo de. *Reflexões éticas sobre o cuidar na terminalidade da vida*. Revista bioética, Brasília, v. 13, n° 2, 2006.

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

STAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer* - eutanásia e suicídio assistido. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 399 - 527.

URSO, Luiz Flávio Borges D'. *A eutanásia no direito brasileiro*. Diário do Grande ABC. São Paulo, 06 de Março de 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81>. Acesso em: 23 fev. 2013. 14:36:00.

VIEIRA, Monica Silveira. *Eutanásia, Humanizando a Visão Jurídica*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VIERSPIEREN, Patrick. *A Dignidade nos debates políticos e bioéticos*. In: Concilium: revista internacional de teologia, p. 9-19, 2003.

Tabela 1: Espectro ético, moral e social da eutanásia

Paciente	Objetivo	Conotações
Doente mental ou deficiente físico, dissidente político, grupos étnicos inferiores	Depuração da sociedade, eugenia	Crime contra a humanidade, genocídio
Idoso, enfermo ou deprimido potencialmente recuperável	Atender a motivos circunstanciais do individuo ou do ambiente	Ilícito e passível de punição
Idoso ou enfermo próximo à morte	Abreviar o processo	Justificável, porém não legalmente admitido

Caso irreversível com grave e desumano sofrimento	Reverter a distanásia, ou morte cruel e indigna	Consentido em alguns países
Moléstia irreversível com má qualidade de vida, porém sem dores excruciantes	Decisão serena e bem refletida do paciente	Aprovável? Reprovável?

Anexo A - Utilitarismo

O utilitarismo é uma doutrina filosófica para a qual a utilidade é um princípio da moral. É um sistema ético teleológico que determina a concepção moral com base no resultado final.

Os resultados, por conseguinte, são a base do utilitarismo. Jeremy Bentham (1748-1832) foi um dos pioneiros no desenvolvimento desta filosofia, ao sugerir o seu sistema ético em torno da noção de prazer e longe da dor física. O utilitarismo de Bentham está relacionado com o hedonismo, pois considera que as ações morais são aquelas que maximizam o prazer e minimizam a dor.

John Stuart Mill (1806-1873) levou avante o desenvolvimento desta filosofia, ainda que se afastando do hedonismo. Na óptica de Mill, o prazer ou a felicidade geral deve calcular-se a partir do maior bem para o maior número de pessoas embora reconheça que certos prazeres têm uma "qualidade superior" a outros.

É importante ter em conta que o utilitarismo alterou a forma de pensar. Enquanto a moral religiosa se baseava em regras e em revelações divinas, o utilitarismo antepunha os resultados. Posto isto, a razão veio substituir a fé na determinação da moral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O utilitarismo sempre se destacou pela sua relativa simplicidade. Para pensar se uma ação é moral, basta estimar as suas consequências positivas e as negativas. Quando o bem supera o mal, pode-se considerar que se trata de uma ação moral.

Para além do sistema filosófico, a noção de utilitarismo tem um sentido crítico para se reportar à atitude que valoriza a utilidade de forma exagerada e que antepõe a sua consecução a qualquer outra coisa.

Peter Singer (1946 -) diz que, para convencer alguém a agir moralmente, é preciso convencer essa pessoa de que uma atitude ética servirá aos seus interesses, nem que seja a longo prazo. O egoísmo puro nas próprias ações é perfeitamente racional, e uma pessoa que não tenha dentro de si aquele nobre sentimento de dever que Stuart Mill já ressaltava, não irá agir moralmente se não lhe derem uma razão que mostre essa ação como favorável a ela.

Essa é uma das formas mais criticadas de justificar a conduta moral. Quem vê na ética uma atitude pura, desinteressada, com fim em si mesma, rejeita isso com fervor. Agir eticamente seria algo que se faz sem nenhum interesse mesquinho, algo que se faz apenas porque é certo. Se alguém agir por interesses próprios, não agirá moralmente, agirá egoisticamente, e só. A moral não comporta esse tipo de conduta, dizem os opositores.

Todavia, Singer pensa que esse tipo de pensamento é errôneo, uma concepção ética deturpada. Nas palavras dele, "a ética é um produto social que tem a função de promover valores comuns aos membros da sociedade". A consciência moral é útil à sociedade, não pelos motivos que levam alguém a tê-la, mas pelos resultados que a posse dela trazem. Se mostrarmos que o interesse social coincide com o agir ético, podemos seguir essa linha de justificação, incitando o sujeito a agir eticamente em função dos próprios interesses, dentro do contexto da sociedade onde vive.

BIBLIOGRAFIA

Conceito de utilitarismo - O que é, Definição e Significado Disponível em: <http://conceito.de/utilitarismo#ixzz2QTvVxg9v>. Acesso em 14 abr. 2013. 20:04:00.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Anexo B - Juramento de Hipócrates

[1a] Juro por Apolo médico, Asclépio, Hígia, Panacéia e todos os deuses e deusas, e os tomo por testemunhas que, conforme minha capacidade e discernimento, cumprirei este juramento e compromisso escrito:

[1b] considerar igual a meus pais aquele que me ensinou esta arte, compartilhar com ele meus recursos e se necessário prover o que lhe faltar; considerar seus filhos meus irmãos, e aos do sexo masculino ensinar esta arte sem remuneração ou compromisso escrito, se desejarem aprendê-la; compartilhar os preceitos, ensinamentos orais e todas as demais instruções com os meus filhos, os filhos daquele que me ensinou, os discípulos que assumiram compromisso por escrito e prestaram juramento conforme a lei médica, e com ninguém mais;

[2] utilizarei a dieta em benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento, e além disso repelirei o mal e a injustiça;

[3] não darei, a quem pedir, nenhuma droga mortal, nem recomendarei essa decisão; do mesmo modo, não darei a mulher alguma pessário para abortar;

[4] com pureza e santidade conservarei minha vida e minha arte;

[5] não operarei ninguém que tenha a doença da pedra, mas cederei o lugar aos homens que fazem isso;

[6] Em quantas casas eu entrar, entrarei para benefício dos que sofrem, evitando toda injustiça voluntária e outra forma de corrupção, e também atos libidinosos no corpo de mulheres e homens, livres ou escravos;

[7] O que vir e ouvir, durante o tratamento, sobre a vida dos homens, sem relação com o tratamento, e que não for necessário divulgar, calarei, considerando tais coisas segredo;

[8] Se cumprir e não violar este juramento, que eu possa desfrutar minha vida e minha arte afamado junto a todos os homens, para sempre; mas se eu o transgredir e não cumprir, que o contrário aconteça.

BIBLIOGRAFIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Hipócrates, Juramento. Disponível em: <http://greciantiga.org/arquivo.asp?num=0610>. Acesso em 17 abr. 2013. 20:35:00.

Anexo C - Direitos da Personalidade

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade. Surgem cinco ícones principais: vida/integridade física, honra,imagem, nome e intimidade. Essas cinco expressões-chave demonstram muito bem a concepção desses direitos.

Não só a pessoa natural possui tais direitos, mas também a pessoa jurídica, regra expressa do art. 52 do novo Código Civil, que apenas confirma o entendimento jurisprudencial anterior, pelo qual a pessoa jurídica poderia sofrer um dano moral, em casos de lesão à sua honra objetiva, com repercussão social (súmula 226 do STJ).

O nascituro também possui tais direitos, devendo ser enquadrado como pessoa. Aquele que foi concebido mas não nasceu possui personalidade jurídica formal: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem. Conforme bem salienta César Fiúza, professor da UFMG, sem dúvidas que faltou coragem ao legislador em prever tais direitos expressamente (Código Civil Anotado. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 1ª Edição, 2004, p. 23). Mas como a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, somos filiados aos concepcionistas (art. 2º do nCC).

Assim, não seria mais correta a afirmação de que o nascituro tem apenas expectativa de direitos. Já a personalidade jurídica material, relacionada com os direitos patrimoniais, essa sim o nascituro somente adquire com vida.

A proteção dos direitos da personalidade do nascituro deve também ser estendida ao natimorto, que também tem personalidade, conforme reconhece o enunciado nº 1, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, cujo teor segue:

"Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá! Mas sem dúvidas que o valor da indenização deve ser reduzido, diante de culpa concorrente da própria vítima, nos moldes dos arts. 944 e 945 da novel codificação.

A transmissibilidade dos direitos da personalidade somente pode ocorrer em casos excepcionais, como naqueles envolvendo os direitos patrimoniais do autor, exemplo sempre invocado pela doutrina. De qualquer forma, não cabe limitação permanente e geral de direito da personalidade, como cessão de imagem vitalícia, conforme reconhece o enunciado nº 4, também aprovado na I Jornada CJF, nos seguintes termos:

"Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

Exemplificando, se fosse celebrado em nosso País, não teria validade o contrato celebrado pelo jogador Ronaldo com a empresa esportiva Nike, eis que nesse negócio, pelo menos aparentemente, há uma cessão vitalícia de direitos de imagem.

O art. 13 do novo Código veda a disposição de parte do corpo, a não ser em casos de exigência médica e desde que tal disposição não traga inutilidade do órgão ou contrarie os bons costumes.

O art. 14 da atual codificação veda qualquer disposição de parte do corpo a título oneroso, sendo apenas possível aquela que assuma a forma gratuita, com objetivo altruístico ou científico. A questão é ainda regulamentada pela legislação específica, particularmente pela Lei nº 9.437/97, que trata da doação de órgãos para fins de transplante.

Os direitos do paciente encontram-se consagrados no art. 15 do nCC, bem como o princípio da beneficência. Ninguém pode ser, assim, constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica que implique em risco de vida. Mais uma vez, leitura detalhada e cuidadosa deve ser feita desse dispositivo. Logicamente, se a pessoa está necessitando de uma cirurgia, à beira da morte, deve ocorrer a intervenção, sob pena de responsabilização do profissional de saúde, nos termos do art. 951 do mesmo diploma civil em vigor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas, nesse mesmo exemplo, se o paciente, por convicções religiosas, nega-se à intervenção, mesmo assim, deve o médico efetuar a operação? Tal questão foi enfrentada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, apontando tais autores que "nenhum posicionamento que se adotar agradará a todos, mas parece-nos que, em tais casos, a cautela recomenda que as entidades hospitalares, por intermédio de seus representantes legais, obtenham o suprimento da autorização judicial pela via judicial, cabendo ao magistrado analisar, no caso concreto, qual o valor jurídico a preservar" (Novo Curso de Direito Civil. Volume I. São Paulo: Saraiva, 4ª Edição, p. 163).

Com todo o respeito em relação a posicionamento em contrário, entendemos que, em casos de emergência, deverá ocorrer a intervenção cirúrgica, eis que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade, inclusive quanto àquele relacionado com a opção religiosa. Salientamos que esse exemplo não visa captar opiniões sobre o tema, mas somente demonstrar que um direito da personalidade pode ser relativizado, principalmente se entrar em conflito com outro direito da personalidade. No caso em questão, relembramos, foram confrontados o direito à vida e o direito à liberdade.

BIBLIOGRAFIA

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7590/os-direitos-da-personalidade-no-novo-codigo-civil#ixzz2R6F8Umur>. Acesso em 21 abr 09:24:00.

Anexo D - Lei Nº 9.434, de 4 de Fevereiro de 1997.

Regulamento

Mensagem de veto

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos para a triagem de sangue para doação, segundo dispõem a Lei n.º 7.649, de 25 de janeiro de 1988, e regulamentos do Poder Executivo.

"Parágrafo único. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde. (Redação dada pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

CAPÍTULO II

DA DISPOSIÇÃO POST MORTEM DE TECIDOS,

ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE.

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei 10.211, de 23.3.2001).

§ 1º A expressão "não-doador de órgãos e tecidos" deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.(Revogado pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

§ 2º A gravação de que trata este artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.(Revogado pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão "não-doador de órgãos e tecidos".(Revogado pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.(Revogado pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente.(Revogado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001).

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Art. 7º (VETADO)

Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º Após a retirada de partes do corpo, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

Art. 8o Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7o,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento. (Redação dada pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

CAPÍTULO III

DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO

Art. 9o É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei 10.211, de 23.3.2001)

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O autotransplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9o-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. (Incluído pela Lei . 11.633, de 2007).

CAPITULO IV

DAS DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. (Redação dada pela Lei. 10.211, de 23.3.2001).

§ 1o Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais. (Parágrafo incluído pela Lei 10.211, de 23.3.2001).

§ 2o A inscrição em lista única de espera não confere ao pretenso receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte. (Parágrafo incluído pela Lei 10.211, de 23.3.2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;

b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;

c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em beneficio de particulares.

Parágrafo único. Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Parágrafo único. Após a notificação prevista no caput deste artigo, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos na forma da lei. (Incluído pela Lei . 11.521, de 2007)

CAPÍTULO V

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINITRATIVAS

SEÇÃO I

Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável ;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

Seção II

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Das Sanções Administrativas

Art. 21. No caso dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes.

§ 1.º Se a instituição é particular, a autoridade competente poderá multá-la em 200 a 360 dias-multa e, em caso de reincidência, poderá ter suas atividades suspensas temporária ou definitivamente, sem direito a qualquer indenização ou compensação por investimentos realizados.

§ 2.º Se a instituição é particular, é proibida de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas, bem como se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista, pelo prazo de cinco anos.

Art. 22. As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no art. 3.º § 1.º, ou que não enviarem os relatórios mencionados no art. 3.º, § 2.º ao órgão de gestão estadual do Sistema único de Saúde, estão sujeitas a multa, de 100 a 200 dias-multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13.

§ 1o Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13 desta Lei ou proibir, dificultar ou atrasar as hipóteses definidas em seu parágrafo único. (Redação dada pela Lei 11.521, de 2007).

§ 2.º Em caso de reincidência, além de multa, o órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição.

Art. 23. Sujeita-se às penas do art. 59 da Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962, a empresa de comunicação social que veicular anúncio em desacordo com o disposto no art. 11.

CAPÍTULO VI

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. (VETADO)

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário, particularmente a Lei n.º 8.489, de 18 de novembro de 1992, e Decreto n.º 879, de 22 de julho de 1993.

Brasília, 4 de fevereiro de 1997; 176.º da Independência e 109.º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Carlos César de Albuquerque

BIBLIOGRAFIA

Lei 9434 de 4 fev. 1997. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-9434.html>. Acesso em 21 abr. 2013. 10:00:00.

Anexo E - Biodireito

Definido como o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina3, é uma área que oferece grande diversidade de abordagens, como por exemplo, a polêmica das células-tronco e a manipulação de embriões humanos, as técnicas de reprodução assistida, transplante de órgãos e tecidos humanos, clonagem humana, técnicas de alteração de sexo, eutanásia, aborto por anencefalia e outras questões emergentes.

O Biodireito encontra seus pilares em três áreas específicas do Direito: o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Penal.

O Direito Constitucional, ramo do direito público, tem por objeto de estudo a Constituição Federal, lei maior de um ordenamento jurídico. Relaciona-se com o Biodireito no que tange à proteção dos direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, saúde, intimidade. Todos estes preceitos são plenamente garantidos pela

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Carta Magna e, consequentemente, constituem os objetivos a serem alcançados pelas normas específicas criadas pelo campo do Biodireito.

Já o Direito Civil, que é um ramo do direito privado, integra-se com o Biodireito no âmbito dos direitos da personalidade, ou seja, delimitando o início da personalidade civil do homem, que de acordo com o art. 2º deste diploma legal, ocorre a partir do nascimento com vida. Esse dispositivo, a propósito, é o que inflama as mais diversas discussões acerca dos direitos do nascituro, na área do Biodireito. É ainda no Código Civil que se encontram os direitos relativos à disposição do próprio corpo ou partes dele, durante a vida ou após a morte, nos artigos 13 a 15.

O Direito Penal, por sua vez, ao definir as condutas consideradas antijurídicas, não poderia deixar de se comunicar diretamente com o Biodireito, que se vale das normas penais para inúmeras situações, como, por exemplo, a proibição do aborto e, consequentemente, a instituição de uma pena para tal procedimento.

Como se pode notar, a relação tão próxima do Biodireito com estes ramos do Direito ainda provoca discussão acerca da real necessidade da delimitação dessa nova área e um questionamento se as regras existentes nos ordenamentos tradicionais não seriam suficientes para dirimir os conflitos entre homem e ciência.

A realidade é que os referidos institutos tradicionais não conseguem resolver as questões atuais, há uma carência legislativa e as normas já existentes são cheias de imprecisões, a ponto de se argumentar se protegem ou desprotegem as inusitadas situações que emergem dia após dia. É por isso que a defesa pela consolidação do Biodireito como ramo autônomo do Direito tem sido tão trabalhada pelos estudiosos da ciência jurídica.

AS FONTES DO BIODIREITO

O Biodireito, este novo ramo do Direito ainda indefinido quanto ao seu posicionamento na tradicional divisão do Direito Positivo (Público ou Privado), surgiu a partir de fontes específicas, a saber:

1. A Biotecnologia e a Medicina, responsáveis por uma verdadeira "revolução" na vida do ser humano, por meio de suas descobertas ligadas à vida e à saúde humanas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

2. A Bioética, entendida como "o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais.

Faz-se relevante comentar que a Bioética vem sendo construída desde a década de 60, época em que marcantes avanços científicos ocorreram, dentre eles o primeiro transplante de coração.

Atualmente, a Bioética une-se ao Biodireito, de forma indissociável, na medida em que novas terapias vêm surgindo, como a utilização de células-tronco, por exemplo.

Ocorre que o Direito é uma ciência essencialmente hermenêutica, o que leva o jurista, muitas vezes, a interpretações diversas acerca de uma mesma norma. Emerge, daí, a finalidade do denominado Biodireito, qual seja de fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas, no sentido de ver respeitada a dignidade, a identidade e a vida do ser humano.

ALGUNS TEMAS DE BIODIREITO

O Biodireito possui significativa diversidade de temas, cada um deles abrangendo uma vasta análise, tanto sob o ponto de vista jurídico, como ético, motivo pelo qual são expostos de forma sucinta no presente artigo, trazendo somente os dispositivos legais que os amparam:

1. Reprodução Medicamente Assistida, amparada pela Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) nº. 1.358/92;

2. Gestação de Substituição ("barriga de aluguel"), cujas normas também se encontram na Resolução do CFM nº. 1358/92;

3. Os direitos do embrião e do nascituro, discutidos à luz do Código Civil e da Constituição Federal;

4. Clonagem humana, expressamente proibida em todas as suas formas (reprodutiva ou terapêutica13) pela Lei nº. 11.105/05, no seu art. 6º, IV;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

5. Pesquisa e terapia de células-tronco14 embrionárias, com observação às condições estabelecidas pelo art. 5º da Lei 11.105/05, já mencionada anteriormente;

6. Eutanásia, que não é legalizada no Brasil. Sua prática, portanto, é considerada crime-homicídio;

7. Transplante de Órgãos e Tecidos Humanos, cujos preceitos legais se encontram na CF/88 (art. 199, parágrafo 4º, onde se proíbe a comercialização de órgãos e tecidos para transplantes), no Código Civil (arts. 13 ao 15) e nas Leis 10.211/01 e 9.434/97. Inclui-se, aqui, estudos acerca do chamado xenotransplante 15;

8. Adequação de Sexo do Intersexual (hermafrodita) e do Transexual 16, cujo amparo legal encontra-se na Resolução nº. 1.652/02 do CFM (Anexo 3) e na jurisprudência;

9. O Meio Ambiente, protegido pela CF/88, no art. 225 e, em especial, os Organismos Geneticamente Modificados – OGMs (transgênicos) e seu impacto no meio ambiente, conforme regula a Lei 11.105/05;

10. O Portador do Vírus da Imunodeficiência Humana, em virtude da alta discriminação sofrida: protegido não somente em âmbito constitucional, mas também, de forma específica, pela Resolução do CFM nº. 1.359/92.

BIBLIOGRAFIA

PARISE, Patricia Spagnolo. O biodireito e a manipulação genética de embriões humanos. Goiânia: Kelps, 2003. Disponível em:

<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>. Acesso em 21 abr. 2013. 11:15:00.

ANEXO F

Acórdão Processo 0122959-4

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 122959-4, DE MARECHAL CÂNDIDO RONDON - VARA CRIMINAL E ANEXOS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

RECORRENTES: ÍTALO FERNANDO FUMAGALI E OUTROS.

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ.

RELATOR : Juiz Conv. LUIZ MATEUS DE LIMA.

PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. CONVENCIMENTO DA PROVA MATERIAL DO CRIME. INEXIGÊNCIA DE UM JUÍZO DE CERTEZA, VEZ QUE DE COMPETÊNCIA DO JÚRI.

Na sentença de pronúncia decide o juiz submeter os acusados ao Tribunal do Júri, convencido que está quanto à materialidade do fato e de indícios de autoria. Não emite um juízo de certeza, vez que ao Júri compete fazê-lo. Se a sentença está suficientemente fundamentada para esse fim, e não há prova, estreme de dúvida, de fato que justifique absolvição sumária, de rigor é que o julgamento seja feito pelo Júri, juiz natural da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 122959-4, de Marechal Cândido Rondon, em que são recorrentes Ítalo Fernando Fumagali e outros, e recorrido Ministério Público do Estado do Paraná.

Ítalo Fernando Fumagali, Ângela Simoni Reis e Melani Heinrich Lohamann foram pronunciados, para serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, respectivamente, como incursos nas penas do artigo 121, § 2º, inciso I, c/c artigo 71(três vezes), artigo 121, caput, e artigo 121, caput, c/c art. 71 (duas vezes), todos do Código Penal pela prática de fatos delituosos que assim narra a denúncia de fls. 02/03:
No dia 23 de outubro de 1991, na Policlínica Rondon Ltda., por volta das 12,30 hs., nesta cidade e comarca, o primeiro denunciado, preocupado com as despesas que a vítima CECÍLIA FRANK estaria causando ao hospital, e pelo fato de referida vítima apresentar um quadro de doença terminal, ordenou à terceira denunciada MELANI HENIRCH LOHMANN, que ministrasse na referida vítima, quantidade excessiva de cloreto de potássio, substância que, se aplicada em excesso pode causar parada cardíaca ou respiratória. A denunciada MELANI, acompanhada de uma colega de trabalho ainda não identificada, mesmo ciente do que poderia ocorrer, efetivamente ministrou na vítima a quantidade ordenada, razão pela qual a vítima veio a ter parada cardíaca, falecendo quase que instantaneamente, conforme atesta

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o prontuário médico de fls. 82 (parada cardíaca, óbito , 12,30 hs., dia 23/10/91). No dia 19 de outubro de 1992, na Policlínica Rondon Ltda., por volta das 16,00 horas, nesta cidade e comarca, o primeiro denunciado, preocupado com as despesas que a vítima OTÍLIA BLATT estaria causando ao seu hospital, e pelo fato de referida vítima já apresentar quadro de doença terminal, ordenou à segunda denunciada, ANGELA SIMONI REIS que ministrasse na referida vítima, por via endovenosa, quantidade excessiva de cloreto de potássio, substância que, se aplicada em excesso, pode causar parada cardíaca ou respiratória. A denunciada ANGELA, mesmo ciente do resultado que poderia ser causado, efetivamente aplicou na vítima a quantidade ordenada pelo primeiro denunciado, razão pela qual a vítima veio a falecer, por parada cardíaca, conforme prontuário médico de fls. 83. No dia 26 de outubro de 1992, na Policlínica Rondon Ltda., por volta das 16,00 hs., o primeiro denunciado, preocupado com as despesas que a vítima ASSUNTA BREZOLIN estaria causando ao seu hospital, e pelo fato de referida vítima já apresentar quadro de doença terminal, ordenou à terceira denunciada, MELANI LOHMANN que ministrasse na referida vítima, por via endovenosa, quantidade excessiva de cloreto de potássio, substância que, se aplicada em excesso, pode causar parada cardíaca ou respiratória. A denunciada MELANI, mesmo ciente do resultado que poderia ser causado, efetivamente aplicou na vítima a quantidade ordenada pelo primeiro denunciado, razão pela qual a vítima veio a falecer, conforme mostra o prontuário médico de fls. 84.

O primeiro denunciado, ao ordenar que fossem aplicadas as referidas doses que foram letais às vítimas, sem que estas ou alguém soubesse do que se tratava, e pelo fato de ter por preocupação as despesas que referidas vítimas traziam ao seu estabelecimento hospitalar, agiu por motivo torpe.

Inconformados, recorrem em sentido estrito. Negam a prática dos crimes que lhes foram atribuídos.

Alegam que ASSUNTA BRESTOLIN era portadora de câncer disseminado por todo o corpo, tendo ficado internada no hospital por cerca de 60 dias, e pesava, ao falecer, apenas 25 quilos. Teve como causa de sua morte insuficiência cardiorrespiratória, caquexia e carcinoma do intestino grosso.

Dizem que CECÍLIA FRANK, tida como vítima, faleceu aos 79 anos por insuficiência cardiorrespiratória, acidente vascular cerebral e arteriosclerose, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

consequência de acidente vascular cerebral que a colocou em profundo e irreversível estado de coma, seguido de infecção bronco-pulmonar. Já sofrera antes, por duas vezes, trombose cerebral.
Esclarecem que OTTÍLIA BLAT, que tinha entre 78 a 80 anos de idade, não teve insuficiência cardíaca aguda e infarto do miocárdio, como menciona a denúncia. Algumas semanas depois de submetida a uma grande cirurgia, faleceu devido à desidratação aguda causada por violenta gastrenterite.

Expõem que os familiares dessas pessoas, que acompanharam seus tratamentos, sempre reconheceram o bom atendimento prestado, como narram em seus depoimentos. Faleceram elas em consequência das enfermidades de que eram portadoras, e não porque suas mortes tenham sido provocadas de forma criminosa. Não tem qualquer procedência a afirmação feita contra o recorrente Ítalo F. Fumagali de que teria determinado fosse ministrado cloreto de potássio em dose acima do admissível e com excessiva rapidez nas pacientes acima nominadas para apressar-lhes a morte em razão de estarem dando despesas à Policlínica Rondon, ficando muito caro seu atendimento por serem doentes terminais, nem procede a acusação de que Ângela ou Melani o tenham a qualquer paciente.

Aduzem que as peças de fls. 100, 155, 325/334 e 335, se referem apenas às eventuais consequências do emprego de cloreto de potássio em pacientes, não se constituindo em elemento de prova para justificar sentença de pronúncia. Não há, dizem, prova plena da existência do fato criminoso. Trata-se, diz Ítalo Fumagali, de trama urdida por sua ex-mulher para dele se vingar em razão da separação de ambos. Foi em razão de promessas de dinheiro desta que Melani Heirich Lohman e Rosana Terezinha Spada escreveram ou copiaram cartas por ela minutadas, incriminando-o, porém estas últimas, em seus depoimentos, e nos interrogatórios em Juízo, se retrataram do que haviam escrito.

Pleitearam a reforma da sentença com a finalidade de se julgar a denúncia Improcedente.
Nas contrarrazões do recurso (fls. 418/423), sustenta o Dr. Promotor de Justiça o acerto da sentença recorrida. No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 441/450).

Constituídos novos advogados ao recorrente Ítalo Fernando Fumagali, foram apresentadas razões complementares ao recurso em sentido estrito, onde se alega

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que a defesa técnica foi insuficiente, violando se o princípio do contraditório e da ampla defesa e que a prova pericial possui falhas (fls. 468/475)

Dado nova vista à Procuradoria-Geral de Justiça, está manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 480/485).

É o relatório.

Voto

Discorrendo sobre a consulta que lhe foi formulada, na exposição de fls. 329/334 deixa certo o Professor Dr. José Gastão Rocha de Carvalho que a administração de potássio em velocidade superior a 30 mEq/hora, além de errada em sua indicação, implica no risco de hiperpotassemia, particularmente na ausência de monitorização adequada, e na possibilidade de cardiotoxidade, com arritmia grave ou assistolia, e, em consequência, no risco de óbito. A relação causa-efeito seria melhor documentada com a comprovação de níveis elevados de potássio sérico durante ou após a infusão e individualizando-se os fatores capazes de os influenciar (fl. 334). Cita caso de 07 pacientes que foram a óbito e que apresentavam doenças graves, como cirrose hepática (3), câncer ou leucemia (3) e diabetes melitus (1).. No ofício de fl. 100, em resposta à consulta formulada pelo Delegado de Polícia, Dr. Roberto Aparecido Penteado, sobre a possibilidade de se constatar em cadáver, com mais de dois anos de óbito, a presença de cloreto de potássio, esclareceu o Sr. Chefe da Seção de Toxicologia da Divisão de Polícia Científica do Instituto Médico-Legal do Paraná: o cloreto de potássio é uma substância natural do organismo humano, tornando-se muito difícil avaliar a existência de doses adicionadas aos níveis já existentes. A única forma de punir tal prática seria flagrar o praticante com a substância a ser ministrada e remetê-la ao nosso laboratório para a realização de exames.

Nenhuma das pessoas tidas como vítimas foram submetidas a exame quando ocorridos os óbitos. Não se tem, assim, prova científica de que nelas tenham sido ministradas doses normais ou excessivas de cloreto de potássio, não se podendo saber, evidentemente, se foram feitas aplicações endovenosas, com essa substância, em velocidade incompatível para abreviar-lhes a morte. Contudo, mesmo à falta de comprovação desse fato por prova pericial, há indícios, pela prova indireta, dos fatos atribuídos aos réus. Certo é, não há dúvida, de que Assunta Brezolin, portadora de leucemia, e Cecília Frank, em estado de coma, proveniente da terceira trombose cerebral, tinham, em razão dessas doenças, poucos dias de vida. OTTÍLIA BLAT, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aproximadamente 80 anos de idade, sofreu desidratação aguda causada por violenta gastrenterite algumas semanas depois de submetida a uma grande cirurgia. Em princípio teriam sido essas as causas de suas mortes. Mas há, nos autos, depoimentos de testemunhas que dizem terem sido aplicadas, no hospital do réu Ítalo F. Fumagali, injeções excessivas de cloreto de potássio em pacientes portadores de doenças incuráveis, que se encontravam em fase terminal de suas existências. A prova produzida, nesse sentido, embora divergente, vez que não foram confirmados certos depoimentos coligidos na fase indiciária, é bastante para sustentar decreto de pronúncia, carecendo a questão ser examinada pelo Juízo natural da causa.

Com efeito, não obstante ter a ré Melani Heinrich Lohmann negado os fatos que lhe foram imputados, e também aos demais réus, dizendo ter sido a carta de próprio punho, de f. 07 e verso, ditada por Regina Xavier de Cordeiro, ex-mulher de Ítalo F. Fumagali, para servir como instrumento de chantagem, dizendo também Rosane Terezinha Spada que a carta de fls. 09/12 foi escrita mediante promessa de pagamento, existem indícios da atividade criminosa descrita na denúncia. Melani, é certo, retratou-se, pois caso contrário teria admitido sua participação no fato. Naquela carta afirmou que por ordem do réu Ítalo Fernando Fumagali aplicou dose excessiva de cloreto de potássio na paciente Assunta Bresolin, e que Ângela Simoni Reis, também por ordem daquele réu, ministrou essa substância em dose excessiva em Cecília Frank.

Noêmia Vargas Cardoso, que entre agosto de 1992 a outubro de 1993 exerceu, no hospital do primeiro réu, funções de auxiliar de secretaria de enfermagem, em seu depoimento, no inquérito policial, disse: A declarante afirma que sobre tais denúncias, após a morte de ASSUNTA BREZOLIN, acreditando a declarante ter ocorrido no mês de abril do corrente ano, ficou comentários entre as enfermeiras de que a Sra. Assunta teria falecido em virtude de ter recebido uma dose excessiva de cloreto de potássio; que a própria enfermeira Melani Lohamann teria confidenciado à declarante que ela própria havia aplicado a dose excessiva de cloreto de potássio na paciente Assunta Breszolin; que em tal confidência, Melani teria dito à declarante que a determinação para a aplicação do cloreto de potássio teria partido do Dr. Fumagali (fls. 30 e v.).

Em Juízo, às fls. 160/161 e verso, disse: Que na primeira vez em que trabalhou no hospital, a depoente ouviu comentários sobre o fato de se estar aplicando

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cloreto de potássio em pacientes terminais, sendo que quem comentou esse fato com a depoente foram as senhoras Lourdes Servelin e Maria Helena; que na segunda vez em que trabalhou no hospital o comentário era bastante entre as enfermeiras; que a acusada Sra. Melani Logmann comentou com a depoente que ela própria havia ministrado o cloreto de potássio na Sra. (Assunta Bresolin) vítima; que a acusada Melani lhe falou que foi o Dr. Fumagali quem lhe ordenou a aplicar a dose de cloreto de potássio na vítima Sra. Assunta; que a acusada Melani também falou para a depoente que aplicou a quantidade de três a quatro ampolas daquele medicamento citado na vítima Sra. Assunta; ...que a depoente nunca viu nenhum médico determinando a alguma enfermeira ou a qualquer outro funcionário que aplicasse o medicamento já mencionado; ...que a enfermeira Lurdes Sevelin, conversando certa vez com a depoente, disse-lhe que o Dr. Fumagali lhe falou para que aplicasse alta dosagem de cloreto de potássio em um paciente que estava em estado terminal, não lembrando o nome desse paciente; ...que Lurdes Sevelin não aplicou o medicamento e falou à depoente para que esta tomasse cuidado ao dar medicamentos aos pacientes já que era nova no hospital; que a Sra. Maria Helena, também enfermeira, confidenciou à depoente que iria sair do hospital porque o Dr. Fumagali a pressionou para que ministrasse cloreto de potássio em dosagem excessiva em paciente terminal; ...que a acusada Sra. Ângela Simone Reis comentou com a depoente que o Dr. Fumagali mandou que aplicasse cloreto de potássio em paciente que havia saído de uma cirurgia e que não se encontrava em bom estado; que a depoente não lembra o nome da paciente, recordando-se apenas que era uma senhora de idade e que tal paciente estava sob os cuidados do Dr. Rogério Biaggi. Essa paciente, ao que se vê dos autos, era Otília Blat. Lurdes Maria Sevelin, às fls. 30/31, em depoimento prestado ao Promotor de Justiça, Dr. Fuad Faraj, disse que se recusou em fazer aplicações desse tipo, mas que o réu Ítalo F. Fumagali, determinou à declarante que ministrasse a substância cloreto de potássio na forma acima descrita, em vários pacientes em fase terminal, geralmente acometidos de câncer; ...que após o falecimento de dona Assunta Brezolin a enfermeira Melani Henirch Lohmann, confidenciou para a declarante e outras enfermeiras, entre elas a enfermeira Maria Helena Silva Branco, de que teria feito aplicação, via endovenosa, de cloreto de potássio na paciente Assunta Brezolin; que a enfermeira Melani estava apavorada com o que havia feito e com bastante remorso, porque ao fazer a aplicação da substância referida na paciente Asssunta Brezolin, esta segurou-lhe pelo braço fortemente, proferindo as seguintes palavras: fica comigo, não me abandone agora. Eu preciso de você. Você é minha amiga.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No dia seguinte, na Delegacia de Polícia, prestou depoimento em termos semelhantes, confirmando que Ítalo Fumagali lhe ordenara, por três ou quatro vezes, para aplicar cloreto de potássio em pacientes portadores de câncer, internados no hospital, recusando-se em fazê-lo. Confirmou que a enfermeira Melani Lohmann teria lhe confidenciado que também havia recebido uma determinação do Dr. Fumagali, para que aplicasse cloreto de potássio em uma paciente acometida de câncer em fase terminal; que Melani teria dito que havia acatado tal determinação e aplicado cloreto de potássio na paciente ASSUNTA BREZOLIN, tendo a paciente falecido (fls. 33 e v.).

Em Juízo retificou, em parte, seu depoimento no Inquérito Policial. Disse: que não houve determinação do co-denunciado Ítalo, em relação à depoente, para se aplicar doses em excesso em algum paciente e que não chegou a presenciar a aplicação de cloreto de potássio nas vítimas mencionadas na denúncia. Mas confirmou que num dos plantões noturnos a co-denunciada Melani confidenciou à depoente que havia ministrado a substância denominada cloreto de potássio na paciente Assunta Bressolin, a mando do Dr. Fumagali; que se recorda que a co-denunciada Melani mencionou que havia, inicialmente, ministrado duas ampolas de cloreto em um recipiente de soro, não sabendo se este estava ou não com líquido; verificando que a paciente Assunta ainda estava com vida, a co-denunciada Melani ministrou mais duas da referida substância, num total, portanto, de quatro ampolas; que nesse momento a referida co-denunciada estava muito nervosa, isto porque a paciente Assunta havia-lhe segurado o braço, pedindo para não deixa-la sozinha e afirmando que ela era sua amiga; que em relação às vítimas Cecília e Otília não pode precisar a causa do óbito das mesmas, mas que à época houve um comentário que a morte decorreu pelo uso de cloreto de potássio, não sabendo dizer quem teria ministrado tal substância; quando a co-denunciada Melani confidenciou à depoente sobre a aplicação de cloreto de potássio na vítima Assunta, também se fazia presente. Acrescentou que não ouviu comentários a respeito da co-denunciada Ângela quanto ao ter procedido dessa forma com algum paciente.

Maria Helena Silva Branco, que trabalhou no Hospital Policlínica Rondon por cerca de dois anos e oito meses, disse, no Inquérito Policial, que com relação às denúncias constantes nas cartas escritas pelas enfermeiras Melani e Rosana, a declarante esclarece que por duas vezes foi procurada pelo Dr. Fumagali o qual na primeira vez determinou e na segunda apenas insinuou de que deveria aplicar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

cloreto de potássio, por via endovenosa em quantidade elevada de três a quatro ampolas, em um dos pacientes internados na clínica daquele hospital. Esclareceu que se tratava de um homem de 60 anos de idade, portador de câncer, em fase terminal, cuja família reside no interior de Iporã, tendo se negado em atendê-lo. Acrescentou que sabendo das consequências, colocou este fato para o Dr. Fumagali, tendo mesmo afirmado que a declarante era ruim, e que não tinha pena do paciente e que deveria ajudá-lo a descansar; que esclarece ainda, que ao retornar no seu plantão seguinte, referido paciente já havia entrado em óbito; ...que antes do Dr. Fumagali solicitar que a declarante aplicasse cloreto de potássio nesse paciente já mencionado ocorreu no Hospital Policlínica Rondon, a morte da paciente Assunta Brezolin, sendo que tal paciente era vítima de câncer já em estado terminal e teria falecido em consequência da aplicação de uma elevada dosagem de cloreto de potássio, e que tal aplicação teria sido feita pela enfermeira Melani Lohmann; que a declarante afirma que tal fato chegou ao conhecimento da declarante por intermédio da própria enfermeira Melani, a qual lhe confidenciou que fizera tal aplicação tendo a paciente morrido nos braços de Melani, fato que deixou Melani bastante transtornada; que Melani confidenciou também que teria feito tal aplicação por determinação do médico Dr. Fumagali.

A depoente, na mesma oportunidade, ainda acrescentou: que no ano passado, uma paciente de nome OTÍLIA BLATT, retornou ao hospital após receber alta, para uma averiguação de seu quadro clínico, permanecendo no Hospital por cerca de três dias, quando veio a falecer por parada cardíaca, sendo que na época comentou-se que a morte desta paciente teria sido causada também pela aplicação de cloreto de potássio e que tal aplicação teria sido feita pela enfermeira ÂNGELA, a qual posteriormente teria afirmado que se a morte se deu pela aplicação de cloreto de potássio, não foi intencional, ou seja, a mesma teria aplicado medicamento sem saber o que estava fazendo (fls. 36/37).

Roberto Alegro Biaggi, médico que à época dos fatos clinicava no mesmo hospital de Ítalo, disse: o depoente não se lembra a data precisa em que a Sra. Otília esteve internada na Policlínica, todavia se recorda que a denunciada, Sra. Ângela Simoni Reis esteve certo dia no consultório do depoente, que ficava dentro da Policlínica Rondon e lhe perguntou, mostrando-lhe uma seringa, dizendo que nela havia cloreto de potássio, se esta substância poderia ser aplicada na paciente Otília Blatt, conforme prescrição do denunciado Ítalo Fumagali; que o depoente respondeu à acusada, Sra. Ângela, que não poderia fazer a aplicação e que fosse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

perguntar ao colega, Dr. Ítalo, a forma pela qual pudesse usar o cloreto de potássio; que isso ocorreu no período da manhã, próximo ao horário do almoço, e o depoente logo foi para casa; na tarde do mesmo dia o depoente nada soube a respeito da paciente Otília Blatt, sendo que no dia seguinte perguntou a uma enfermeira como estava referida paciente, sendo que então foi informado que a mesma, Otília Blatt, havia falecido no dia anterior (fl. 177).

Essa paciente, segundo a defesa, faleceu devido à desidratação aguda causada por violenta gastrenterite. A aplicação de cloreto de potássio poderia ser útil à paciente, tanto que ao final de seu depoimento disse o Dr. Roberto Alegro Biaggi: quando a acusada, Sra. Ângela, foi perguntar ao depoente se poderia utilizar o cloreto de potássio na paciente Otília Blatt, a mesma não falou se iria ministrar a dose por via endovenosa direta ou endovenosa através de soro; se aplicada através de soro e for necessário, a dose de cloreto de potássio pode ser útil à paciente; uma pessoa que tenha diarréia com desidratação e perda de sais, pode ser beneficiada com cloreto de potássio (fl. 178).

Verifica-se pela ficha de prontuário médico de Otília Bratt, de fl. 88, que quando esta deu entrada no hospital, em 18.6.92, o diagnóstico provisório foi o de que apresentava diarréia e vômito. Mas não consta dessa ficha que tenha sido prescrito ou aplicado cloreto de potássio na paciente como medicamento, visando a melhora de seu estado de saúde. Existem, portanto, indícios de que na paciente foi aplicada

essa substância, mas com outra finalidade.

As alegações de prejuízo ao recorrente Ítalo Fernando Fumagali por insuficiência da defesa técnica não procedem, pois compulsando os autos verifica-se que o defensor apresentou defesa prévia, arrolando testemunhas (f. 131), compareceu a todas audiências de oitiva de testemunhas, apresentou alegações finais (fls. 356/358) e interpôs e arrazoou o presente recurso (fls. 408/415), praticando todos os atos em conformidade com a legislação processual penal. A questão da imprestabilidade ou não dos laudos periciais deve ser submetida ao Tribunal do Júri que decidirá, considerando os demais elementos dos autos, se eles se prestam para condenação ou absolvição dos réus.

Destarte, como não há prova, estreme de dúvida, de fato que justifique absolvição sumária, de rigor é que o julgamento seja feito pelo Júri, juiz natural da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causa, vez que para pronúncia não se exige um juízo de certeza, mas tão-somente um juízo de admissibilidade da acusação.

Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, votando com o relator, o Juiz Convocado José Maurício Pinto de Almeida e o senhor Desembargador Carlos Hoffmann (Presidente).

Curitiba, 13 de março de 2003.

LUIZ MATEUS DE LIMA

Juiz Relator Convocado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

O ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL E O (DES)CABIMENTO DE DANO MORAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RODRIGO ANTOLA AITA: Advogado. Graduado com Láurea pela UFRGS e Pós-Graduado em Processo Civil pela Rede LFG.

RESUMO: O presente estudo tem como preocupação central enfrentar a questão da existência de danos extrapatrimoniais ocasionados pela mora na entrega de unidades imobiliárias adquiridas na planta. A introdução expõe a problemática, cada vez mais comum no setor imobiliário brasileiro. Em seguida, expõe-se como o Superior Tribunal de Justiça tem-se posicionado a respeito do tema. Por fim, a conclusão permite que o leitor obtenha, de forma sintética, as orientações de ordem prática de que necessita.

PALAVRAS-CHAVE: Atraso na entrega de imóvel. Danos morais. Violação a Direitos de Personalidade. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O financiamento de imóvel na planta tem sido uma das opções mais comuns para as famílias brasileiras em busca da casa própria. Essa opção se popularizou porquanto, a despeito de contar com o ônus de ter de se aguardar a construção do imóvel, há o significativo bônus da oferta de preços consideravelmente mais baixos em relação aos imóveis prontos.

O referido contratempo da espera pelo recebimento do imóvel comprado na planta, não raras vezes, agrava-se pelo atraso na entrega da unidade imobiliária pela construtora.

Tal situação de demora tem dado origem a uma multiplicidade de ações judiciais buscando a responsabilidade civil do incorporador/construtor. Nessas demandas, para além do pedido de lucros cessantes pela impossibilidade de fruição do imóvel, tem sido comuns os pedidos de reparação por danos morais – sob alegação de violação ao direito fundamental à moradia e de frustração da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

expectativa legítima de melhorar a qualidade de vida com a mudança para a casa própria.

2 DESENVOLVIMENTO

Essa demora do vendedor em entregar o imóvel ao consumidor adquirente nem sempre se dá em razão de pura desídia ou má gestão empresarial. É relativamente comum que o prazo de entrega não possa ser cumprido em razão de circunstâncias que, em que pese façam parte do risco assumido pelo empresário da construção civil, podem ser caracterizadas como "anômalas" – a exemplo da escassez de mão de obra ou de materiais, do excesso de chuvas previstas para o período, a necessidade de adaptar o projeto a alguma limitação urbanística ou ambiental, dentre outros.

Em razão dessas peculiaridades que caracterizam a atividade de construção civil, as construtoras passaram a prever, em seus contratos firmados com os adquirentes, um prazo de elastério, conhecido no meio imobiliário por "prazo de tolerância". Trata-se da possibilidade de, diante de situações de anormalidade, postergar - por tempo limitado - a entrega do imóvel[1].

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento já consolidado no sentido de que a referida cláusula de tolerância, respeitado um limite temporal máximo de 180 (cento e oitenta) dias, pode ser validamente prevista nos contratos.

Confira-se o precedente abaixo, constante do Informativo nº 617 do STJ:

> *No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção ("imóvel na planta"), além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, uma cláusula prevendo a possibilidade de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra por um prazo que varia entre 90 e 180 dias. Isso é chamado de "cláusula de tolerância.*
>
> *Não é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, desde que o prazo máximo de prorrogação seja de até 180 dias*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

STJ. 3ª Turma. REsp 1.582.318-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/9/2017 (Info 612).

Se a construtora entregar o imóvel ao comprador dentro do prazo de tolerância, desde que este esteja expressamente previsto no contrato, não haverá qualquer dano material ou moral a indenizar.

Mas o que ocorre se a construtora ultrapassar o prazo de tolerância? Haverá necessidade de reparação de danos materiais? E de danos morais?

Descumprido o prazo para além do tempo de tolerância, não há dúvida de que a construtora em mora descumpriu o contrato e estará sujeita à responsabilidade civil.

A essa situação de responsabilidade por inadimplemento contratual aplicam-se, inclusive, as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, sempre que o adquirente estiver comprando o imóvel na planta como destinatário final, ou ainda quando, em que pese vá utilizá-lo em sua atividade produtiva ou empresarial, esteja caracterizada uma situação de vulnerabilidade técnica, econômica ou informacional, no cotejo da situação do comprador com a da construtora[2].

Tal responsabilidade civil, sem dúvida nenhuma, compreende os danos materiais. Mais especificamente: o atraso na entrega do imóvel compele a construtora a pagar ao comprador os lucros cessantes que o imóvel poderia ter rendido, a título de aluguel, caso houvesse sido entregue na data aprazada (computando-se a tolerância).

Os lucros cessantes presumidos em decorrência do atraso na entrega de imóvel fazem parte de entendimento há muito pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se precedente que bem ilustra a afirmação:

> *Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador.*
>
> STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1121461/AM. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 24/04/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Com relação aos danos morais, contudo, a situação é diversa. Não se pode falar em presunção de que são devidos (danos morais *in re ipsa)* pelo simples fato do atraso.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou, há muito, no sentido de que o mero descumprimento do contrato, por si só, não gera indenização por danos morais. Tal posicionamento também tem sido aplicado para o caso de descumprimento de contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta. Confira-se:

> *O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o mero descumprimento contratual, caso em que a promitente vendedora deixa de entregar o imóvel no prazo contratual injustificadamente, não acarreta, por si só, danos morais.*
>
> (STJ. 3ª Turma. AgInt no REsp 1684398/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 20/03/2018).

Com isso não se quer dizer que a demora na entrega do imóvel jamais possa acarretar a responsabilidade da construtora por danos morais[3]. Apenas se assevera que o simples atraso, por si só, não é suficiente para tanto.

Há situações particulares nas quais se pode detectar uma anormal violação dos direitos da personalidade do adquirente, decorrente do atraso. As peculiaridades dessas situações concretas anormais devem ser provadas, caso a caso.

Veja-se a afirmação certeira do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a qual sintetiza a posição da Corte sobre o tema:

> *O simples inadimplemento contratual, consubstanciado no atraso na entrega do imóvel, não é capaz por si só de gerar dano moral indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima*.
>
> STJ. 3ª Turma. REsp 1654843/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 27/02/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dito isso, o leitor deve se perguntar: "bom, e quais seriam essas situações concretas em que a demora é capaz de abalar moralmente o adquirente?".

Não se poderia, evidentemente, esgotar todas as possíveis situações da vida em que o atraso na entrega do imóvel geraria um abalo moral indenizável, dado que as situações do cotidiano são demasiadamente ricas e incalculáveis para serem previstas à exaustão.

Para se dar um norte concreto ao leitor, contudo, traz-se dois exemplos retirados da jurisprudência próprio STJ.

No primeiro desses exemplos, o atraso atingiu a monta intolerável de 3 (três) anos. Sendo assim, para além de mero atraso, o Tribunal entendeu que o prolongamento da privação do imóvel para moradia própria por três longos anos foi de tal maneira grave que atingiu os direitos de personalidade do comprador:

> *Conforme a jurisprudência pacífica do STJ, o atraso expressivo na entrega de empreendimento imobiliário - como no caso dos autos, 3 (três) anos - pode configurar dano ao patrimônio moral do contratante, circunstância que enseja a reparação.*
>
> STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1679556/SE. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 10/04/2018.

No segundo exemplo, em que pese o atraso não tenha sido tão prolongado quanto no primeiro, a situação concreta de que os compradores, noivos, tiveram de adiar o casamento com data já marcada, ultrapassou o mero dissabor, configurando dano moral indenizável:

> *O fato de os recorridos terem adiado casamento - com data já marcada, e não apenas idealizada -, o que redundou na necessidade de impressão de novos convites, de escolha de novo local para a cerimônia, bem como de alteração de diversos contratos de prestação de serviços inerentes à cerimônia e à celebração, ultrapassa o simples descumprimento contratual, demonstrando fato que vai além do mero dissabor dos compradores, já que faz prevalecer os sentimentos de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

injustiça e de impotência diante da situação, assim como os de angústia e sofrimento.

A frustação com a empreitada mostra-se inegável, de modo que o evento não pode ser caracterizado como mero aborrecimento, evidenciando, de forma inegável, prejuízo de ordem moral aos recorridos.

(STJ. 3ª Turma. REsp 1662322/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 10/10/2017).

O que se pode perceber, portanto é que a regra é a negativa de reparação por dano moral em razão de atrasos de pequena monta. Já para os casos de atrasos severamente prolongados, ou ainda situações muito peculiares em que se alia o atraso a um tratamento de menosprezo ao consumidor, ferindo-lhe os direitos de personalidade, aí sim o pedido indenizatório por danos extrapatrimoniais tem lugar.

3. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, a síntese conclusiva que se retira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça para os casos de atraso na entrega de obra é a seguinte, apresentada em tópicos:

a) Aceita-se o prazo de tolerância, desde que previsto expressamente no contrato e desde que não ultrapasse o limite razoável de 180 (cento e oitenta) dias;

b) O atraso na entrega para além do prazo de tolerância enseja a indenização por danos materiais, quais sejam: lucros cessantes, consubstanciados no aluguel que o imóvel poderia estar rendendo, e que são presumidos (dispensam prova).

c) Quanto aos danos morais, a regra geral é que não são devidos pelo simples atraso. Entretanto, caso esse atraso seja muito prolongado, ou então quando se prove uma situação concreta de excepcional gravidade, pode sim haver a condenação da construtora à reparação de danos de ordem extrapatrimonial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

PEREIRA. Caio Mário da Silva**. Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: volume único. 8ª ed. São Paulo: Método, 2018.

FARIAS e ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson. Curso de direito civil. Obrigações. 11ªed. Salvador: Juspodium, 2017.

NOTAS:

[1] PEREIRA. Caio Mário da Silva**. Responsabilidade civil**. Atualizado por Gustavo Tepedino. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 252.

[2] Aplicação da teoria finalista mitigada (ou aprofundada) para a determinação do alcance do conceito jurídico de "consumidor" previsto no CDC. Precedentes no STJ: AgInt no REsp 1250347/RS; AgRg no AREsp 646.466/ES; AgRg no REsp 1321083/PR, dentre muitos outros.

[3] TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: volume único. 8ª ed. São Paulo: Método, 2018. p. 503.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: CONCEITO, HISTÓRICO E ESTRUTURA

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR: Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

RESUMO: A constituição é o mais importante diploma normativo de um país, sendo juridicamente ilimitada e regendo as formas de Governo e Estado. Para tanto, é necessário entender a Constituição nos sentidos sociológico, político e jurídico, dividindo-as em materiais e formais. Com isso, temos de classificar as constituições de acordo com critérios que possibilitem classifica-la com suas definições e propósitos. Da análise do histórico das Constituições do Brasil, é possível perceber que o Poder nem sempre foi exercido de maneira convergente com os critérios da democracia. Promulgada a Constituição, em 1988, houve um período de para que entrasse em vigor, bem como a definição de graus distintos de eficácia a serem aplicadas as normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República de 1988. Teoria da Constituição. Constitucionalismo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1) Sentidos atribuíveis a Constituição. 2) Classificações das Constituições. 3) Histórico e estrutura das Constituições do Brasil. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O estudo da Teoria da Constituição assume a responsabilidade de nortear o aprendizado relacionada não só ao direito constitucional, como também leva ao entendimento do direito como um todo, único e indivisível, como se apresenta.

1) Sentidos atribuíveis a Constituição.

A Constituição foi entendida nos sentidos: sociológico (decorre de um fato social, a soma dos fatores reais de poder, Lassalle), político (decisão política fundamental, de Carl Schmitt, não se apoia na justiça, mas na decisão política que lhe deu origem, distinção entre constituição [decisões fundamentais ao Estado] e leis constitucionais [demais normas complementares]) e jurídico (estritamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

formal, pura norma jurídica, de Hans Kelsen, puro dever ser, desvincula o direito de valores sociais, morais e históricos).

Ademais, as Normas Constitucionais puderam ser conceituadas em: Material (matérias eminentemente constitucionais) e formais (matérias presentes na Constituição que poderiam receber tratamento na legislação infra).

2) Classificação das Constituições.

Quanto a Classificação das constituições, podemos delineá-las no seguintes critérios:

a) Origem: outorgadas (1824, 1937, 1967 e 1969) ou promulgadas (1889, 1934, 1946, 1988). Importante destacar também as Constituições Cesaristas ou Banapartistas (elaboradas unilateralmente pelo detentor do Poder, mas dependem da aprovação popular através de referendo, mera ratificação, não há participação popular na elaboração) e Constituições Pactuadas (originam do compromisso instável entre dois grupos políticos rivais, como na 'monarquia limitada').

b) Forma: escrita (codificadas ou legais [textos esparsos]) ou não escritas (costumeiras – Constituição Inglesa, com normas constitucionais escritas).

c) Elaboração: dogmáticas (construção num certo período de tempo, podem ser ortodoxa [uma só ideologia], eclética ou compromissória [ideologias diferentes que se conciliam]) ou histórica (lento evoluir das tradições e costumes).

d) Conteúdo: Material (supremacia que decorre do conteúdo) ou formal (supremacia que decorre da rigidez constitucional - processo de elaboração).

e) Estabilidade: Imutável, Rígida (procedimento diferenciado de alteração), flexível (alterável pelos mesmos moldes das leis ordinárias) ou Semirrígida (permite alterações tanto por procedimento diferenciado quanto por procedimento comum, da legislação ordinária).

f) Correspondência com a realidade (ontológico – Karl Loewenstein – correspondência entre o Texto Constitucional e a realidade Fática): Normativa (o Texto reflete a realidade social), Nominativas (nominalista ou nominal, aquela que ainda não consegue refletir a realidade social, mas possui esta finalidade -

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

prospectivas) ou semântica (criada para legitimar os detentores do poder de fato, desvinculada da realidade social).

g) Extensão: analítica (prolixa, longa, versa sobre outras matérias, além da organização básica do Estado) ou sintética (trata somente da organização básica do Estado – Constituição dos EUA).

h) Finalidade: Constituição-garantia (sintética, pleiteia a limitação à ingerência do Estado sobre os indivíduos), Constituição-balanço (registrar um específico estágio do desenvolvimento do Estado – transição do socialismo – 1924, 1936 e 1971) ou Constituição-dirigente (analítica, define diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais, com normas programáticas).

3) Histórico e estrutura das Constituições do Brasil.

a) 1824: Outorgada, instituição do Poder Moderador, semirrígida, forma unitária de Estado e monarquia constitucional de governo.

b) 1891: Promulgada, forma federativa de estado e republicana de governo, presidencialista, rígida, nominativa.

c) 1934: Promulgada, primeira com viés de democracia social, influenciada pela Constituição de Weimar, da Alemanha de 1919, forma federativa de estado e republicana de governo.

d) 1937: Outorgada, regime autoritário do Estado Novo, finda, na prática a tripartição de poderes.

e) 1946: Promulgada, forma federativa de estado e republicana de governo, com presidencialismo, democracia representativa, eleições diretas e independência de poderes.

f) 1967: Outorgada, regime militar, substituída pela EC 1/69.

g) 1969: Outorgada formalmente como Emenda a Constituição de 1967, é considerada uma Constituição de fato, constituição antidemocrática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

h) 1988: Promulgada, Estado democrático-social de direito, ampliação dos direitos fundamentais, fortalecimento do Ministério Público, administração pública gerencial, com ênfase na eficiência.

Quanto à estrutura, a Constituição da República de 1988 pode ser repartida em: 1) Preâmbulo: não possui valor normativo nem é norma de reprodução obrigatória, não é parâmetro de controle de constitucionalidade ou limitador das reformas constitucionais, sendo um introdutório de cunho político a Constituição; 2) Parte Dogmática: corpo permanente, com as normas essenciais ao funcionamento do Estado, com normas programáticas; 3) ADCT: transição de regimes constitucionais e normas de caráter meramente transitório, com eficácia exaurida a medida que se verifica a situação nela prevista, sendo normas formalmente constitucionais.

CONCLUSÃO

Partindo desta análise, podemos concluir que a Constituição de 1988 é promulgada, escrita, dogmática, eclética, formal, rígida, nominativa, analítica, constituição-dirigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

O PODER INVISÍVEL CONCEBIDO POR NORBERTO BOBBIO E A DEMOCRACIA BRASILEIRA: A URGÊNCIA DE SE MANTER VISÍVEL OS ATOS ESTATAIS

LORRAINE SALDANHA FREITAS XAVIER DE SOUZA: bacharel em Direito pelo Mackenzie. Especialização em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Advogada.

Resumo. O presente artigo visa defender uma das virtudes provenientes da adoção do regime democrático, a de que todas as decisões dos governantes devem ser tomadas às claras, sob os olhares do povo, consubstanciando a ideia de que numa democracia, a publicação dos atos estatais devem ser a regra, e não a exceção, de modo que ocultação injustificada pode ser um indício da manifestação do poder invisível, fenômeno tendente a obstar o desenvolvimento das democracias modernas, sobretudo, a brasileira.

Palavras-chave: Democracia. Publicação dos atos estatais. Poder invisível.

Abstract: This paper aims to support one of the virtues of the democracy, that all the decisions of the members of government must be taken clearly, in order to all the people become aware of those resolutions, maintaining the ideia of the publication of state acts its necessarily the rule, not the exception.

Key-word: Democracy. Publication of governmental acts. Invisible power.

Sumário: 1. Introdução.2.Surgimento da democracia como regime.2.1 Os percalços da democracia brasileira. 3. Poder invisível e a democracia brasileira. 4.Considerações finais. 5.Referências.

1. Introdução

O poder invisível, concebido por Norberto Bobbio, é posto pelo próprio autor como uma contraposição a um dos eixos basilares da democracia, o de que todas as decisões e atos dos governantes *"devam ser conhecidos pelo povo soberano"* [1], de modo que a publicidade dos atos do governo deve nortear a atuação dos representantes do povo em qualquer esfera de Poder.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A esse respeito, o Bobbio aponta o fenômeno do poder invisível como um potencial insucesso da democracia, na medida em que traz em seu núcleo o incentivo a práticas não democráticas, como segredos de Estado não justificados e a consequente invisibilidade dos atos governamentais que dizem respeito aos interesses da nação.

Tais práticas como se verá, se demonstram ameaçadores à sobernia popular conferida expressamente pelo Constituinte Originário ao povo brasileiro e à ordem democrática, fortificada com a promulgação Constituição Federal de 1988.

O presente artigo visa, de forma singela, discorrer sobre a necessidade de se conferir visibilidade aos atos dos governantes na democracia brasileira, a fim de se combater o que Norberto Bobbio convencionou chamar de poder invisível.

O texto se divide em três partes: na primeira procuramos desenvolver o conceito de democracia moderna, relacionando o seu florescimento e progresso com o advento do Estado liberal, dentre outros fatores. Na segunda parte dialoga-se com a ideia de que o desenvolvimento da democracia brasileira foi obstado justamente com a instauração do regime militar de 1964, momento em que houve a supressão de diversos direitos inseparáveis da concepção de democracia, abrindo caminho à instauração de um regime autocrático.

Numa terceira parte elucida-se o conceito de poder invisível relacionando-o como um insucesso da democracia, já que constitui fenômeno tendente a conter uma das virtudes da democracia, isto é, a publicidade dos atos estatais. Examina-se neste momento, indícios de sua manifestação na democracia brasileira, por meio da exemplificação de atos que destoam dos propósitos democráticos.

2. O surgimento da democracia como regime.

A palavra democracia, cujas raízes etimológicas remontam à Grécia antiga, designa ''o poder do povo'', que naquela época era exercitado por uma maioria em oposição à minoria, *'' [...] mas como a classe de cidadãos formava uma espécie de corporação fechada, da qual eram excluídos os libertos, os escravos e os estrangeiros, em verdade a democracia ateniense seria apenas uma oligarquia mais larga e mais franca''* [2]. Havia, portanto, uma igualdade política incompleta e precária, razão pela qual há notáveis diferenças entre esta forma de democracia

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com a democracia representativa moderna. Acerca da origem da democracia, BIRCH[3]faz uma interessante reflexão, a de que os *''gregos nos deram a palavra, mas não nos proveram um modelo''* ideal de democracia, e muito em razão disto, reside a inquietude dos autores modernos em recuperar um conceito valorativo capaz de apreender o real significado deste regime para os dias atuais.

A concepção de democracia moderna, *''criada pelos norte-americanos e desde logo adotada pelos franceses''*[4], constitui, segundo COMPARATO um complemento necessário da república, forma de governo adotada pela maioria dos Estados modernos fundada, sobretudo, na transferência do poder concentrado nas mãos de uns poucos déspotas ao povo, enfatizando a ideia de Tocqueville, para quem *''a democracia em um sentido social é inevitável, uma característica inescapável do mundo moderno, e em seu sentido político é um produto da liberdade humana, uma questão de prudência ou escolha''*[5].

Essa transferência de poder foi alavancada, principalmente, com o desenvolvimento e edificação do conceito de soberania popular, considerada como a fórmula política responsável por promover o desenvolvimento do Estado liberal[6].

Para BOBBIO[7], a democracia moderna é inicialmente proposta pelo entendimento unívoco de que este regime funciona como uma *''contraproposta a todas as formas de governo autocrático''*, caracterizando-se como democrático o Estado dotado de *''conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos''.* Estas decisões devem ser tomadas às claras, já que para o autor, a democracia deve ser tratada como o regime do poder visível, *''e por tal razão é possível dizer que a visibilidade do poder faz parte de uma espécie de núcleo rígido da própria ideia de democracia - um dos seus eixos - sem o qual, destarte, não é possível nem sequer falar em regime democrático''.* ***[8]***

Além disto, Bobbio entende que um regime democrático se encontra estabelecido quando há a atribuição *''a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas e que aqueles chamados a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma outra''*.[9] Para que esta condição de escolha se consubstancie, faz-se necessária a garantia de determinados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direitos fundamentais como a liberdade, opinião, pensamento, dentre outras prerrogativas institucionalizadas com o surgimento do Estado liberal.

A esse respeito, importante rememorarmos que o Estado liberal foi terreno fértil à propagação das virtudes da democracia representativa, que aliada aos propósitos republicanos e pela fórmula política fundada na sobernia popular, foi responsável por incutir nos cidadãos a ideia de que nenhum governante *"pode exercer o poder em benefício próprio ou de grupos ou corporações às quais pertença"* ***[10]***. O poder que lhe foi concedido deve ser voltado à realização do bem comum, do bem do povo.

Por essa razão, entende-se que a democracia moderna deva seu surgimento ao formato do Estado liberal associado aos valores republicanos, muito embora não devamos nos esquecer de que o surgimento do Estado social, ante a crise do liberalismo iniciada pelas crises recessões econômicas e guerras mundiais, também foi fator decisivo para o surgimento do modelo atual de Estado democrático.

Da conjugação destas ideias iniciais, nota-se que o florescimento da democracia- assim como a sua deterioração- está intimamente ligada à manutenção dos Estados liberal e social, voltados a tutelar, respectivamente, interesses e direitos individuais e a garantia do bem-estar social, não vislumbrados em Estados autocráticos.

Neste ponto, BOBBIO[11] aponta que a prova histórica da interdependência entre Estado liberal e democracia *"está no fato de que quando caem, caem juntos".*

2.1 Percalços da democracia brasileira.

Foi justamente no período da instauração da ditadura militar de 1964, que vimos o desenvolvimento de nossa democracia, engajada pela promulgação da Constituição liberal de 1946, ser impetuosamente obstada.

A submissão ao regime ditatorial resultou no afastamento da consciência coletiva ao postulado elementar que rege toda e qualquer ordem democrática de governo, a de que as decisões estatais, além de se submetem ao regime da integral publicidade, devem ser fundadas em regras previamente estabelecidas por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

representantes legitimamente escolhidos pelo povo, responsáveis por vocalizar os anseios sociais da coletividade.

A esse respeito, FERNANDES[12] questiona a necessidade de se (re) definir a relação da sociedade brasileira com a revolução democrática iniciada, dentre outros fatores e momentos históricos, pela promulgação da Constituição liberal.

Neste contexto, o caminho percorrido pelo Estado brasileiro desde a redemocratização vai no sentido de apreender no povo brasileiro a compreensão de que uma das virtudes imutáveis da democracia é a liberdade atribuída ao indivíduo para se insurgir contra o soberano autocrata, bem como na concepção de que em toda democracia, *"o povo é o motor principal do modo de governo"* ***[13]***, resultando na premissa inabalável de que o representante do povo tem o dever de conferir visibilidade de seus atos a quem ali o colocou. Desta forma, possibilita-se o juízo de valoração dos atos dos governos, a fim de conformá-los com suas finalidades precípuas, quais sejam, se foram pensados para o bem da coletividade ou para benefício de interesses próprios.

As virtudes da liberdade, da visibilidade dos atos públicos e da política voltada para bem comum do povo- conhecidas como frutos naturais da ordem democrática- foram abafadas e olvidadas do cenário político brasileiro e, por conseguinte, furtadas da consciência coletiva, tendo em vista a costumeira rotina de violação de diversos direitos fundamentais do Homem, por ocasião do regime militar.

De fato, o desenvolvimento e o amadurecimento da democracia foram frenados pelo surgimento do Estado autocrático viabilizado pela ditadura militar, cujo término não afastou a necessidade de se reequacionar os valores provenientes da democracia ao povo brasileiro. Para FERNANDES[14], os valores democráticos não foram complemente incinerados pelo golpe militar, pelo contrário, foram as suas reminiscências que, mantidas a muito custo, no cerne nas classes trabalhadoras e proletárias que foram capazes de recuar a ditadura e tornar possível um novo pensamento acerca do desenvolvimento dos ideais democráticos no Brasil.

Muito embora tenhamos superado o autoritarismo a custo de muitas vidas e desde as últimas três décadas estejamos diante de um Estado democrático proclamado pela Constituição Federal de 1988, diante do qual tudo deve ser feito em conformidade com a lei para que se dê validade às ações dos governantes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

questionamos se a inobservância deliberada dos valores provenientes da democracia, como a necessária visibilidade dos atos públicos, constitui resquícios deste período em que a ordem era manter em segredo os assuntos que muito interessavam à nação.

3. O poder invisível e a democracia brasileira.

Assumindo a democracia como um regime vocacionado a disseminar, dentre outros, os valores da transparência dos atos do poder público para a sociedade, Norberto Bobbio imbuído de uma postura reflexiva e influenciado, sobretudo, pelos fatos sociais existentes na Itália, relacionados à existência de um subgoverno (máfia e serviços secretos incontroláveis) previu a urgência de se estudar como a invisibilidade dos atos estatais são maléficos à sociedade.

Esta invisibilidade, denominada pelo autor de poder invisível, foi constatada pelo jurista italiano a partir de um olhar crítico e atento de que nos Estados democráticos modernos as atividades governamentais são recorrentemente desenvolvidas sem o caráter público que lhe são ou deveriam ser próprias.

Em seu livro ''O futuro da democracia'' elencou o poder invisível como um insucesso da democracia, ao lado da teoria das elites, do contraste entre democracia formal e material e da ingovernabilidade.

Todos estes temas, segundo o autor, podem ser classificados como fracassos da democracia, o que não implica em condenar este regime, mas apenas pontuar suas fraquezas suscetíveis de serem fortalecidas pela incondicional observância dos valores provenientes da liberdade e da igualdade, assim compreendidos em todas as suas vertentes. A urgência de se estudar este tema vem sendo timidamente advertida pela doutrina brasileira, já que nas palavras de NEGRI[15] *''[...] o governo democrático avança quando há fiscalização aberta, aos olhos de todos, no contexto*do *devido processo legal''.*

A partir destas considerações, podemos descrever o poder invisível como uma força tendente a deteriorar um dos eixos do regime democrático, o de que ' *''todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano''*[16], tendo em vista a sua predisposição em tornar secreto atos que deveriam ser visíveis aos governados, nos aproximando assim, de um governo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autocrata, alicerçado no obscurantismo injustificado de suas ações. Isso porque, *''o governo autocrata não apenas esconde para não fazer saber que é e onde está, mas tende também a esconder suas reais intenções no momento em que suas decisões dever torna-se públicas''*[17].

A despeito da previsão legal de que determinados atos estão autorizados ao sigilo público - conforme o fez a Lei 12.527/18 com os atos relacionados à segurança da sociedade ou do Estado - nota-se que na democracia brasileira particularmente, nossos governantes vêm adotando como se verá, a abominável prática de tornar oculto atos que muito interessam à nação sob o pretexto de ''segredo de estado'' carecendo, algumas destas medidas, de fundamentação legal.

Este atributo é frequentemente utilizado em nossa democracia como uma *''cortina de sigilo auto protetora''* [18] aos atos que possam desagradar a população e, sobretudo, contrariar as finalidades derradeiras dos atos públicos, quais sejam, a consecução do bem comum.

A prática do segrego de estado é para Bobbio, um fenômeno decorrente do poder oculto ou que se oculta (*arcana imperii*), e o seu desenvolvimento e manutenção foram alavancados nos Estados autocráticos, que ante o desconhecimento mínimo de direitos e liberdades individuais, como a prerrogativa de dar conhecimento geral acerca das grandes decisões políticas, retirou do povo a prerrogativa de conhecê-las e reconhecê-las. Neste Estado, a regra era a manutenção do sigilo dos atos estatais sem qualquer justificativa, de forma que *''as grandes decisões devem ser tomadas ao abrigo dos olhares indiscretos de qualquer tipo de público''*.***[19]***

No Estado de direito, a regra é o da publicidade dos atos originários dos poderes estatais, que apesar de constituir uma premissa lógica para a democracia brasileira atual, deve ser sempre aviltada na consciência do povo e de seus representantes, especialmente.

A postura dos governantes que buscam, injustificadamente, ocultar os seus atosdos olhares do povo, deve ser pontuada como um dos paradoxos da democracia moderna, já que este regime tem como trunfo a capacidade de *''eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e de dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente [...]''*.***[20]***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E muito embora as práticas de não publicação de atos governamentais, em decorrência da decretação injustificada de segredo de Estado, sejam próprias de um passado autocrático experimentado pelo Brasil, seus espectros vêm espantando e ameaçando a democracia brasileira nos últimos anos.

Conforme discorrido nas linhas anteriores, um dos predicados basilares da democracia é o do governo cujas decisões são tomadas às claras, a fim de que os governados a vejam como e onde as tomam, mas que apesar disto, há atualmente no Brasil exemplos concretos de atos violadores deste atributo.

Na contramão do espírito da Lei de Acesso à Informação e da regra publicidade, o Decreto 9.690/19, editado nos primeiros meses da nova gestão do governo federal, ampliou o número de legitimados a autorizar como secretos ou sigilosos os documentos que contenham informações públicas, *''aumentando* a chance de o *segredo de Estado se tornar mais comum''*. **[21]** e sem qualquer critério objetivo ou parâmetro previamente estipulado, ao simples alvedrio das autoridades.

Não sem razão, a Câmara dos Deputados já se posicionou desfavorável a este decreto do Governo Federal, movimentando-se para tornar sem efeito a mencionada medida.

Outro fato que saltam aos olhos e que deixaram irrequietos os defensores do postulado democrático de que *todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano,* foi a imposição de sigilo, por parte do Ministério da Economia, aos estudos e pareceres técnicos que fundamentam a Proposta de Emenda à Constituição nº 06/2019, a denominada reforma da previdência, que anda a passos inconcludentes no Legislativo. A imposição deste sigilo resulta na impossibilidade de o povo tomar conhecimento sobre dados, cálculos, estatísticas e outros instrumentos técnicos que motivam a referida reforma.

Trata-se, pois, de medida denegatória de acesso às informações que, inegavelmente, interessam ao povo, mas sem qualquer fundamento jurídico capaz de sustentar a excepcionalidade do sigilo na ordem democrática.

4. Conclusão.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O povo brasileiro não desconhece os dissabores de um regime autocrático, bem como as consequências de sua prática aos diversos setores sociais, o que justifica bradarmos a todo momento as virtudes provenientes da restauração da democracia, como a publicidade dos atos estatais, reconhecendo-a como uma prerrogativa indissociável da relação estado-povo.

Acerca do regime autoritário, instaurado com o regime militar em 1964, ele foi o responsável por forjar, nas palavras de FERNANDES[22], *''o mais perfeito Estado autocrático que já existiu no Brasil''*, que alavancado pelas classes possuidoras e pelos setores empresariais, transforam este Estado *''em um instrumento da violência organizada, [...] e da mais completa exploração do trabalho e da pulverização da vontade popular''.*

As práticas intrínsecas ao autoritarismo, como a supressão da soberania popular, inobservância de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos e da coletividade e atos acobertados pelo atributo de segredo de Estado, devem ser expurgados da democracia brasileira e sobretudo da consciência dos nossos representantes que, imbuídos de um saudosismo irresponsável deste período, vem rememorando alguns métodos típicos de um sistema autoritário, como a ocultação injustificada de atos que interessam, e muito, à nação.

Considerando as discussões propostas, entendemos que a derrota do poder invisível, que procura se hospedar nas democracias modernas, sobretudo, na brasileira, será alcançada por meio da publicidade irrestrita dos atos do poder, já que a premissa elementar à manutenção do Estado de Direito em detrimento do Estado autocrático, é a de que *'' todo o cidadão tem o direito de saber a verdade e tomar conhecimento daquilo que foi feito em nome do povo, do qual ele, cidadãos é um dos componentes''.**[23]***

4. Referências.

ARENDT, Hanna. Crises da República. p.19.

BELLO, José Maria. Democracia e Anti-democracia.Progresso.Salvador.1956.

BIRCH, Anthony H. The concepts and theories of modern democracy. 2nd ed. 2001.p.71.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia.11 ed. Paz e Terra. São Paulo.2000.p.41.

COMPARATO, FÁBIO Konder. Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno. Companhia das letras. São Paulo.2006.p.644

FERNANDES, Florestan. Brasil: em compasso de espera.Editora Hucitec.São Paulo. 1980.p.46.

GOYARD-FABRE, Simone. O que é democracia.1 ed. Martins Fonte. São Paulo.2003. p.46

HOLMES, Stephen. Tocqueville and Democracy.Cambridge University Press.1995.p.23-24. In: The ideia

NEGRI, André DEL. Segredo de Estado, a arte de embaraçar informações.

PRESGRAVE, Ana Beatriz F. Rebello, COSTA, Daniel e CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. O Poder Invisível e a Democracia Representativa na Visão de Norberto Bobbio. *Revista Interface*. Natal/RN, v.10.nº1.p.103-121.2013.

NOTAS:

[1] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia.11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.100

[2] BELLO, José Maria. *Democracia e Anti-democracia*. Salvador: Editora Progresso, 1956.

[3] BIRCH, Anthony H. *The concepts and theories of modern democracy*. 2nd ed. 2001.p.71.

[4] COMPARATO, FÁBIO Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. 1 ed. São Paulo: Editora Companhia das letras, 2006.p.644.

[5] APUD.HOLMES, Stephen. Tocqueville and Democracy.Cambridge University Press.1995.p.23-24. In: *The ideia*

Of democracy. COPP, David. HAMPTON, Jean. ROEMER, JOHN E.

[6] BOBBIO, NORBERTO. *Liberalismo e democracia*.3 ed.São Paulo: Editora brasiliense.1990.p.42.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[7] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*.11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.30.

[8] PRESGRAVE, Ana Beatriz F. Rebello, COSTA, Daniel e CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. O Poder Invisível e a Democracia Representativa na Visão de Norberto Bobbio. *Revista Interface*. Natal/RN, v.10.nº1.p.103-121.2013.

[9] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*.11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.32.

[10] COMPARATO. FÁBIO Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno*.1 ed.São Paulo: Editora Companhia das letras, 2006.p.635.

[11] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.*11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.32.

[12] FERNANDES, Florestan.. *Brasil: em compasso de espera*. São Paulo: Editora Hucitec, 1980.

[13] GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia*.1 ed.São Paulo: Editora Martins Fonte, 2003. p.46

[14] FERNANDES, Florestan. *Brasil: em compasso de espera*. São Paulo: Editora Hucitec, 1980.

[15] NEGRI, André DEL. *Segredo de Estado, a arte de embaraçar informações*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-09/diario-classe-segredo-estado-arte-embacar-informacoes>. Acesso em 10 maio.2019.

[16] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.*11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.32.

[17] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.*11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.32.

[18] ARENDT, Hanna. *Crises da República*. São Paulo: Editora Perspectiva.

[19] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.*11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.108.

[20] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia.*11 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.p.41.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[21] A esse respeito, NEGRI, André DEL. *Segredo de Estado, a arte de embaraçar informações*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-09/diario-classe-segredo-estado-arte-embacar-informacoes>

[22] FERNANDES, Florestan. *Brasil: em compasso de espera.* São Paulo: Editora Hucitec, 1980.p.46.

[23] COMPARATO, FÁBIO Konder. Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno. Companhia das letras. São Paulo.2006.p.635.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

INSTITUIÇÕES E MUDANÇA INSTITUCIONAL: O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

ERIKA CORDEIRO DE ALBUQUERQUE DOS SANTOS SILVA LIMA: Advogada inscrita na OAB/PE. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Especialista em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro/RJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maceió/AL. Bacharel em Secretariado Executivo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo: Este texto traz uma visão geral sobre as políticas públicas e seu ciclo, abordando especialmente a importância das instituições políticas no processo de elaboração de políticas públicas. No decorrer do estudo, é analisada a importância da instituição Poder Judiciário e sua relação com as políticas públicas, principalmente a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988. Além disso, são demonstrados meios formais e informais de interferência desse Poder no processo de elaboração e implementação de políticas públicas, bem como analisado o fenômeno da judicialização da política.

Palavras-chave: Instituições; Políticas Públicas; Poder Judiciário; Política; Judicialização.

Abstract: This text provides an overview of public policies and their cycle, especially addressing the importance of political institutions in the process of public policy making. In the course of the study, it is analyzed the importance of the institution Judiciary and its relation to the public policies, mainly from the Brazilian Federal Constitution of 1988. In addition, they are show formal and informal ways by this institution influences the elaboration and implementation of public policies process, as well it is analyzed the phenomenon of politics judicialization.

Keywords: Institutions; Public policy; Judicial Power; Politics; Judicialization.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. Políticas Públicas e Instituições Políticas. 3. A relação dos Poder Judiciário com as políticas públicas. 3.1. A interferência do Poder Judiciário por meios formais e informais. 3.2. A judicialização da política. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As políticas públicas são consideradas um fenômeno complexo que envolve a participação estatal de modo a assegurar a cidadania e o interesse público. Tais políticas, até sua efetiva implementação, percorrem um ciclo cujas etapas são influenciadas pelas instituições políticas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que acentuou o caráter social do Estado brasileiro, estudos têm inserido o Poder Judiciário como importante instituição no contexto de formação e aplicação de políticas públicas. A atuação desse Poder em questões envolvendo políticas públicas, seja diante de inconstitucionalidades por comissão ou omissão, tem sido cada vez mais recorrente, especialmente porque a própria Carta Magna encarregou o Poder Judiciário de apreciar quaisquer lesões ou ameaças a direito, estabelecendo em seu bojo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Neste estudo, é apresentada uma visão geral sobre a importância das instituições políticas. Ademais, é analisada a relação do Poder Judiciário com as políticas públicas, em especial como esse Poder pode influenciar no ciclo de políticas públicas, além da questão da judicialização da política no Brasil, tema recorrente nos dias de hoje.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

As políticas públicas são consideradas um fenômeno complexo que consiste em "inúmeras decisões tomadas por muitos indivíduos e organizações no interior do próprio governo e que essas decisões são influenciadas por outros atores que operam interna e externamente no Estado." (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 12) Tais políticas envolvem a participação do Estado de modo a assegurar a cidadania e o interesse público.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para que as políticas públicas deixem o plano da teoria, há um procedimento a ser seguido, ou seja, para que uma política pública que foi pensada se torne realidade, há um ciclo a ser seguido. O ciclo de políticas públicas, geralmente, comporta as seguintes etapas: 1) identificação de um problema; 2) a formação da agenda; 3) a formulação das alternativas; 4) a tomada de decisão; 5) a implementação da política pública; e, 6) o monitoramento e a avaliação da política implementada. (HAYASHI, 2017, p.1) De maneira resumida, o ciclo envolve:

> (...) a *montagem da agenda* se refere ao processo pelo qual os problemas chegam à atenção dos governos; a *formulação da política* diz respeito ao modo como as propostas são formuladas no âmbito governamental; a *tomada de decisão*é o processo pelo qual os governos adotam um curso de ação ou não; a *implementação da política* se relaciona ao modo pelo qual os governos dão curso efetivo a uma política; e a *avaliação da política* se refere aos processos pelos quais tanto os atores estatais como os societários monitoram os resultados das políticas, podendo resultar daí em uma reconceituação dos problemas e das soluções político-administrativas. (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 14-15)

Os elaboradores de políticas públicas (*policymakers*) examinam um conjunto de problemas encarados como relevantes, seja por conta de sua visão pessoal, seja em virtude da repercussão de determinada demanda e levam o tema à agenda política para uma posterior tomada de decisão a respeito de sua implementação. (RAEDER, 2014, p. 127-137) As políticas públicas são elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, seja em conjunto ou separadamente, levando-se em conta as demandas da sociedade em suas diversas áreas.

É nesse contexto de elaboração e implementação de políticas públicas que importam as chamadas instituições políticas. Isso porque as decisões políticas são capazes de regular as escolhas coletivas, sendo essas instituições meios de orientar o funcionamento da política. As instituições são organizações ou mecanismos sociais que orientam o funcionamento e organização da sociedade, podendo criar pré-disposições nos indivíduos de modo a orientar suas ações. (PERES, 2008, p. 53-54) São capazes de influenciar de modo decisivo as relações humanas, "sejam elas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticas, administrativas, sociais ou econômicas, condicionando as opções estratégicas dos indivíduos e das organizações, definindo os recursos passíveis de mobilização e impactando os resultados alcançados." (NATALINO, 2016, p. 94)

Nesse cenário, pesquisas sobre a relevância das instituições, como a do economista Douglass North, vencedor do Prêmio Nobel de 1993 ao lado de Robert Fogel, são referências para os estudos da economia de longo prazo, tendo sido demonstrado que a evolução histórica de uma sociedade é condicionada pela formação e evolução de suas instituições. Na visão desse estudioso, as evoluções institucionais são mais relevantes para o desenvolvimento econômico do que as inovações tecnológicas. O autor, contudo, ao tratar das instituições, reduz seu conceito à aplicação específica no campo da economia, sendo que as instituições também possuem um papel construtivo na interação dos indivíduos. Assim, é preciso também considerar a existência de uma divisão no conceito de instituições, pois existem as instituições formais e as instituições informais. As primeiras se referem às leis e às constituições formalizadas e escritas, que geralmente são impostas por um governo, já as segundas, englobam as normas ou códigos de conduta, que normalmente são formados pela própria sociedade. (GALA, 2003, p. 89-101)

Para Douglass North (1990, p. 4), as instituições formais são as regras e normas de comportamento concebidas pelo homem e a maneira pela qual são sustentadas, garantidas e feitas cumprir. Tais instituições envolvem restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições, códigos de conduta) e normas formais (constituições, leis, direitos de propriedade) que ditam as regras do jogo chamado interação humana. Para esse autor, as instituições importam na medida que reduzem a incerteza, aumentam a previsibilidade e geram, como consequência, redução nos custos de transações.

Como se pode observar, as instituições formais definem os padrões de relacionamento, fixando-os em regulamentos e leis, ou seja, tais instituições estão regulamentadas do ponto de vista jurídico. Um exemplo é a Constituição do Brasil, que em seu bojo estabelece uma série de normas e princípios que regulamentam funcionamento e o comportamento estatal, bem como social, de forma legítima. Já as instituições informais são organizações ou mecanismos considerados naturais pelo grupo ou pela sociedade, e se referem a relações não convencionais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

geralmente baseadas no poder carismático ou tradicional, enquanto as instituições formais são pautadas no poder racional-legal. (WITT, 1969, p. 203-205)

No decorrer dos anos, foram realizados vários estudos sobre as instituições políticas com a finalidade de entender sua influência. As principais correntes dessa temática são: a) o institucionalismo (também chamado de antigo institucionalismo), cuja visão é das instituições como algo legal, estático e vinculado às normas; b) o comportamentalismo ou *behaviorismo* que baseia o estudo político no comportamento humano; e, c) o neo-institucionalismo, o qual retoma algumas características do institucionalismo, sem desprezar os avanços comportamentais. (PERES, 2008, P. 54-58)

Desses modelos, o neo-institucionalismo destaca a importância vital das instituições no processo de tomada de decisão, formulação e implementação de políticas públicas. Nesse ponto, a doutrina tece importantes comentários sobre a influência das instituições sobre as políticas públicas:

> Como as instituições influenciam os resultados das políticas públicas e qual a importância das variáveis institucionais para explicar resultados de políticas públicas? A resposta está na presunção de que as instituições tornam o curso de certas políticas mais fáceis do que outras. Ademais, as instituições e suas regras redefinem as alternativas políticas e mudam a posição relativa dos atores. Em geral, instituições são associadas a inércia, mas muita política pública é formulada e implementada. Assim, o que a teoria neo-institucionalista nos ilumina é no entendimento de que não são só os indivíduos ou grupos que têm força relevante influenciam as políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições. (SOUZA, 2013, p. 39)

Como demonstrado, as instituições políticas estruturam as ações coletivas, orientando o funcionamento da política. As grandes questões no contexto das instituições se referem a: a) como as instituições são capazes de influenciar o comportamento dos atores políticos (são todos que atuam nas políticas públicas, a exemplo de legisladores, eleitores, partidos, dentre outros); b) como afetam as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decisões políticas e a performance dos governos; e, c) como são capazes de interferir na estabilidade da democracia. Desse modo, pode-se entender as instituições políticas como envolvendo não somente os partidos, o sistema eleitoral e o sistema partidário, mas, também, como englobando as relações existentes entre o governo e os Poderes, seja o Executivo, Legislativo ou o Judiciário, bem como as relações existentes entre o governo e a oposição, dentre outras. (TSEBELIS, 2009, p. 15- 17)

No Brasil, o estudo das instituições políticas, na ótica das instituições formais, que são fundamentais nos regimes democráticos, abrange dentre outros, o Poder Judiciário. Nos últimos anos, principalmente após a Constituição Federal Brasileira de 1988, o estudo da relação do Poder Judiciário com as políticas públicas tem sido mais recorrente, principalmente diante da capacidade do Judiciário de influenciar na elaboração e implementação das políticas públicas. (TAYLOR, 2007, p. 243) Ademais, também tem sido alvo de discussão nessa seara a questão da judicialização das políticas públicas no Brasil. (CARVALHO, 2004, p. 115) Trataremos a seguir sobre essas questões.

3. A RELAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já mencionado, as instituições políticas importam no contexto de elaboração e implementação das políticas públicas, uma vez que são capazes de regular as escolhas coletivas, orientando as ações dos indivíduos e impactando nos resultados alcançados. (NATALINO, 2016, p. 93-94) Nessa toada, o Poder Judiciário brasileiro possui impacto significativo na formulação das políticas públicas, sendo seu papel considerado, para alguns autores, como nebuloso nas arenas políticas. Diante disso, existe uma "crescente onda de importantes estudos que trata do Judiciário e da judicialização da política no Brasil, analisando como e sob que condições os tribunais influenciam as decisões tomadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo." (TAYLOR, 2007, p. 229)

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o Brasil "rompeu com o modelo de Estado liberal e caminhou para o Estado social." (GOMES, 2013, p.1) Com isso, a República Federativa Brasileira constitui Estado Democrático de Direito, com Poderes independentes e harmônicos entre si (Legislativo, Executivo e o Judiciário), tendo como objetivos fundamentais: a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) a garantia do desenvolvimento nacional; c) a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e, d) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988, p.1)

Nesse contexto, o Poder Judiciário tem como encargo dar eficácia aos direitos fundamentais previstos na CF/1988:

> Após muitos anos, o Poder Judiciário começa a traçar seu caminho nessa República que anteriormente ao ano de 1988 era comandada somente pelo Executivo com seus governos déspotas e ditaduras que duraram dezenas de anos, para não dizer séculos. O Judiciário acorda no meio de um pesadelo que é fazer com que o Executivo e o Legislativo entendam que o Judiciário faz parte da República e foi criado e mantido na CR/88 para dar eficácia aos direitos fundamentais previstos nessa Constituição e não constituem meras promessas de constituintes eufóricos por uma mudança, mas sim uma mudança promovida pela sociedade brasileira cansada dos desmandos, corrupções e desvios de dinheiro dos representantes do povo. Assim, o Judiciário foi erigido como uma garantia de que a sociedade não ficaria órfão caso os Executivo e o Legislativo não cumpram com os ditames constitucionais. É nesse cosmos que temos de dar respostas como o Judiciário, por exemplo, fará valer os direitos fundamentais relativos à educação, saúde, meio ambiente, acesso à Justiça, etc. As chamadas políticas públicas, que outrora ficam adstritas às diretrizes traçadas pelo Executivo e com tímidas incursões por parte do Legislativo, são hoje objeto de apreciação via ações individuais e coletivas na Justiça. (GOMES, 2013, p. 1)

O Judiciário, em consonância com a democracia e sem violar a separação dos Poderes, atua anulando atos lesivos à Constituição, em especial aqueles que atentam contra os direitos fundamentais. Essa é, portanto, "fonte de legitimidade da atuação jurisdicional para o controle de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais." (SILVA, 2012, p. 61)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A própria Constituição encarregou o Poder Judiciário de apreciar as lesões ou ameaças a direito, estabelecendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição em seu bojo, no artigo 5º, inciso XXXV. (BRASIL, 1988, p. 1) Desse modo, para Emílio Borges e Silva (2012, p. 61), a "interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle."

Em regra, as políticas públicas são elaboradas e também executadas pelo Poder Executivo. No entanto, os outros Poderes, ao se depararem com situação alarmantes, podem substituir o Poder inerte visando o interesse público, pois há situações em que o Executivo, por exemplo, embora tenha sido provocado, permanece inerte diante da necessidade de determinada política pública, cabendo aos outros Poderes prezar pela efetividade dos direitos fundamentais e pela realização de tais políticas. (RODRIGUES, 2017, p.1) Isso porque a inconstitucionalidade, em matéria de políticas públicas, pode ser comissiva ou omissiva. No caso de omissiva, por exemplo, caberia ao "Judiciário determinar a elaboração do plano diretor, 'instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana', para os municípios com mais de 20 mil habitantes que ainda não tivessem cumprido a exigência do art. 182, § 1º." (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014, p. 40-41)

3.1. A interferência do Poder Judiciário por meios formais e informais

Geralmente, o Poder Judiciário somente atua nas políticas públicas após a aprovação dessas pelo Poder Legislativo. No entanto, esse *timing* de intervenção do Judiciário nas políticas públicas pode se dar bem antes da elaboração de tais políticas. Um exemplo é quando o Judiciário utiliza poderes informais, como as opiniões públicas de juízes ou ministros, sinalizando suas preferências ou quando acontecem reuniões entre o Executivo e o Judiciário para discussão de políticas públicas bem antes de sua formulação. Ademais, o Poder Judiciário pode influenciar no momento de elaboração e implementação das políticas públicas, também, através de seus poderes formais, como a concessão de liminares (por exemplo, antecipando a implementação de políticas públicas) ou quando os ministros solicitam vistas de processos (que acabam postergando a implementação de políticas públicas). Outra possibilidade é por meio do arquivamento de ações por motivos processuais, evitando o julgamento de mérito da demanda. (TAYLOR, 2007, p. 240-242)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Castro (1997, p. 149-150), as formas da ação política do Judiciário brasileiro, ou seja, da interação desse Poder com o sistema político, se dá de duas maneiras: 1) no plano das ações políticas, também chamadas ações não jurisdicionais; e, 2) no plano das ações jurisdicionais. A primeira diz respeito ao exercício informal (ou institucionalmente marginal) do Poder Judiciário, como os pronunciamentos de juízes (discursos de posse, declarações à imprensa), os quais são frequentemente complementares às ações jurisdicionais. Já a segunda maneira decorre do exercício da autoridade judicial, de pronunciamentos oficiais dos magistrados no exercício de sua autoridade judicial (por exemplo: despachos, sentenças, decisões liminares).

Como se pode observar, a intervenção do Judiciário poderá se dar antes, durante ou após a elaboração das políticas públicas:

> Em suma, o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação. (TAYLOR, 2007, p. 243)

Não resta dúvidas de que a relação do Judiciário com o sistema político interfere na opinião pública. É certo que, na teoria, o juiz não se desvincula da lei, sejam quais forem as suas opiniões pessoais. No entanto, na prática, tanto juízes quanto políticos emitem pareceres e avaliações na mídia, por exemplo, ao conceder entrevistas, firmando suas posições que são, às vezes, "antagônicas sobre gastos excessivos atribuídos ao Judiciário e 'privilégios' de parlamentares, políticas governamentais, decisões judiciais, princípios como o das 'cláusulas pétreas', 'separação e independência dos poderes' ou sobre reforma institucional." (CASTRO, 1997, p.150)

A motivação dos magistrados na resolução de disputas a respeito de políticas públicas tem sido analisada pela literatura internacional de Ciência Política

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

sob a ótica de três correntes: a atitudinal, a estratégica e a institucional. No Brasil, apenas a corrente institucional parece ter vingado, conforme disposição a seguir:

> A corrente atitudinal é de difícil aplicação devido à complexidade de se estudar as atitudes dos juízes ou ministros em um sistema multipartidário em que as dimensões da disputa política dificilmente podem ser analisadas em um espectro binário. A corrente estratégica refere-se à tentativa dos tribunais de conquistar e de manter seu poder diante da força dos poderes eleitos. Essa corrente já foi amplamente aplicada aos casos mexicano (ver Finkel, 2007) e argentino (ver Helmke, 2002), por exemplo, suscitando a dúvida de por que não teve a mesma popularidade entre os estudiosos do Judiciário brasileiro. Em parte, a resposta se dá pela inversão do caminho comum no caso brasileiro: em vez de ter tido que conquistar seu poder, os tribunais receberam uma abundância de poderes na Constituição e somente depois tiveram que decidir como melhor os utilizar sem provocar reações dos poderes eleitos. Com isso não pretendo afirmar que as motivações estratégicas ou atitudinais inexistam no caso brasileiro ou que essas abordagens não deveriam ser aplicadas a ele, mas simplesmente enfatizar que a abordagem institucionalista parece ter sido a mais útil e produtiva nesse primeiro momento dos estudos do Judiciário pós-1988 por uma série de motivos tanto metodológicos quanto conjunturais. (TAYLOR, 2007, p. 244)

A capacidade do Poder Judiciário "ser mais presente na vida política está diretamente ligada ao grau de importância que a população deposita nas instituições democráticas, ou, mais precisamente, a credibilidade que essa instituição (Poder Judiciário) tem perante o público." (SCHWARTZ, 1966, apud CARVALHO, 2004, p. 123) O fato é que tanto os métodos formais, quanto os informais utilizados por esse Poder são capazes intervir no ciclo de políticas públicas, seja acelerando, retardando ou decidindo aspectos a elas inerentes.

3.2. A judicialização da política

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A relação do Judiciário com as políticas públicas vai além dos meios formais e informais de interferência desse Poder no processo de elaboração e implementação de políticas públicas. Atualmente, o Brasil passa por um processo de judicialização da política que se refere à "reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição." (VALLINDER; TATE, 1995, apud CARVALHO, 2004, p. 115) Para alguns, ao realizar essa revisão, o Poder Judiciário estaria, de certa forma, majorando seu poder em detrimento dos demais Poderes.

A judicialização da política é um fenômeno crescente, sendo hoje recorrente nos tribunais. Cada vez mais, o Judiciário vem sendo provocado para decidir questões políticas, "que não exigem somente o uso de sua competência habitual, mas também uma compreensão abrangente relativa à política estatal e à definição de limites e parâmetros para a atuação governamental." (MACIEL, 2012, p. 118) O controle de políticas públicas deve ser feito nos moldes constitucionais, ou seja, "o Judiciário está legitimado a fazer cumprir a Constituição, seja determinando medidas ao Executivo, seja inibindo ações inconstitucionais deste." (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014, p. 39)

O debate sobre a judicialização da política pode ser expresso de duas maneiras: a) a normativa; e, b) a analítica. A primeira diz respeito à supremacia da Carta Magna em relação as decisões parlamentares majoritárias. Já a segunda está preocupada "com o ambiente político e institucional, com as 'polias e engrenagens' do processo político em questão. Portanto, está preocupada em como definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política." (CARVALHO, 2004, p.116) Essa segunda abordagem é a que tem sido mais estudada pela doutrina, pois o viés normativo é indiscutível, uma vez que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico, não podendo ser contrariada sob pena de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que lhe seja contrário.

Segundo Ernani Rodrigues Carvalho (2004, p. 117-120), a situação do Brasil é favorável a esse processo de judicialização da política, uma vez que possui as condições propícias para esse fenômeno, como por exemplo: a) ser uma democracia; b) ter como princípio constitucional a separação de poderes; c) pela existência de direitos políticos formalmente reconhecidos pela Constituição; d) a utilização dos tribunais pelos grupos de interesse, ajuizando, por exemplo, Ações Diretas de Inconstitucionalidade; e) o uso dos tribunais pela oposição; e; f)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

inefetividade das instituições majoritárias. No caso brasileiro, quase todas essas condições políticas estão presentes, embora não ocorram simultaneamente.

Constitucionalmente, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF), processar e julgar, originariamente "a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal", nos termos do artigo 102, I, "a" da CF/88. (BRASIL, 1988, p.1) O rol de legitimados para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade está disposto no art. 103 da CF/88. Nesse contexto, como constitucionalmente legitimados, a oposição e os grupos de interesse têm se utilizado desse meio constitucional para questionar conflitos políticos, desvirtuando o instituto. Dados estatísticos disponíveis no site STF, bem como estudos de Carvalho (2004, p.118-120), demonstram significativo aumento no quantitativo desse tipo de ação, como instrumentos de defesa dos interesses dos grupos citados.[1]

Por fim, é importante traçar uma distinção entre judicialização da política e o chamado ativismo judicial. Embora o ativismo judicial não seja foco deste estudo, tem sido um conceito recorrente na dinâmica do Poder Judiciário, cabendo aqui apenas apresentar a distinção doutrinária desses conceitos, conforme a seguir:

> O ativismo, embora semelhante à judicialização, dela difere porque se relaciona com o comportamento e com a postura do Magistrado, da forma como atua perante os casos que lhe são postos à apreciação. Ou seja, o ativismo reflete-se como uma forma de atuação, como "uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição", seja anulando atos legislativos, seja no controle de constitucionalidade. Tal característica pode até mesmo ser de toda a Corte julgadora, mas, em princípio, é o reflexo da atitude de cada juiz. A judicialização, de outro modo, é um fenômeno político-social, um processo por meio do qual assuntos que não são da esfera do Poder Judiciário sejam levados a ele para serem decididos. Portanto, a judicialização e o ativismo não se confundem. Enquanto este é uma postura, uma forma de agir de cada Magistrado no momento de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> proferir sua decisão, aquela é um fenômeno, uma realidade dos atos na sociedade. (MACIEL, 2012, p. 115)

Pelo exposto, com a expansão do Judiciário e a judicialização da política, "o governo, além de negociar seu plano político com o parlamento, tem que se preocupar em não infringir a Constituição." (CARVALHO, 2004, p.115) O Poder Judiciário brasileiro quase sempre foi coadjuvante, por ser teoricamente considerado neutro na seara política e apesar do maior protagonismo que recebeu com o advento do Estado social, terá que continuar lidando com o desafio de adaptar sua "estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e sua jurisprudência às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade marcada por profundas contradições econômicas", dando respostas efetivas à sociedade e buscando adequar sua influência no relacionamento com as políticas públicas. (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014, p. 37)

4. CONCLUSÃO

O exame das instituições demonstra que essas são relevantes, pois são capazes de regular as escolhas coletivas, orientando o funcionamento da política. No Brasil, as instituições formais, que definem os padrões de relacionamento, fixando-os em regulamentos e leis, abrangem dentre outras, o Poder Judiciário.

Nos últimos anos, especialmente após a Constituição Federal Brasileira de 1988, tem sido mais recorrente o estudo da relação do Poder Judiciário com as políticas públicas, principalmente diante de sua capacidade de intervir no ciclo de políticas públicas. Além disso, a questão da judicialização da política é outro tema de suma importância na atualidade.

Em relação à influência do Poder Judiciário no processo de elaboração de políticas públicas, é fato que vivemos em meio à era da informação, em que a midiatização, a transparência e o acesso à informação são tendências inevitáveis. No entanto, cabe aos membros desse Poder se abster de utilizar mecanismos informais de influência, como tecer comentários na mídia sobre determinada política pública, para manter a lisura e imparcialidade do andamento processual, pois, de fato, o Poder Judiciário tem o condão de acelerar, postergar ou arquivar demandas envolvendo políticas públicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

No caso da judicialização da política, o grande desafio é lidar com esse fenômeno sem que essa via constitucionalmente legítima seja utilizada como mecanismo para dirimir conflitos políticos. O que se verifica, na prática, é uma multiplicação de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, movidas pelos mais diversos legitimados, como mero instrumento de pressão para fazer valer visões políticas contrárias, desvirtuando o instituto. Uma possível alternativa, nesse sentido, seria a revisão do rol de legitimados para a propositura desse tipo de ação, constante no art. 103 da CF/88. Talvez um maior rigor desse dispositivo, com o estabelecimento de percentuais mais acentuados de representatividade para determinadas entidades legitimadas, por exemplo, possa propiciar o uso adequado do Judiciário no controle das políticas públicas e do processo político em geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 89-105, 2003.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. Intervenção do judiciário nas políticas públicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14015>. Acesso em 12 out 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

HAYASHI, Renato. O ciclo de políticas públicas: uma síntese epistemológica. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5030, 9 abr. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55955>. Acesso em: 7 out. 2018.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MACIEL, Larissa Barreto. A judicialização da política e o papel do STF no estado democrático de direito. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 113-132, 2012.

NATALINO, Enrique Carlos. O papel das instituições e das ideias nas escolhas de políticas públicas. **Estudos Legislativos**, Porto Alegre, ano 10, n. 10, p. 88-115, 2016.

NORTH, Douglass C. ***Institutions, Institutional Change and Economic Performance***. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PERES, Paulo Sérgio. Comportamento ou instituições? A evolução histórica do neo-institucionalismo da ciência política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, n. 68, p. 53-71, 2008.

RAEDER, Sávio. Ciclo de políticas: uma abordagem integradora dos modelos para análise de políticas públicas. **Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13, p. 121-146, 2014.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 36-50, 2014.

RODRIGUES, João Pedro Pinheiro. A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Conteúdo Jurídico**, Brasilia, 2017. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588507&seo=1>. Acesso em: 12 out. 2018.

SILVA, Emílio Borges e. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 3, p. 53-76, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, 2006.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

WITT, Aracy. Importância e aproveitamento da organização informal. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 3, p. 203-212, 1969.

---

[1] Para informações detalhadas das estatísticas com quantitativo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por legitimados, vide http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO: REGRESSIVA E PROGRESSIVA. CONCEITOS, SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA E RELEVÂNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

VICENTE FÉRRER DE ALBUQUERQUE JÚNIOR: Procurador da Fazenda Nacional. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Processual Civil. Bacharel em direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

Resumo: Com a crise econômica de 1929, iniciada nos Estados Unidos da América, o modelo de Estado Liberal sofre sua grande derrocada, alterando a livre regulamentação do mercado pela intervenção do Estado na economia, com respeito ao interesse público. Nesse diapasão, emerge o Estado do Bem-Estar Social, que adquiri uma força ainda maior no período pós-guerra, na segunda metade do século XX, trazendo um viés de atuação positiva bastante acentuada, com a população cobrando ações efetivas da Administração Pública para a resolução dos problemas comuns. Bem por isso, a tributação ganhou uma importância crescente, aliando a proteção aos direitos do cidadão com a necessidade arrecadatória do estado, visando à consecução do bem comum. Visto isso, a responsabilidade tributária por substituição, como forma de concentração da incidência tributária num único sujeito passivo, mesmo diante de uma produção em escala, reduz a possibilidade de evasão fiscal e, consequentemente, incrementa a arrecadação estatal. Atento a realidade, o legislador brasileiro disciplinou a figura do responsável tributário como sujeito passivo da obrigação tributária principal, por disposição em lei, atribuindo a terceira pessoa, relacionada ao fato gerador, responsabilidade pela obrigação tributária. Consolidou-se, assim, a responsabilidade tributária, principalmente na sua via por substituição, com fundamento na atual Constituição da República, no art. 150, § 7º, amparado na disposição genérica do art. 128, do CTN.

Palavras-chave: Responsabilidade Tributária por substituição. Regressiva e progressiva. Administração Fiscal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relação jurídico-tributária 2.1. Breve consideração da necessidade de tributar. 2.2. Relação jurídico-tributária: Hipótese de incidência, fato gerador, obrigação tributária e credito tributário. 2.3. Obrigação tributária: sujeitos ativo e passivo, objeto e causa. 2.4. Responsabilidade Tributária por substituição e por transferência. 3. Responsabilidade tributária por substituição: progressiva e regressiva. 3.1. Substituição tributária regressiva, antecedente ou para trás. 3.2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Substituição tributária progressiva, para frente ou subsequente. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia.

---

1. Introdução

No Direito Tributário, pelo próprio conceito de tributo, presente no artigo 3º, do CTN, como uma *"prestação pecuniária compulsória"*, houve vários métodos de burla a legislação, na forma de pagamento de tributos no valor inferior ao efetivamente devido ou mesmo o não recolhimento. Nessa seara, a linha de produção complexa, com várias atividades, de contribuintes distintos, para a produção final, acabava por gerar uma perda de tributos, por evasão fiscal, na linha de montagem do produto, quando não se onerava de sobremaneira um ou alguns dos empresários da linha de produção.

Otimizando o sistema tributário, por disciplina jurídica, definiu-se dois conceitos distintos para o sujeito passivo da responsabilidade tributária: o contribuinte e o responsável. Bem delimitados no CTN, consoante § Ù do art. 121, o conceito de responsável é negativo, exclui o de contribuinte, sendo este a pessoa com responsabilidade direta e pessoal que a situação de constituição do fato gerador; sendo aquele alguém que não constitua a condição de contribuinte e que tenha sua responsabilidade decorrente de disposição legal.

Nesse sentido, a responsabilidade tributária adquiriu status constitucional, prevista expressamente no art. 150, § 7º, do Texto Maior. Celeuma não haverá, portanto, para identificar o responsável e o contribuinte, este como sujeito passivo direto que consequentemente realiza o fato gerador, já esse é sujeito passivo indireto, por não ter relação de natureza econômica direta e pessoal com o fato gerador.

Tradicionalmente, o CTN classifica a responsabilidade em três divisões distintas, quais sejam a responsabilidade: dos sucessores (art. 129 a art. 133); dos terceiros (art. 134 e art. 135) e por infrações (art. 136 a art. 138). Não obstante, há outra classificação, quanto ao *"...momento em que surge o vínculo jurídico entre a pessoa designada por lei como responsável e o sujeito ativo do tributo..."* **[1]**, dividindo-se em responsabilidade: por substituição ou por transferência. Esta ainda comporta três subdivisões de responsabilidade: por solidariedade, dos sucessores e a de terceiros.

Não obstante, a responsabilidade tributária por substituição é o cerne da pesquisa, pois, aqui, o terceiro (substituto) já se coloca no lugar do contribuinte (substituído) antes da ocorrência do fato gerador, por imposição da lei, onde a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

obrigação tributária principal, desde o seu nascedouro, fica com o responsável, desonerando o contribuinte.

2. Relação jurídico-tributária.

2.1. Breve consideração da necessidade de tributar.

De proêmio, no final do século XVIII, o estado pós Revolução Francesa eclode numa ideia de Estado abstencionista, pois se venerava a ausência do ente público, pela face diametralmente oposta do absolutismo monárquico então vigente, onde o Estado se confundia com a própria realeza, seus administradores. Bem por isso, a liberdade surge na primeira dimensão dos direitos fundamentais, de forma vertical, liberdade dos cidadãos frente a administração pública. Já no início do século XX, tem-se a concretização dos direitos sociais, representados pela igualdade, mesmo que formal, entre os cidadãos e o pensamento fraterno internacional, ligado a cooperação entre os Estados Soberanos para o bem-estar comum, perfazendo-se a segunda e terceira dimensão de direitos fundamentais, respectivamente.

Com isso, o Estado começa, principalmente pós-segunda guerra mundial, a ser cobrado pela realização de programas intervencionistas, melhorando a qualidade de vida pela disponibilidade de serviços públicos acessíveis a todos que deles necessitassem. Tendo em análise a necessidade do novo Estado do Bem-estar Social, a Administração Tributária ganhou importância ainda maior, pois os tributos são a maior fonte de receita para a realização do bem comum, os equipamentos públicos.

Nessa toada, os Fiscos nacionais passaram a dispor de mecanismos mais eficazes para evitar a evasão de receitas fundamentais para a prestação dos serviços coletivos, trazendo inovações para o direito tributário.

2.2. Relação jurídico-tributária: Hipótese de incidência, fato gerador, obrigação tributária e credito tributário.

Diz-se que será devido o tributo quando verificar-se no mundo fático a realização da hipótese de incidência. Conforme legislado, a obrigação tributária será dividida em principal e acessória; esta deriva da legislação tributária e consiste numa obrigação de fazer ou não fazer do sujeito passivo, já aquela surge com a ocorrência do fato gerador, tendo por função o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, §§ 1º, 2º e 3º, CTN).

A hipótese de incidência, por sua vez, é definida como *"...o momento abstrato, previsto em lei, hábil a deflagrar a relação jurídico-tributária"* **[2]**. É um conceito abstrato que liga a ideia do legislador a fatos do mundo fenomênico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

observados no cotidiano das interações sociais, nascendo daqui a obrigação tributária.

Por outro lado, o fato gerador do tributo marca sua natureza jurídica específica (art. 4º, CTN), este é o fato imponível, em concreto e definido em lei. Dele surge a obrigação tributária, seja a principal, de pagar o tributo e decorrente de lei em sentido estrito, seja a acessória, impondo-se a prática ou abstenção de um ato que não se caracterize como obrigação principal, dado seu caráter de subsidiariedade.

Esclarecedoras as palavras do professor Ricardo ALEXANDRE[3]: *"para o surgimento do vínculo obrigacional, é necessário que a lei defina certa situação (hipótese de incidência), que, verificada no mundo concreto (fato gerador), dará origem à obrigação tributária."*

Verificada a obrigação tributária será necessário constituir o crédito tributário, pelo procedimento administrativo do lançamento, momento que confere exigibilidade para a relação jurídico-tributária. O lançamento é um procedimento complexo, conforme delimita o art. 142 do CTN[4], possui várias finalidades legais, mas também é o instrumento adequado para constituir o crédito tributário e declarar a ocorrência da obrigação tributária, em atividade vinculada e obrigatória, transformando-se em obrigação líquida. Nessa toada, o crédito tributário decorrerá da obrigação tributária principal, assumindo sua natureza (art. 139, CTN).

Constituído o crédito tributário, pelo lançamento, que declara a existência da obrigação tributária, estará determinada a matéria tributável, em valor líquido, com o sujeito passivo específico, seja como contribuinte ou responsável tributário.

2.3. Obrigação tributária: sujeitos ativo e passivo, objeto e causa.

Nessa toada, constada a hipótese de incidência e o fato gerador, tem-se a formação da obrigação tributária, com seus elementos caracterizadores próprios, definindo o credor e devedor da relação jurídico-tributária.

Inicialmente, tem-se o sujeito ativo como aquele a quem é conferido a prerrogativa de cobrar a dívida tributária, o *"lado credor da relação intersubjetiva tributária"* ***[5]***. Em suma, será a pessoa jurídica de direito público com competência para exigir o cumprimento do tributo (art. 119, CTN), de atuação vinculado, ou seja, verificado o fato gerador e a hipótese de incidência estará caracterizada a obrigação tributária, obrigando-se a declará-la e constituir o crédito pelo procedimento administrativo do lançamento. O sujeito ativo poderá ser classificado como direto ou indireto. Este, quando a capacidade tributária ativa, de arrecadação e fiscalização tributária, são transferidas para entes parafiscais; aquele se caracteriza quando o

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

próprio ente tributante, titular da competência tributária e consequente poder legiferante de instituição do tributo, exerce as funções de arrecadar e fiscalizar.

Por outro lado, o sujeito passivo é justamente aquele de quem se cobra a exação tributária, ou seja, o *"lado devedor da relação intersubjetiva tributária, representado pelos entes destinatários da invasão patrimonial na retirada compulsória de valores, a título de tributos."* **[6]**. Daí, tem-se a distinção entre responsável e contribuinte. Este possui relação direta e pessoal com a situação constituinte do fato gerador, já aquele, em disposição subsidiária quanto ao contribuinte, terá sua obrigação decorrente de previsão expressa em lei (art. 121, § Ú, inc. I e II, CTN). Importante lembrar que as convenções particulares não serão opostas ao fisco no sentido de alterar a sujeição passiva tributária (art. 123, CTN), pois seria uma ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária a alteração do polo passivo da obrigação tributária por mera convenção particular, somente sendo válidas e tendo eficácia no âmbito do direito privado, não oponíveis ao Fisco.

Quanto ao objeto da obrigação tributária, este será a própria prestação a ser adimplida pelo sujeito passivo. Diz-se principal quando for o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, uma obrigação de dar, equivalendo *"à prestação a que se submete o sujeito passivo diante do fato imponível deflagrador da obrigação tributária"* **[7]**, de cunho pecuniário. Será instrumental ou acessória quando encerra numa obrigação de fazer ou não fazer para o sujeito passivo, de cunho não pecuniário.

Por fim, causa da obrigação tributária é o vínculo jurídico motivador do evento obrigacional que se estabelece entre o sujeito ativo e o passivo, definidos pela lei ou legislação tributárias. A obrigação principal será estabelecida por lei em sentido estrito, em atenção ao princípio da estrita legalidade, enquanto a acessória poderá ser estabelecida por disposição em legislação tributária, por se tratar de uma mitigação da legalidade estrita.

Frise-se, quanto a figura do responsável, que este não possui relação direta e pessoal com o fato gerador da exação tributária, sendo, em verdade, terceiro indicado por lei para efetuar o pagamento do tributo, nesse sentido *"integra a relação jurídico-tributária como devedor de um tributo, sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador"* **[8]**. Entretanto, não cabe uma definição arbitrária do sujeito passivo da obrigação tributária, devendo esta terceira pessoa, responsável, estar vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação (art. 128, CTN), exigindo expressa disposição legal.

2.4. Responsabilidade Tributária por substituição e por transferência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A complexidade da cadeia produtiva, principalmente para a incidência de tributos plurifásicos[9], como IPI e ICMS, fez com que o legislador criasse mecanismos para facilitar o controle da arrecadação o cálculo e a fiscalização perante o sujeito passivo da obrigação tributária. Com isso, pensou-se em otimizar a arrecadação, transferindo a cobrança de tributo do autor direto do fato gerador (sujeito passivo direto) para direcioná-lo ao responsável tributário (sujeito passivo indireto).

Conforme explica o professor Hugo de Brito Machado[10], *verbis:*

> "...no Direito Tributário a palavra responsabilidade tem um sentido amplo e outro restrito. (...) Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do Fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. (...) Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do Fisco de exigir a prestação respectiva."

A responsabilidade tributária poderá se caracterizar desde ou após a ocorrência do fato gerador, dizendo-se por substituição ou por transferência, respectivamente.

Estará caracterizada a responsabilidade por transferência quando *"por expressa previsão legal, a ocorrência de um fato, posterior ao surgimento da obrigação, transfere a um terceiro a condição de sujeito passivo da obrigação tributária, que até então era ocupada pelo contribuinte."* ***[11]***. Há uma mudança na sujeição passiva da obrigação tributária, já realizada com a ocorrência do fato gerador, não se desprezando a presença do contribuinte, que terá sua responsabilidade excluída ou mantida de forma de forma supletiva (art. 128, CTN). Nesse parâmetro, de responsabilidade supletiva do contribuinte quanto ao responsável, esta poderá ser dividida em responsabilidade: solidária, dos sucessores ou de terceiros.

De início, há responsabilidade solidária quando cada um dos devedores (contribuinte e responsável) respondem pela dívida no todo, ou seja, pode-se exigir de cada um dos coobrigados o cumprimento da obrigação. A solidariedade advirá de determinação legal ou do interessa comum que advém da situação constitutiva do fato gerador (art. 124, CTN).

Por outro lado, vislumbra-se a responsabilidade dos sucessores quando o sujeito passivo direto desaparece, por um dos motivos previstos em lei para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

caracterizar a sucessão tributária, sendo o responsável pela dívida o sucessor, por transmissão *mortis causa*, quando será transferido aos herdeiros por responsabilidade pessoal, ou *inter vivos*, quando será transferida a obrigação ao adquirente, respondendo pelos fatos geradores ocorridos antes do ato ou fato que marcou a sucessão.

Posteriormente, a responsabilidade de terceiros se prende *"...no dever de zelo, legal ou contratual, que certas pessoas devem ter com relação ao patrimônio de outrem..."* ***[12]***. Aqui, percebe-se a transferência do dever de pagar do contribuinte para o responsável, por este ser administrador ou gestor da vida econômica e patrimonial daquele, numa responsabilidade subsidiária, apesar do disposto no *caput* do art. 134 do CTN trazer esta responsabilidade como solidária, numa falta de técnica jurídica do legislador, já que dispõe de benefício de ordem, devendo primeiro ser acionado o contribuinte para, então, se frustrado o adimplemento, poderá pleitear o pagamento pelo responsável tributário.

Não obstante, a previsão do art. 135 do CTN, que dispõe sobre a responsabilidade de terceiro quando restar caracterizada sua atuação irregular, será caso de responsabilidade por substituição, pois o dever de responsabilidade se apresenta concomitante com o fato gerador. Portanto, trata-se de responsabilidade pessoal e exclusiva, mas não solidária[13], decorrentes de atos cometidos por mandatários, prepostos, empregados, diretores ou gerentes (art. 135, incs. I, II e III, CTN) com excesso de poderes ou infração legal na relação jurídico-tributária.

Por conseguinte, a responsabilidade tributária por substituição tem na sua principal fonte legitimadora índole constitucional, expressa no art. 150, § 7º da Lei Maior. Assim, pela simplificação e incremento na arrecadação tributária, combatendo a evasão fiscal, vê-se a importância do instituto da responsabilidade tributária.

3. Responsabilidade tributária por substituição: progressiva e regressiva.

3.1. Substituição tributária regressiva, antecedente ou para trás.

Conforme é sugerido pela classificação, aqui, o fato gerador ocorre no antecedente, perfazendo a obrigação tributária e constituindo seu credito, postergando o pagamento para frente, em outra etapa da cadeia produtiva, conforme ensina Ricardo Alexandre[14]:

> "...ocorre nos casos em que as pessoas ocupantes de posições anteriores nas cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições posteriores nessas mesmas cadeias.(...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Por fim, perceba-se que as pessoas que ficaram 'para trás' na cadeias de produção e circulação são substituídas por aquelas que estão mais à frente nessa cadeia. Vale dizer, a terminologia consagrada qualifica a substituição como 'para frete' ou 'para trás' sob a ótica do substituído, e não do substituto."

Desse modo, há uma postergação no pagamento do tributo, já que o fato gerador ocorreu num momento pretérito, enquanto o pagamento é adiado para um momento posterior da cadeia produtiva. Com o diferimento do momento do pagamento tributário o Fisco diminui o número de sujeitos passivos para exercer a fiscalização e concentra o recolhimento tributário para outra etapa da cadeia produtiva, já fixada em lei.

Numa visão prática, imagine-se um conjunto de dezenas de pequenos produtores rurais que vendem seus produtos diretamente para uma grande indústria, responsável por seu processamento e transformação em bens de consumo. O fato gerador, por exemplo, de um tributo plurifásico, já será a venda do produto rural dos pequenos produtores para a indústria, entretanto, seu pagamento será diferido para a próxima etapa da cadeia produtivo, quando a indústria beneficiar e processar o produto bruto. Assim, o pagamento do tributo incide nesta primeira relação de compra e venda poderá ser pago somente na segunda negociação, quando a indústria fornecer ao varejista ou atacadista, assim até o consumidor final.

Neste modelo, os pequenos produtores rurais, em grande número, com poucos recursos e quase nenhum conhecimento técnico-tributário são dispensados do recolhimento, apesar da ocorrência do fato gerador. Assim, a lei tributária prevê que a indústria substitua os vários pequenos agricultores como devedor dos tributos incidentes sobre a alienação feita ele mesmo, na condição de responsável tributário, enquanto os produtores rurais são os contribuintes. Por certo, facilita-se a negociação do pequeno produtor rural, que não dispõe de apoio jurídico-contábil para o recolhimento da exação; além disso, potencializa a arrecadação tributária, tendo um único sujeito passivo para fiscalizar e fazer a cobrança de tributos oriundos de fatos geradores distintos, com sujeitos passivos diferentes.

Esta substituição tributária atende a uma conveniência da Administração Fiscal, facilitando não só o recolhimento, como também a fiscalização do pagamento da exação tributária no valor devido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Sem dúvida, pela substituição tributária o Fisco incrementa sua receita e potencializa sua atuação no combate a práticas evasivas, além de incentivar os pequenos produtores, que, por regra, não dispõe de apoio jurídico para realizar suas atividades.

3.2. Substituição tributária progressiva, para frente ou subsequente.

Diferentemente da responsabilidade por transferência, aqui, presume-se um fato gerador futuro, que poderá ocorrer, antecipando-se o recolhimento do tributo, cobrado com fundamento na base de cálculo presumida, em momento anterior ao fato gerador. Apesar de contestada a sua constitucionalidade, pois violaria princípios como a segurança jurídica, estrita legalidade, tipicidade tributária, capacidade econômica e outros, a substituição tributária progressiva possui respaldo constitucional, inserido pela EC nº 3/1993, acrescentando o art. 150, § 7º, embora, mesmo antes do dispositivo constitucional, o STF e STJ já davam guarida ao instituto.

Didática é a explicação do professor Ricardo Alexandre[15], para quem a responsabilidade por substituição progressiva ocorrerá nos casos em que *"...as pessoas ocupantes das posições posteriores das cadeias de produção e circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, por aquelas que ocupam as posições anteriores nessas mesmas cadeias."*. Na sistemática, concentra-se o pagamento dos tributos de toda a cadeia produtiva, mesmo que só tenha sido verificado o primeiro fato gerador, realizado o cálculo do valor total sobre o montante que se presume vendida a mercadoria ao consumidor final, definido mediante o regime de valor agregado, legislado no art. 8º da LC 87/96, observado o caso concreto. Observe-se, ainda, que o modelo do valor agregado, estabelecido para a cobrança do ICMS antecipado, não se confunde com o de pauta fiscal[16], reconhecido ilegal pelo STJ.

Em consequência, não vale confundir a monofasia, incidência única do tributo, com a substituição tributária progressiva, como assevera Eduardo Maneira[17]:

> "Em primeiro lugar vamos distinguir monofasia da 'substituição tributária para a frente plena', cuja aplicação somente é possível nos casos de tributos plurifásicos submetidos à não-cumulatividade. Na substituição tributária para a frente plena haverá, como ocorre com a monofasia e daí a possibilidade de serem confundidas, um único recolhimento. É o caso da refinaria substituir a distribuidora e o posto de gasolina no ICMS, nas operações com combustível.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> O recolhimento é único na base, na refinaria, mas o cálculo deste imposto levou em consideração a ocorrência de todas as operações. A refinaria recolhe na condição de contribuinte pela primeira operação, da sua venda para a distribuidora e depois recolhe na condição de substituta sobre as outras operações. Na monofasia, ao contrário, tributa-se apenas uma operação; monofasia significa incidência única. A tributação monofásica é antagônica à plurifasia e por via de consequência à substituição. É também diferente de cumulatividade. Contudo, somente existe monofasia se o legislador escolher um determinado agente econômico e somente tributá-lo na alíquota normal. A escolha de uma alíquota maior que proteja algumas operações futuras com incidência única é substituição tributária disfarçada e perversa, eis que sem direito à restituição na hipótese de uma das operações futuras não se realizar."

Por certo, na substituição tributária para frente há o pagamento antecipado do tributo, não ocorre o recolhimento do tributo antes de ocorrido o fato gerador, não antecipa a incidência tributária, só verificada com o fato gerador, apenas se antecipa o pagamento.

Noutro ponto, caso não se realize o fato gerador presumido, o responsável tributário, que antecipou o pagamento, terá garantida a preferencial e imediata restituição da quantia paga (art. 150, § 7º, CRFB/88). Assim, o responsável que realizou inicialmente o pagamento antecipado, se não ocorre o fato gerador presumido, no final da cadeia produtiva, geralmente pela venda do produto ao consumidor final, será cabível a restituição do valor antecipado, já que não ocorrido o fato gerador.

Interessante notar que o dispositivo constitucional, em disposição expressa, atrela a substituição progressiva a impostos e contribuições, excluindo-se taxas, empréstimo compulsório e contribuição de melhoria da sistemática do fato gerador presumido. Também, aqui no mesmo viés da substituição regressiva, concentra-se o pagamento, no caso da substituição progressiva a antecipação do pagamento, a um sujeito passivo, por disposição legal, estabelecido como responsável tributário, dinamizando a arrecadação tributária e a atuação fiscalizatória do Fisco.

4. Considerações Finais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na esteira do novo conceito de Estado de Bem-Estar Social, principalmente no período Pós-Segunda Guerra Mundial, altera-se a ideia de abstencionismo, onde a função do Estado era garantir a liberdade do cidadão, sem interferir na convivência social, para um Estado intervencionista, de atuações positivas, no sentido de alterar a realidade social com a prestação de comodidades com o objetivo de garantir a igualdade entre os cidadãos.

Com essa nova característica, pela cobrança da própria sociedade por uma atuação intervencionista, o ente estatal necessita de fonte financiadora, que lhe garanta recursos públicos para serem aplicados. Nesse espaço, a arrecadação de tributos adquiri grande importância, seja pelas vultosas quantias arrecadadas ou pela legitimidade de apropriar-se de parte do patrimônio particular com o respaldo em atividades para a coletividade.

Por conseguinte, a relação jurídico-tributária adquiriu relevância e atenção, tanto do Estado tributante quanto do cidadão contribuinte. Para tanto, o legislador brasileiro criou mecanismo de arrecadação e fiscalização tributárias garantidores do implemento de receita para os cofres públicos. Nessa toada, definiu-se que ocorrida a hipótese de incidência e o fato gerador estaria realizada a obrigação tributária, sendo função do lançamento tributário declarar sua existência e constituir o crédito tributário, em procedimento de arrecadação vinculada.

A obrigação tributária formada possui os seus sujeitos passivo e ativo, bem como a causa e o objeto. Atentando-se ao sujeito passivo, quando estiver com elação direta e pessoal com o fato gerador tributário será denominado contribuinte; lado outro, quando for terceiro, não realizador direto do fato gerador, mas indicado por lei para adimplir o crédito tributário será indicado como responsável tributário.

Assim, no bojo de uma cadeia produtiva complexa, especialmente para incidir a tributação nos impostos plurifásicos, o legislador criou o mecanismo da responsabilidade tributária, concentrando num único responsável a arrecadação de tributos originários de diversos fatos geradores, de outros sujeitos passivos, estes os contribuintes. Dessa forma, a responsabilidade será classificada de acordo com o seu momento de caracterização, se desde a ocorrência do fato gerador a obrigação já estava com o responsável trata-se de responsabilidade por substituição; por outro lado, se a obrigação nasce com o contribuinte e, por expressa previsão legal, após a ocorrência do fato gerador, transfere-se ao responsável estará caracterizada a responsabilidade por transferência.

Especificamente, quanto a responsabilidade por substituição, esta ainda poderá ser classificada como progressiva ou regressiva, tendo-se como parâmetro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

a posição do substituído na cadeia produtiva. Teremos a substituição regressiva quando, ocorrido o fato gerador, posterga-se seu adimplemento, com o recolhimento do valor aos cofres públicos, para a etapa seguinte, por disposição legal, otimização a atuação fiscalizatória do fisco. Por outro lado, será progressiva a substituição, este com previsão constitucional, sempre que houver o recolhimento do tributo antes mesmo da ocorrência do fato gerador, presumindo-se que este ocorrerá nas próximas etapas da cadeia produtiva, definindo seu valor sobre o montante previsto para a venda ao consumidor final, pelo valor agregado, não verificando o fato gerador presumido será garantida a preferencial e imediata restituição.

Enfim, a responsabilidade tributária é um importante mecanismo de otimização d arrecadação e fiscalização tributárias. Concentra-se em um responsável o crédito tributário oriundo de diferentes fatos geradores, com diversos contribuintes, facilitando a fiscalização da Administração Tributária, aumentando a arrecadação e reduzindo a evasão.

Bibliografia

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALEEIRO, Eliomar. **Direito tributário brasileiro.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARADA, Kiyoshi. **Curso de direito financeiro e tributário.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direto Tributário.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANEIRA, Eduardo. **Considerações sobre o art. 166 do CTN e a Não-cumulatividade das Contribuições ao PIS e à COFINS**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 124. São Paulo: Dialética, 2006.

MOREIRA, André Mendes. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos.** In: Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual – VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. CARVALHO, Paulo de Barros e SOUZA, Priscila de. São Paulo: Noeses/IBET, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOTAS:

[1] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

[2] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[3] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

[4] Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

[5] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[6] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[7] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[8] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

[9] "É imperioso gizar que a monofasia não se confunde com a intitulada substituição tributária para frente ou progressiva, típica do ICMS. Esta pressupõe a existência de tributação plurifásica, é dizer, incidência do gravame sobre mais de uma etapa de circulação da mercadoria. O substituto concentra em si o dever tributário correspondente a duas ou mais fases – porém, o fato de ser recolhido em um só momento não significa que o tributo seja monofásico. Monofasia equivale a incidência única; plurifasia, em todas as etapas; substituição tributária progressiva é a concentração do dever fiscal em um sujeito passivo, que fará as vezes, para o Fisco, dos demais contribuintes (os quais, se houvesse regular incidência do gravame plurifásico, teriam que fazer a recolha da exação)." (MOREIRA, André Mendes. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos.** In: Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual – VI

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Congresso Nacional de Estudos Tributários. CARVALHO, Paulo de Barros e SOUZA, Priscila de. São Paulo: Noeses/IBET, 2009, pp. 47-88.)

[10] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direto Tributário.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

[11] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[12] SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[13] Súmula 430/STJ: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

[14] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

[15] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 5º ed. São Paulo: Método. 2011.

[16] Súmula 431/STJ: É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime da pauta fiscal.

[17] MANEIRA, Eduardo. **Considerações sobre o art. 166 do CTN e a Não-cumulatividade das Contribuições ao PIS e à COFINS**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 124. São Paulo: Dialética, jan./2006, pp. 43-4.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SAÚDE VERSUS A LIBERDADE RELIGIOSA

RODOLFO SORATO DE ABREU: Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil.

RODRIGO SONCINI DE OLIVEIRA GUENA

(Orientador)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo abordar a disputa entre o direito à liberdade religiosa e à saúde. Muitas vezes esses dois direitos fundamentais estão em conflitos e, na maioria das vezes, cabe ao judiciário resolver o problema. Este artigo não tem o objetivo de adentrar no mérito do direito á vida e se este deve prevalecer diante de uma situação excepcional. O objetivo do presente texto é abordar se o direito à saúde deve respeitar a liberdade religiosa e, se preciso, fazer com que o Estado arque com um tratamento mais caro, tudo em prol à liberdade de crença. Além disso, será analisado diversos posicionamentos a respeito de cada direito fundamental que seja pertinente ao presente texto, desde doutrinas à jurisprudências.

Palavras Chaves: Saúde; Liberdade Religiosa; Direito Fundamental; Constituição Federal.

Abstract: This article aims to address the dispute between the right to religious freedom and health. Often these two fundamental rights are in conflict and, most of the time, it is up to the judiciary to solve the problem. This article is not intended to enter into the merits of the right to life and whether it should prevail in the face of an exceptional situation. The purpose of this text is to address whether the right to health should respect religious freedom and, if necessary, to make the State to argue with a more expensive treatment, all in favor of freedom of belief. In addition, various positions will be analyzed regarding each fundamental right that is pertinent to this text, from doctrines to jurisprudence.

Keywords: Health; Religious freedom; Fundamental right; Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem dos Grupos Sociais. 3. Origem da Constituição. 4. Direitos e Garantias Fundamentais. 4.1. Dignidade da Pessoa Humana. 5. Dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Direitos e Garantias Individuais. 5.1 Direito à Vida. 5.2. Direito à Saúde. 6. Recurso Extraordinário 979742. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos à saúde e à liberdade religiosa são muito consagrados no atual ordenamento jurídico brasileiro. Ao longo das evoluções que nosso direito pátrio sofreu, diversas garantias foram surgindo e outros foram nos deixando, claro que a evolução veio numa tentativa de adequação aos anseios da sociedade.

Mas por vezes, mesmo com toda a importância que existe entre o direito à saúde e à liberdade religiosa, há diversos conflitos entre essas garantias fundamentais, e por se tratarem de direitos consagrados na carta magna é necessária a realização de uma ponderação, onde é preciso decidir qual norma deve prevalecer.

A jurisprudência brasileira diversas vezes teve que lidar com esse tipo de conflito, e, principalmente o STF, vem se utilizando da chamada ponderação, assim acaba decidindo qual direito/princípio deva prevalecer.

E com isso, quando o judiciário se depara com determinado conflito entre normas fundamentais, usa-se a ponderação, até mesmo quando o conflito envolve direitos tão delicados, como a vida e a liberdade religiosa.

2. ORIGEM DOS GRUPOS SOCIAIS

Entre elas temos que explicar a origem dos grupos sociais, momento em que o homem passou a conviver em pequenas comunidades e estas com o passar do tempo, deram origem aos Estados e, a partir desse momento, um ente maior tomou para si a obrigatoriedade de prestar uma vida digna e justa ao povo.

Assim, podemos dizer que o homem nasceu para ser livre, e nos primórdios da história o ser humano formou a mais antiga sociedade, a família. Inicialmente nômades, esses pequenos grupo familiares andavam sempre a procura de alimento e abrigo, e, na maioria das vezes, quando o alimento acabava, o grupo saia a procura de um novo local.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A origem do Estado tal qual o conhecemos remonta as mais antigas passagens de nossa história. Ao longo dos anos, a humanidade, com o desenvolvimento da agricultura e de outros meios de produção, via a necessidade de agrupar-se em pequenas comunidas, pois, eram até então grupos nômades que viajam em busca de alimentos.

Esse foi o processo por centenas de anos. Aos poucos esses grupos foram ficando maiores e acabaram se expandindo por longas faixas de terras, o que fez com que necessitassem de mais recursos, e para consegui-los, começaram a guerrear com outros grupos. Com isso, foram formadas a maiores civilizações que conhecemos, Egito, Mesopotâmia, Pérsia.

Não podemos nos esquecer dos hebreus, eles foram os responsáveis pelo monoteísmo e a lei, em sua sociedade, assumiu um papel divino, um pacto com Deus. Os hebreus são ancestrais dos judeus e israelitas, ambas as descendências possuem uma lei divina. Para os judeus há o Torah, para os israelitas há a o Talmud.

3. ORIGEM DA CONSTITUIÇÃO

Com o surgimento os Estados e com o fim do absolutismo, surgiram as primeiras constituições. A palavra constituição vem do termo constitucionalismo que, em poucas palavras, significa limitação do poder e supremacia da lei. Os Estados modernos têm como ponto em comum uma lei central, responsável por controlar o ordenar todo o sistema jurídico. No Brasil não é diferente. Nossa atual Constituição, promulgada em 1988, é símbolo de grande avanço que ocorreu em nossa sociedade.

Conhecida como constituição cidadã, ela nos concede inúmeros direito e deveres, garantindo uma vida digna e protegida contra qualquer ato arbitrário do Estado. O surgimento da constituição significa o fim dos estados absolutistas e a chegada da democracia, algo novo até então. Em outras palavras, a soberania deixou de ser algo exclusivo da monarquia e passou a pertencer por definitivo ao povo. Este direito está expresso na declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, onde, em seu artigo 6º diz que "a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou pelos seus representantes, à sua formação"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A constituição ocupa, não só espaço de destaque, mas também é a base de para todas as demais normas do sistema jurídico. Assim, "(...) a Constituição se apresenta como fundamento de existência e validade de todas as demais normas jurídicas integrantes de dado sistema normativo. (...)" (TAVARES, 2017 p. 77).

Ao direito constitucional pertencem as normas chamadas "normas superiores" do ordenamento jurídico, todas as demais devem segui-las e ser interpretadas conforme. Segundo Bernardes e Vianna "(...) é ao direito constitucional que se confere a tarefa de dar coesão e unidade sistemáticas ao ordenamento jurídico. Por isso, todos os outros segmentos do direito estão necessariamente conectados ao direito constitucional, implícita ou explicitamente" (BERNANDES E VIANNA, 2015, p. 69,).

Podemos dizer que a Carta Magna é responsável pela produção do Direito dentro do próprio Direito. No Brasil, a superioridade da constituição está preceituada nos artigos 60, 102 e 103, podendo-se acrescentar o art. 23, I, que estabelece ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios zelar pela guarda da Constituição, e o art. 78, que prevê a submissão do Executivo à Constituição e às leis.

4. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrarmos mais ao mérito, importante deixar claro que o STF já se posicionou no sentido de que os direitos e garantias fundamentais não estão limitados ao artigo 5º, mas sim espalhados pelo texto constitucional, estão "expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte". (LENZA, 2014, p. 1058).

São inúmeros os direitos e garantias fundamentais em nossa constituição. Para fins didáticos faremos uma pequena introdução e depois iremos discutir os direitos pertinentes ao presente artigo.

Segundo José Afonso da Silva, citado por André Puccinelli diz que os direitos e garantias fundamentais são prerrogativas do direito e são voltadas a assegurar condições mínimas de existência digna, livre e igual a todos os seres humanos. Os direitos fundamentais são frutos de uma tremenda evolução histórica,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

"eles surgem e se alteram no tempo e no espaço ao sabor das preferências de cada ordenamento jurídico" (PUCCINELLI, 2012, p. 193).

Muito bem. A evolução da constituição está intimamente ligada aos direitos por ela assegurados. Só faz sentido mencionar a superioridade da carta magna se ela for direcionada para a proteção dos direitos fundamentais de todos os membros da sociedade. No tocante à constituição brasileira "a preocupação do constituinte em tal tutela se dá desde o preâmbulo do texto constitucional, quando afirma a "assegurar o exercício dos direitos sociais, e individuais, a liberdade, a segurança"". (FERNANDES, 2011, p. 181).

Mas uma coisa é certa, os direitos fundamentais foram a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Os direitos estão separados em gerações, Paulo Bonavides foi o primeiro a tornar a separação dentro do constitucionalismo que lê os direitos fundamentais a partir de um perfil histórico. Assim, estariam esculpidos de acordo com o gênio polito Francês que os adoto em seus três conteúdos iniciais: liberdade, igualdade e fraternidade.

A doutrina e jurisprudência tem o costume de separar os direitos e garantias fundamentais em dimensões ou gerações. Primeiramente, partindo do lema da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) temos a 1º, 2º e 3º geração.

No início do século XIX surge a **primeira geração** (direitos de liberdade), englobando os direitos civis e políticos. Seu principal titular é o indivíduo e obriga o Estado em um dever de abstenção. Fernandes, citando Paulo Bonavides nos diz que "traduzem-se como faculdades ou atributos das pessoas e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado". (FERNANDES, 2011, p. 186). Temos a marcante passagem de um Estado Autoritário para um Estado Democrático de Direito e um grande respeito as liberdades individuais.

Já no início do século XX temos o surgimento da segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais). O marco inicial é a revolução industrial europeia e da péssima qualidade de vida enfrentada pela população neste período. Ao contrário da primeira geração os direitos de segunda geração necessitam de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

intervenção do Estado em sua prestação e não só isso, é necessário uma regulamentação do mercado de trabalho e assegurar prestações em diversos campos como na educação, saúde etc. Explicando melhor, cito André Puccineli Júnior:

> Historicamente (os diretos de segunda geração) estão ligados à divulgação do manifesto comunista e das ideias de planificação social, bem como à Revolução Industrial e à reivindicação operária por melhores condições de trabalho ganhando significativa expansão e positivação na Constituição alemã de Weimar e em várias outras Cartas dirigentes que surgiram no final do século XIX e início do século XX (PUCCINELI, 2012, p. 191).

Finalmente chegamos aos direitos de terceira geração, eles são responsáveis por envolverem os direitos de fraternidade, voltados para a proteção da coletividade. São marcados por grandes mudanças na esfera internacional. O ser humano passa a integrar uma posição central, inserido junto a uma coletividade passando a ter direitos de fraternidade e solidariedade. Os direitos de terceira geração englobam também a proteção ambiental, conservação do patrimônio histórico e cultural, paz social e combate ao terrorismo. Deixo claro que alguns autores costumam enquadrar algumas desses objetivos em direitos de quarta ou quinta geração.

4.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como dito no item acima, são inúmeros os direitos e garantias fundamentais, mas, no presente artigo, nos atentaremos aos mais relevantes ao tema aqui proposto.

É difícil definirmos um conceito ao principio da dignidade humana, ele não seria algo que sempre existiu, seria algo que foi sendo modificado ao longo do tempo, de forma paulatina. A dignidade da pessoa humana esta consagrada no artigo 1º, inciso III da CF/88. Para muitos doutrinadores é considerada uma norma de valor constitucional supremo, desempenhando enorme papel em um Estado Democrático de Direito. Não serve apenas para fundamentação dos casos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

concretos, mas sim como uma direção para elaboração e interpretação das normas do ordenamento jurídico.

A proteção da dignidade da pessoa humana começou com o fim da Segunda Guerra Mundial, foi uma forma de reação encontrada pelos países ocidentais às barbáries ocorridas no regime nazista e fascista. A pessoa não é mais vista como um simples reflexo da norma jurídico. A dignidade esta tão atrelada no sistema constitucional pátrio que, em qualquer relação, precisa ser observada. Nesse sentido, Marcelo Novelino diz que:

> A consagração da dignidade humana no texto constitucional reforça, ainda, o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. (NOVELINO, p. 448, Método).

A dignidade não é simplesmente um direito, é algo muito além disso, está intrinsecamente ligada ao ser humano, não importando sua origem, sexo, idade etc. Por isso, dizemos que tal princípio é absoluto no sentido de todas as pessoas o terem, mas como todo direito/garantia, encontra limitação, precisando ser aplicado de acordo com o caso e relações jurídicas existentes. Segundo Walber de Moura, citando a constituição Alemã de 1949, a dignidade é a base de todo o ordenamento jurídico, elemento central, não podendo nenhuma norma jurídica infringir seu conteúdo. Cito o referido autor, que diz: "o homem é considerado como o valor mais importante do ordenamento jurídico, tornando-o vetor paradigmático para a interpretação das demais normas e valores constitucionais". (MOURA, p. 165, Forense).

4.1.2. DIGINADADE DA PESSOA HUMANA – CONTEÚDO NORMATIVO

Com certa facilidade podemos identificar as hipóteses de violação da dignidade, como dito logo acima, este direito é intrínseco ao ser humano e sua consagração no direito brasileiro impõe um dever de respeito a todos, inclusive ao poder público. São inerentes ao homem, sem a dignidade o homem se tornaria apenas uma *res*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O dever de respeito – impede a realização de fatos que prejudicam à dignidade. Segundo Marcelo Novelino, há uma violação à dignidade quando o ser humano não é tratado como um fim em si mesmo, mas mero instrumento para se atingir determinado objetivo, o autor diz isso com base na formula do objeto. Explicando melhor, cito o referido autor diz que:

> o dever de repeito à dignidade impede que uma pessoa seja tratada como um meio para se atingir um determinado fim (aspecto objetivo), quando este tratamento for fruto de uma expressão do desprezo por esta pessoa em razão de sua condição (aspecto subjetivo) (NOVELINO, 2014, p. 449).

O dever de proteção – exige uma ação positiva dos poderes públicos em defesa da dignidade. Há a necessidade de participação do legislativo na elaboração de normas adequadas à proteção. O judiciário, a dignidade serve como parâmetro para a interpretação das normas e aplicação do direito ao caso concreto.

O dever de promoção – basicamente ligado à igualdade material. O acesso a bens e serviços indispensáveis a uma vida digna, exigindo uma atuação positiva dos poderes públicos (prestações materiais e jurídicas). Ligado intimamente ao mínimo existencial.

4.1.3. DIGNIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entre o principio da dignidade e os direitos fundamentais há uma relação mútua. Os direitos surgiram como uma exigência da dignidade para se proporcionar um desenvolvimento da pessoa humana.

No entendimento de Marcelo Novelino, a dignidade é o ponto comum entre os direitos fundamentais. Quando alguns direitos fundamentais são reconhecidos, temos uma profunda evolução à dignidade. Quando analisamos os direitos fundamentais, podemos notar que o direito a vida, liberdade e igualdade decorrem de forma direita do principio da dignidade, quanto outros, de forma indireta.

Nossa atual constituição, em seu artigo 5º, assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país direitos e garantias básicas. Não importa o tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

que os estrangeiros permaneçam no país, tem assegurada a integridade de seus direitos básicos.

Desde a revolução francesa (1789), há uma garantia de que o regime constitucional esta associado aos direitos fundamentais, tanto que, segundo o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz que "a sociedade em que não esteja assegurada a garantias dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Com isso, há uma clara indicação do objetivo do governo em relação à Constituição, uma limitação da interferência do Estado no indivíduo.

No Brasil, houve uma grande inovação com a promulgação da CF/88, nosso legislador constituinte colocou os direitos e garantias fundamentais logo após o segundo título (princípio fundamentais), sua real intenção era destacar a importâncias desses direitos no ordenamento jurídico. Além do mais, eles se tornaram normas constitucionais com maior legitimidade perante a sociedade, por isso são clausulas pétreas.

Assim, pode cumprir sua principal função, dar à sociedade uma existência digna. Nas palavras de Walber de Moura Agra:

> "O significado dos direitos individuais e coletivos é propiciar à sociedade uma existência digna, oferecendo ao cidadão condições para o desenvolvimento de suas potencialidades fisicomentais. Em decorrência, o Estado tem limites intransponíveis, devendo respeitar os direitos individuais e coletivos em quaisquer circunstâncias, constituindo essa uma zona de respeito mútuo entre os organismos estatais e a coletividade". (MOURA, p. 226, Forense).

5. DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

A doutrina é unanime no sentido de que a CF/88 é a mais abrangente em relação às garantias fundamentais, trazendo desde direitos clássicos (liberdade) até inovações (defesa do consumidor). Ao colocarmos a carta magna em patamar superior às outras normas, temos o objetivo a proteção dos direitos fundamentais, e no caso do direito brasileiro a preocupação vem desde o preâmbulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estabelecer um conceito para os direitos fundamentais é um papel bem complicado para a doutrina, mas, de forma bem simples, podemos dizer que eles são ao mesmo tempo uma defesa e uma garantia à sociedade. São uma defesa em relação à autoridade do Estado, exigindo dele um não fazer ou não interferir, por sua vez, são uma garantia no sentido de que são assegurados a nós como uma forma de exercício das liberdades.

Ao longo dos anos, as garantias foram adquirindo características próprias, tornando-as praticamente inerentes aos ser humano:

- Imprescritibilidade: Mesmo não sendo utilizados, eles não desaparecem com o decurso do tempo.

- Inalienabilidade: Trata-se da impossibilidade jurídica no indivíduo vender seu direito fundamental. Alguns autores entendem que tal característica esta ligada á dignidade da pessoa humana.

- Relatividade: A maioria da doutrina entende que os direitos fundamentais são relativos, em outras palavras, não podem ser vistos como absolutos. Assim, não seria possível a "ilimitação" de um direito fundamental, pois o próprio direito fundamental encontra limites com outros direitos fundamentais.

Assim, com esse pequeno conceito sobre direitos fundamentais, podemos avançar mais a fundo no tema do presente artigo. Dentro os direitos assegurados pelo artigo 5º

da CF temos o direito à vida e à liberdade religiosa. Focaremos nesses dois direitos, pois eles são os mais pertinentes ao presente artigo.

5.1. DIREITO À VIDA

Assegurado pela carta magna em seu artigo 5º, caput, o direito à vida é o mais básico de todos os direitos, sendo um verdadeiro direito natural. Não podemos confundir inviolabilidade com indisponibilidade. O primeiro, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, significa "a tutela de determinados valores constitucionais contra ação ou omissão de terceiros" (JORGE E NETO, 2013, p. 533), pois tal direito é um pressuposto para o reconhecimento de outros direitos, por isso é fundamental que seja inviolável, já em relação a indisponibilidade tem como alvo

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

o titular do direito em que seu autonomia não pode ser usada para renunciar ao direito constitucionalmente protegido.

O direito á vida é o direito a viver, começando já antes do nascimento e terminando com a morte. A doutrina explica que o direito à vida se divide em duas vertentes:

1 – Direito de permanecer vivo

2 – Direito á uma vida adequada

O direito de permanecer vivo é assegurado pelo estado através da segurança pública, saúde, e do fim da justiça privada, a vida apenas deve cessar por motivos naturais, e não por fatos estranhos ao individuo. Em relação a uma vida adequada está intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana o que inclui cultura, moradia, saúde, etc.

Mas ao falarmos do direito à vida, é preciso definir seu início. Como sabemos, existem inúmeras teorias que sobre o assunto: teoria da concepção, nidição e implementação do sistema nervoso.

A teoria da concepção entende que a existência da vida humana começa desde a concepção, sendo a mais utilizada no direito brasileiro. Por outro lado, a teoria da nidição diz que além da concepção, é preciso ter a fixação do ovulo no útero. Já a teoria da implementação do sistema nervoso exige já necessidade de surgimento de um possível sistema nervoso, não basta a questão genética é preciso que haja no feto alguma característica exclusivamente humana.

Assim, podemos também considerar que o direito à saúde está intimamente ligado ao da vida. Pois, para garantirmos uma vida justa e digna é preciso que haja uma prestação de saúde eficaz do estado. Nesse sentido:

> PACIENTE COM "DIABETES MELITUS" – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> AGRAVO IMPROVIDO. **O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - **O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.** (...) (ARE 685230 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013 - Grifei)

Mas este direito não se resume apenas em permanecer vivo, há também uma liberdade negativa, o direito á vida também está relacionado ao suicídio e não iniciar ou continuar um tratamento médico.

5.2. DO DIREITO À SAÚDE

O direito á saúde sofreu diversas modificações conceituais ao longo dos anos, pois a saúde sofreu diversas intervenções religiosas, sociais e econômicas, mas, para muitos, saúde é basicamente uma construção social e histórica. Contudo, atualmente, o conceito mundialmente adotado é o definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que define saúde como "um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade." (OMS, 1946).

Como sabemos o direito à saúde é um dever do Estado em sua efetivação. Assim, André Ramos Tavares, citando Julio César de Sá Rocha diz:

> A conceituação da saúde deve ser entendida como algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal (TAVARES, 2017, p. 674).

De fato o Estado precisa promover várias políticas sociais destinadas a dar ao polo um acesso universal e igualitário à saúde. Além do mais, não basta o simples acesso, mas é preciso que haja combate e prevenção às doenças, segundo os artigos 166 e 198 da CF/88.

Além de ser um deve do Estado, nossa carta magna expressamente diz, em seu artigo 197, que os serviços de saúde são de relevância pública, ou seja, cabe ao poder público providenciar sua regulamentação e fiscalização. Além disso, houve uma atualização em relação à verba destinada à saúde, assim, segundo a emenda constitucional 86/2015, cerca de 15% da receita líquida união deve ser destinada aos serviços de saúde.

Como sabemos, o direito a um mínimo essencial já está devidamente tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo, segundo Daniel Carlos Neto "como dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e que a reserva do possível é uma mera alegação para se eximir ou protelar o cumprimento das obrigações impostas pela Constituição (...) (NETO, 2017, p. 42).

O direito à saúde é composto por diversos princípios, dentre eles temos o atendimento integral, referindo-se que o serviço deve abranger todas as necessidades do ser humano. Assim, além de todos terem direito à saúde, este direito deve ser prestado da melhor forma possível. Nesse sentido, é o entendimento do TJSP:

> Reexame Necessário. Mandado de Segurança impetrado por portadora de úlcera varicosa. Necessidade de tratamento de oxigenoterapia, prescrito por médico devidamente habilitado. **Dever do Estado de promover o acesso universal à saúde e à vida condigna. Indisponibilidade do direito à saúde**. Inteligência do art. 196 da CF. Segurança

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> concedida em 1º grau. Sentença mantida. Recurso oficial não provido. (TJSP – REEXAME NECESSÁRIO Nº 1014155-44.2016.8.26.0482 – Relator Desembargador Souza Nery – 26/10/2017 – grifei).

Além do mais, em recente decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, houve decisão no seguinte sentido:

> (...) assentou-se nesta Corte o entendimento de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento à paciente destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento (...) (STF - ARE 1192922 - Ministro Ricardo Lewandowski - 21/03/2019).

Assim, podemos dizer que mesmo que determinado medicamento não esteja padronizado pelo SUS, é direito do paciente em tê-lo, não podendo o Estado, por conta disso, não cumprir com sua obrigação. Além disso, o STF, em diversas oportunidades, já determinou o fornecimento de medicamento mesmo não registrado na ANVISA, nesse sentido:

> EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MGRG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (AI 824946 ED / RS - RIO GRANDE DO SUL EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOL, Julgamento: 25/06/2013 Órgão Julgador: Primeira Turma)

Além do STF, a 1ª Turma do STJ também já decidiu no sentido de que "o SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna"[1].

Com isso, temos uma pequena ideia em relação ao posicionamento da jurisprudência em relação ao tema saúde. Mas, em relação ao presente artigo, o debate à liberdade religiosa e direito à saúde chegou ao STF e, atualmente, aguarda julgamento, mas teve sua repercussão geral foi reconhecida pelo plenário do tribunal. Analisaremos melhor o assunto logo em seguida.

6. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979742

A discussão referente aos direito à saúde e á liberdade religiosa chegou ao STF. Basicamente, o objetivo da suprema corte é decidir se a liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado.

Segundo o site do próprio STF, o recurso foi interposto pela União contra o acórdão que condenou a custear procedimento indisponível na rede pública, tendo em vista que a religião do paciente (testemunha de Jeová) proíbe transfusão de sangue. Para fins didáticos, segue e emente que reconheceu a repercussão geral:

> Ementa: Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Direito à saúde. Custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Repercussão geral. 1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> transfusão de sangue. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. 3. Repercussão geral reconhecida. (STF - RE 979742 - Relator: Min. Roberto Barroso - Julgado em 29/06/2017).

Os recorrentes utilizaram-se de vários argumentos na tentativa de reformar a sentença, mas sem sucesso. O acórdão recorrido foi claro no sentido de preservar o direito à liberdade religiosa. Além do mais, o acórdão recorrido foi muito bem minutado, utilizando-se de sábias palavras, segundo ele " (...) não basta ao Poder Público dispor de rede de assistência médica se os serviços de saúde existentes não são compatíveis com as convicções religiosas dos pacientes. Em outras palavras, entendeu-se que equivaleria a uma omissão do Estado não possuir serviço de saúde adequado às convicções do paciente".

Com isso, podemos ter a noção da delicadeza do tema. O STF irá analisar dois direitos fundamentais extremamente importantes ao ordenamento jurídico e às pessoas, ambos ligados à dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, podemos ter uma boa noção da importância do direito à saúde e à liberdade religiosa. Esses direitos são uns dos responsáveis por toda a base de nossa sociedade e, como todos os outros, sofreram diversas mudanças ao longo do tempo. Diante de tais direitos, percebemos que ao decidirmos um caso concreto envolvendo eles, estaremos diante de um conflito de normas fundamentais que precisará ser resolvido, na maioria das vezes, pelo judiciário.

Ao analisarmos o artigo 5º da nossa carta magna, percebemos o quão tutelados são os direitos e garantias fundamentais, todos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. Tal garantia é a base de todo o ordenamento jurídico, responsável pelas garantias mais básicas de todo o ser humano, incluindo a liberdade religiosa.

A religião, para muitos, representa a maior dádiva já concedida. Muitas pessoas encontram na religião uma paz interior, onde podem, por muitas vezes,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

esquecer de seus problemas e focar na adoração de um Deus que estaria acima de nós. Por isso não pode o Estado, muitas vezes de forma arbitrária, negar o direito a determinado tratamento, apenas na alegação de que seu custo seria alto, ou que feriria o princípio da isonomia. É preciso que o Estado sirva a sociedade e não ao contrário, isso é comprovado desde o contrato social de Rousseau, pois a partir desse momento, o homem entregou desde parte de sua liberdade e de seus bens a um ente maior que seja capaz de defender seus interesses, incluindo seus desejos religiosos.

8. REFERENCIAS

FERNANDES, Bernardo Gonçalves - **Curso de Direito Constitucional** - 3ª edição - Lumen Juris - 2011

LENZA, Pedro - **Direito Contitucional Esquematizado** - Saraiva - 2014

NOVELINO, Marcelo - **Manual de Direito Constitucional** - 9ª edição - Método - 2014

AGRA, Walber de Moura - **Curso de Direito Constitucional** - 8ª edição - Forense - 2014

TAVARES, André Ramos - **Curso de Direito Constitucional** - 16ª edição - Saraiva – 2017

BERNARDES, Juliano Taveira; VIANNA, Olavo Augusto - **Direito Constitucional** - 5ª edição - Tomo I - Juspodivm - 2015

NETO, Daniel Carlos - **Judicialização da Saúde Pública** - Uma Análise Contextualizada - Publique-se - 2017

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury - **Os Tribunais e o Direito à Saúde** - Livraria do Advogado – 2011

[1] AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.835 – DF (2008/0027734-2), Rel. Min. Fux, unânime, ausente o Min. Zavascki, julgamento encerrado em 02.12.2008

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

ROBERTA EIFLER BARBOSA: Defensora pública do estado do Amazonas, especialista em políticas e gestão de segurança pública pela Universidade Estácio de Sá, pós graduanda em direito da criança e do adolescente pela Fundação do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: O artigo se estrutura em torno da problemática sobre a operacionalidade das interceptações telefônicas no processo penal brasileiro. A pesquisa se situa no nível exploratório, construída a partir da revisão bibliográfica e do estudo de casos jurisprudenciais, tanto nacionais quanto dos tribunais internacionais de direitos humanos. Na primeira parte, desenha-se o quadro normativo que fundamenta a utilização das interceptações telefônicas no processo e como esse meio de prova é efetivamente utilizado a critério da acusação. Na segunda etapa, confronta-se a operacionalidade desse sistema de colheita de provas com garantias fundamentais do sistema acusatório que, ao fim, condicionam a observância de uma cadeia de custódia para a preservação da prova.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptações telefônicas. Sistema acusatório. Cadeia de custódia.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A normatividade e a operacionalidade das interceptações telefônicas. 3. A (im)prescindibilidade da cadeia de custódia nas interceptações telefônicas. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As interceptações telefônicas estão atualmente na pauta do debate jurídico nacional. As vicissitudes do procedimento, que deveria ser sigiloso, e a perda da imparcialidade do juízo de instrução são apresentadas como lacunas na operacionalidade da norma de investigação. Além disso, como a defesa somente terá conhecimento posterior sobre o conteúdo das informações coletadas, esse conteúdo já está estruturado e sintetizado de acordo com o interesse da narrativa acusatória.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desse modo, o problema de pesquisa que orienta este trabalho é a atual dimensão das interceptações telefônicas na formação do juízo de culpa. Observa-se atualmente a proliferação de sentenças condenatórias embasadas exclusivamente na narrativa acusatória que explora as interceptações telefônicas a contento do objetivo final de demonstração do fato criminoso.

Contudo, questiona-se se existe um livre arbítrio dos órgãos policiais e do acusador de apresentar ao processo somente aqueles diálogos que consideram relevantes para fortalecer a hipótese acusatória. Por isso, o objetivo da pesquisa é compreender se existe a necessidade de a acusação apresentar aos autos judiciais, independentemente de requerimento, a integralidade das conversas monitoradas, sob pena de nulidade do meio de prova por violação das garantias fundamentais.

A pesquisa assume o nível exploratório, voltada à análise qualitativa da bibliografia e da jurisprudência que abordam as garantias fundamentais do contraditório, da paridade de armas e da cadeia de custódia da prova.

No primeiro capítulo, apresenta-se sucintamente o conteúdo normativo que rege a interceptação telefônica no ordenamento nacional. Ainda, explica-se de forma abreviada as diferenças existentes entre a interceptação telefônica e outras modalidades de gravação clandestina.

No segundo capítulo, demonstra-se como a operacionalidade das interceptações telefônicas afeta princípios e garantias caras ao Estado Democrático de Direito e, como consequência, deve(ria) submeter-se a critérios rígidos de aceitabilidade, sob pena de contaminação ilícita do meio de prova.

2 A NORMATIVIDADE E A OPERACIONALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Antes de analisar a relação entre a interceptação telefônica, a gestão da cadeia de custódia da prova e as garantias fundamentais envolvidas, é necessário compreender o objeto de pesquisa, diferenciando-o em suas ocorrências no dia a dia forense.

A interceptação telefônica, de acordo com Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2018), consiste na captação da comunicação telefônica por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores. Desse modo, pessoa estranha aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

interlocutores intervém captando os diálogos que eles estabelecem pelos meios telefônicos de comunicação.

Considerando a fluidez comunicacional dos dias atuais e a importância dos meios de comunicação, é fácil perceber que por meio da interceptação telefônica o interventor terá acesso à mais íntima esfera de vida do sujeito, incluindo suas relações familiares, privadas e, potencialmente, condutas ilícitas.

Por isso, a banalização do instituto é tarefa que corrói a essência da Constituição Federal brasileira e do Estado Democrático de Direito, haja vista que supera, com base na perspectiva da punição a qualquer preço, as garantias fundamentais e cláusulas pétreas vinculadas à liberdade de pensamento, à vida privada, à intimidade e outras correlatas.

Apesar disso, sob o manto do discurso de combate à criminalidade, a interceptação telefônica se apresentou nas últimas décadas como um dos principais meios de prova utilizados na atividade policial para a imputação de crimes envolvendo organizações criminosas. Com base nesses diálogos, os agentes policiais costuram o perfil social do investigado e desenham a sua face perversa, essencialmente criminosa, que será exposta ao juiz como forma de persuasão.

Desse modo, a importância alcançada pela interceptação telefônica no processo penal contemporâneo converge para a necessidade de compreender como esse meio de prova é utilizado e os limites constitucionais e processuais penais a favor do acusado submetido a esse escrutínio cotidiano de sua vida pelos órgãos policiais do Estado.

A interceptação difere da escuta telefônica, pois nesta última um dos interlocutores tem ciência da intervenção para fins de gravação. Outro mecanismo é a gravação telefônica, utilizada por um dos interlocutores, sem a participação de uma terceira pessoa na oitiva ou na coleta dos dados.

Para os fins deste artigo – e como comumente ocorre nas operações policiais – importa compreender a normatividade e a operacionalidade das interceptações telefônicas, reguladas a partir da Lei nº 9.296/1996. Em primeiro lugar, a legislação estabelece que a interceptação telefônica, dado o elevado grau de intrusão na vida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

privada, é atividade sempre sujeita à ordem do juiz competente da ação, sob segredo de justiça.

Por isso, é ilícita a interceptação telefônica realizada fora dos marcos temporais e modais da autorização judicial. Além disso, esse meio de prova possui natureza subsidiária, ou seja, apenas deve ser utilizado quando outros meios de prova se mostrarem insuficientes ao desiderato investigativo.

Requisito indispensável para a realização da interceptação telefônica é a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão (não se admite a interceptação para crimes punidos somente com detenção). Sobre esse ponto, Gustavo Badaró (2015, p. 1204) sustenta a invalidade de a denúncia anônima por si só ensejar o início das interceptações telefônicas.

Previsão legal que atenta contra o sistema acusatório é aquela prevista no artigo 3º da Lei nº 9.296/1996 segundo a qual poderia o juiz determinar de ofício a realização da interceptação telefônica. Essa postura de ativismo judicial é própria de um modelo inquisitorial que desponta a debilidade de um processo no qual o único sujeito que deveria ser imparcial atua na produção deliberada de prova contra aquele que por ele será julgado.

A lei ainda prevê que a autoridade policial, na investigação criminal, e o Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal, poderão requerer a interceptação telefônica, demonstrando que sua realização seja necessária à apuração da infração penal.

O limite de prazo para as interceptações telefônicas é de 15 (quinze) dias, podendo ser renovadas por igual tempo desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. A Lei nº 9.296/1996 ainda determina que a interceptação se processe em autos apartados, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

A violação do sigilo das interceptações ou a sua realização sem autorização judicial é tipificada como crime com pena de reclusão de dois a quatro anos, e multa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Esse expediente, portanto, tem uma forma própria que visa a garantir lisura às investigações e, ao mesmo tempo, impedir a sua banalização e a exposição desnecessária e invasiva da vida privada do investigado. No entanto, algumas ponderações sobre a operacionalidade das interceptações na prática revelam que a normatividade não impede abusos contumazes e, ainda, violações aos direitos fundamentais de defesa.

É comum observarmos no curso das ações penais, sobretudo naquelas que apuram crimes cometidos por grupos qualificados como organizações criminosas, sucessivos encadeamentos de interceptações telefônicas que comprovariam os crimes narrados na hipótese acusatória.

Essas interceptações telefônicas, porém, não raras vezes são apresentadas a partir de relatórios policiais que filtram, no curso das interceptações, trechos que identificariam a ocorrência dos delitos. Muitas vezes os diálogos não observam uma continuidade cronológica e contextual e, estruturados de tal forma pelo investigador, ressoam como prova irrefutável da culpa no processo.

Portanto, o cenário que se apresenta é de uma seleção de diálogos supostamente incriminadores levada a cabo pelas partes acusatórias do processo, sem que a defesa tenha acesso ao conteúdo contextual dos diálogos que permitiria, inclusive, a formulação de uma investigação defensiva sobre a identidade dos interlocutores e a validade das imputações formuladas.

Por outro lado, quando a íntegra das interceptações telefônicas é preservada, não raro é a defesa obrigada a dispor de tempo irrazoavelmente curto para ouvir gravações que comportam anos de investigação policial e, em período de dias, construir a tese defensiva.

Essas realidades colocam em xeque a cadeia de custódia da prova e a paridade de armas no processo penal, uma vez que: i) a defesa só exerce o contraditório diferido; ii) ela não tem acesso à integralidade dos diálogos que compõem a narrativa acusatória; iii) quando é franqueado esse acesso, muitas vezes é limitado a um período curto de dias, em contraposição ao largo interregno do qual gozou a acusação para montar sua hipótese acusatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O modo como essas realidades operacionais interferem na contaminação do processo penal será o objeto da próxima seção deste artigo, a fim de perquirir a validade desse meio de prova quando disponibilizado desigualmente entre a acusação e a defesa.

3 A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

O processo penal brasileiro ainda possui resquícios inquisitórios; e a fase de investigação, que será documentada e juntada aos autos para ser ungida pela autoridade judicial, representa a desproporcionalidade entre os meios de acusação e de defesa.

Diogo Malan (2015, p. 391) cita a desproporcionalidade entre acusação e defesa na fase de investigação, desde a insuficiência de recursos até a falta de regulamentação e os limites de poderes à defesa técnica de um investigado. Essa conjuntura, mencionada implica violação aos direitos fundamentais à prova defensiva, à paridade de armas e à defesa técnica efetiva.

Alexandre Morais da Rosa (2006, p. 264), citando Fazzalari, destaca que a exteriorização do princípio do contraditório se dá em dois momentos: na informação, configurando um dever que permite que posições jurídicas sejam assumidas na relação processual; e na reação, que não configura um movimento necessário, porém, possível a critério da parte.

Como Buonicore e Félix (2015, p. 112) explicam, a reação revela a efetiva possibilidade de "enfrentar" o conjunto carreado no feito, de modo a não exarar uma atitude meramente contemplativa e pacífica dos acontecimentos. Para os autores, o contraditório não se concretiza com a fugaz e protocolar participação dos sujeitos no processo, mas sim a partir da efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final.

Desse modo, as interceptações telefônicas, cujo pressuposto de funcionalidade é o desconhecimento da parte investigada, necessariamente ocorrem em um modelo inquisitório de investigação, sigiloso, em que não haverá contraditório, posto que os investigados não gozam de ciência do que está sendo produzido, tampouco têm a oportunidade de reação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O contraditório, nesses casos, é diferido. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal determina que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Logo, a defesa somente terá acesso ao resultado das interceptações colhidas após o momento em que os agentes de investigação, o Ministério Público e o juiz entenderem suficientemente provados os fatos criminosos e, assim, levantarem o sigilo da investigação. É de se notar que a lei vincula o juiz da investigação ao juiz da futura ação penal, sem considerar o elevado grau de comprometimento do julgador quando se envolve em extensas diligências que buscam confirmar por meio de provas uma hipótese acusatória.

Ora, se a Lei nº 9.296/96 exige do juiz a participação no procedimento investigatório quando houver interceptação telefônica, parece-nos óbvio que esse sujeito processual não deve(ria) retornar ao cenário jurídico como parte equidistante responsável pelo julgamento do caso. Quando deveria afastá-lo do julgamento, a lei na verdade o vincula, o que é uma inversão nevrálgica do sistema acusatório que deveria ser declarada inconstitucional.

Pois bem, apesar dessas nuances, como visto, a defesa só terá acesso posterior às interceptações telefônicas e, nesse momento, deverá exercer plenamente o contraditório (formado pela informação somada à reação), mas, ainda, deve dispor do mesmo tempo e ter acesso aos mesmíssimos elementos analisados pelo investigador, sob pena de quedar-se amarrada a sua construção narrativa dos fatos. A isso se denomina o princípio da paridade de armas.

A paridade de armas, nos dizeres de Renato Stanziola Vieira (2015, p. 64), é a igual distribuição, durante o processo penal – desde a fase pré-judicial até a executiva - aos envolvidos que defendem interesses contrapostos, de oportunidades para apresentação de argumentos orais ou escritos e de provas com vistas a fazer prevalecer suas respectivas teses perante uma autoridade judicial.

Esse princípio é interpretado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2019) como a oportunidade razoável dada a cada parte de apresentar seu caso e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

sua prova sob condições que não a coloque em substancial desvantagem vis-à-vis de seu oponente.

A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura ao acusado, como garantia fundamental, a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa (art. 8.2, 'c'). Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Zegarra Marín vs Peru* (2017), assentou que a possibilidade de apresentar contraprova é um direito da defesa para invalidar a hipótese acusatória, contradizendo-a mediante contraprovas ou provas compatíveis com hipóteses alternativas, às quais, por sua vez, a acusação tem a obrigação de invalidar.

Fernandes (2017, p. 272) assevera que a doutrina moderna já inclui no contraditório o princípio da *par conditio*, ou da paridade de armas, o que significa que, mais do que o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária e o direito à reação, também deve-se garantir no processo que a chance de resposta se realize na mesma intensidade e extensão.

Nesse contexto, compreende-se que a interceptação telefônica, como prova extraída fora do processo, em uma etapa sigilosa em relação à qual a defesa jamais teve acesso, deve ser escrutinada integralmente, com razoável tempo para a defesa acessar o material colhido pelos investigadores. Por isso, não basta que alguns trechos isolados da interceptação sejam superpostos pelo órgão de acusação e assim admitidos pelo juízo como prova irrefutável.

A condição *sine qua non* para o respeito a esse desdobramento do contraditório é a preservação da cadeia de custódia, procedimento que visa a garantir à defesa a prova preservada na mesma proporção que foi franqueada ao acusador.

Conforme ensina Aury Lopes Jr. (2017, p. 411), a discussão assume especial relevância nas provas que têm a pretensão de "evidência", atalhos para a obtenção da almejada e ilusória "verdade", que promovem a sedação dos sentidos e têm a pretensão de bastar-se por si sós. Para ele, a essas provas colhidas fora do processo é indispensável que se garanta documentalmente toda a trajetória da prova em sua cadeia de custódia, desde a sua coleta até a inserção no processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Geraldo Prado desborda a análise da cadeia de custódia à luz do princípio da mesmidade, entendido como a garantia de que a prova submetida ao crivo judicial é exata e integralmente aquela que foi colhida, sendo portanto a 'mesma' (apud LOPES Jr., 2017, p. 412).

No caso das interceptações telefônicas, quando esse preceito não é respeitado, ao julgador apresenta-se apenas a face da prova moldada de acordo com os anseios do investigador e do acusador. A defesa, por seu turno, muitas vezes fica acorrentada a diálogos descontextualizados aos quais não teve acesso na origem, tampouco tempo para a efetivação do contraditório.

Aury Lopes Jr. (2017, p. 410) destaca que a preservação da cadeia de custódia ainda impede a manipulação indevida da prova com o propósito de incriminar (ou isentar) alguém de responsabilidade, visando definir objetivamente um procedimento que garanta e acredite a prova independente da problemática em torno do elemento subjetivo do agente. Isso faz com que a discussão sobre a subjetividade ceda lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou lisura do agente estatal.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, no julgamento do HC n. 160.662/RJ, assentou que a prova produzida durante a interceptação telefônica não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação de sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa.

No mesmo sentido, o STJ, no Habeas Corpus n. 120132, ponderou que se a acusação valeu-se da totalidade das gravações para pinçar, segundo seu livre arbítrio e convencimento, as partes relevantes para embasar a denúncia, também à defesa deve ser franqueado o mesmo direito, sob pena de clara inobservância à paridade de armas, princípio norteador, juntamente com os do contraditório e da ampla defesa, do processo penal constitucional acusatório.

Nesse contexto, também vale ressaltar que obstar o acesso à integralidade das mídias corrói a publicidade que é encapsulada na Constituição da República como regra no Estado Democrático de Direito, permitindo a prolação de sentenças criminais condenatórias sobre as quais girará eterna suspeita, ante o segredo dos primordiais elementos probatórios que lhe deram origem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ensaio procuramos, a partir da revisão bibliográfica, da jurisprudência nacional e dos precedentes dos tribunais internacionais de direitos humanos, demonstrar quão problemática é a difusão da interceptação telefônica como meio banalizado de produção probatória e a importância de esse instrumento estar sujeito a critérios racionais de verificação no processo penal.

A vigência do sistema acusatório impõe uma postura leal entre os sujeitos do processo que buscam, reciprocamente, comprovar e refutar as hipóteses narrativas construídas em torno da verificação da culpa ou da inocência. Desse modo, admitir a obrigatoriedade de um sistema acusatório em um Estado Democrático de Direito é compreender que nenhuma prova colhida pode ser aproveitada ao arbítrio unilateral de uma das partes.

A aplicação prática das garantias fundamentais no processo penal significa exigir que o juízo de instrução que determinou a realização da interceptação telefônica não seja o mesmo que julgará as partes, haja vista que aquele se inseriu como parte de produção de prova acusatória.

Outro desdobramento das garantias fundamentais do processo penal é a necessidade de ser imposta à acusação a obrigação de anexar aos autos do processo todos os diálogos que foram interceptados pelas autoridades de investigação, facultando à defesa, em tempo razoável e proporcional, o acesso contextualizado dos diálogos monitorados.

Ao fim da pesquisa, depreende-se que a cadeia de custódia é uma garantia de ordem pública, haja vista que permite a preservação daquela interceptação telefônica extraída fora do processo, sem chance de defesa, em uma fase inquisitória que se insiste preponderante no atual processo penal brasileiro. A redução dos danos, então, se apresenta na cadeia de custódia como mecanismo de salvaguarda do contraditório e da paridade de armas.

5 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A boca do leão: validade das interceptações telefônicas decretadas com base em notitia criminis anônima.* In: Doutrinas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Essenciais: Direito Penal e Processo Penal, Vol. VI. Org. Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 120.132/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 08.11.2011, DJe 17.11.2011.

FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. In:* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica e das comunicações de dados e telemáticas* [livro eletrônico]: Comentários à Lei 9.296/1996. 2ª Ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal.* 14ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

MALAN, Diogo. *Investigação defensiva no processo penal. .* In: Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal, Vol. VI. Org. Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 2019. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20.04.2019.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Zegarra Marín vs Peru. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em 15.04.2019.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Paridade de armas no Processo Penal.* In: Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal, Vol. VI. Org. Gustavo Henrique Badaró. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMPOSTOS INDIRETOS E O REGRESSIVO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO: O APROFUNDAMENTO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

PATRÍCIA CRISTINA DE ARAÚJO GALVÃO: Estudante de Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos - UNIFESO e Servidora Pública do Estado RJ.

RESUMO: Este artigo científico tem como escopo geral estudar os impostos indiretos no sistema tributário brasileiro e de como a tributação sobre o consumo aumenta a desigualdade social e distancia a população de uma justa distribuição de renda. O tema foi eleito devido a sua relevância jurídica, visto que, atualmente, há uma burocratização econômica enfraquecedora, que dificulta a fiscalização, gerando insegurança jurídica e comprometendo o crescimento do país. Será abordado sobre o princípio da capacidade contributiva, que visa uma igualdade tributária graduando os impostos segundo o poder econômico do contribuinte, onerando mais aquele que ganha mais e o da isonomia que diz respeito sobre tratar tributariamente da mesma forma situações iguais ou de modo diferente situações desiguais. Para isso foi realizado estudo da doutrina, através de pesquisa bibliográfica, com foco no Direito Tributário, análise à legislação concernente ao tema, bem como a jurisprudência e dados estatísticos, para que haja a sua contextualização no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: Capacidade Contributiva. Impostos Indiretos. Desigualdade Social.

ABSTRACT: This scientific article has as a general scope, the study of indirect imposts in the Brazilian tributary system and how the taxation over consumption increases the social inequality and detaches the population of a fair revenue distribution. The theme was chosen due its juridical relevance, since nowadays, has been a weakening economic bureaucratization, which obstructs the inspection, generating juridical insecurity and compromising the country's growth. It will discuss the principle of contributive capacity, which aim a tributary equality, graduating the imposts according to the economic power of the taxpayer charging higher taxes of those whom earn more, and, the principle of isonomy, which involves about taxing equally alike situations or taxing unequally uneven situations. To this end, it was carried a doctrinal study trough bibliographic research with emphasis in Tax Law, analyses of the pertaining legislature, as well as jurisprudence and

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

statistical data, so that a contextualization can be achieved in the homeland legal order.

Keywords: Contributory Capacity. Indirect Taxes. Social Inequality.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS E SUAS FINALIDADES; 2 SOBRE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA; 2.1 OS IMPACTOS DA ADOÇÃO DO SISTEMA REGRESSIVO DE TRIBUTAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA; 3 ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO; 4 PROPOSTAS PARA EQUILIBRAR O CONFLITO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O sistema tributário brasileiro vem se tornando cada vez mais injusto com o cidadão, a alta carga tributária e a renda mal distribuída aliado à regressividade desse sistema, onde quem ganha menos (trabalhadores assalariados e os pobres) paga mais impostos, numa relação oposta ao nível de renda das pessoas, que inibe o crescimento do país, a geração de empregos, e o retorno em atividades sociais.

Neste artigo científico pretende-se debruçar sobre a temática dos altos impostos indiretos, que são os que inicidem sobre os produtos e serviços que as pessoas consomem, e o quanto ele é injusto e contribui para o aumento das desigualdades sociais. Serão abordados os princípios da isonomia e da capacidade contributiva no que tange o imposto indireto cobrado sem qualquer análise prévia sobre a capacidade econômica do cidadão, a fim de que, independentemente da suasituação financeira, será cobrado da mesma forma, sem que haja uma isonomia.

Os sistemas progressivo e regressivo de tributação serão analisados no que cerne sua base de incidência, sobre renda, patrimônio, produção e consumo, e com esses dados será feito um breve comparativo entre o sistema tributário brasileiro e os sistemas adotados em alguns países onde a tributação é progressiva e não recai sobre os de menor potencial econômico. Sendo assim, é levantado o seguinte questionamento: porque justamente a classe menos favorecida, que é a grande parte da população brasileira, é a que mais paga impostos? Para responder a esta

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pergunta, é preciso voltar a problemática da regresssividade tributária e da incidência dos impostos indiretos na renda da população, que não levam em consideração a capacidade contributiva e econômica do cidadão. Uma outra questão que será abordada é a da possibilidade de diminuir a carga tributária do consumo e aumentar a incidente sobre a renda e patrimônio. Hoje o Brasil adota o sistema progressivo de cobrança do imposto de renda, "[...] deveria haver mais alíquotas porque a classe média, que ganha ligeiramente acima de R$ 4,6 mil, paga 27,5% de IR, o mesmo percentual de ricos que ganham 1 milhão" (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2015, *on-line*), ou seja, é preciso ampliar as alíquotas de descontos para uma melhor adequação da arrecadação conforme a renda.

1 CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS E SUAS FINALIDADES

Para que o Estado cumpra suas atribuições e administre a máquina pública com a finalidade de satisfazer os interesses coletivos, se faz necessário, a fim de obter recursos financeiros, a arrecadação de tributos.

No art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) o tributo é conceituado como "[...] toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei, e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". O art. 145 da CRFB/88 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria.

A discussão sobre a classificação dos tributos em espécies faz com que algumas correntes surjam sobre o assunto, como a teoria dualista (bipartida ou bipartite) que afirma serem espécies de tributos apenas os impostos e as taxas; a teoria tripartida (tricotômica ou tripartite) adotada na CRFB/88 no bojo do art. 145 e no art. 5º do CTN que afirma serem tributos os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria; a teoria tetrapartida (quadricotômica ou tetrapartite) que junta todas as contribuições num só grupo a considerar como tributo os impostos, as taxas, as contribuições de melhorias e o empréstimo compulsório; e por fim a teoria pentapartida (pentapartite) adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através do RE 146.733/SP a qual identifica como tributo: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

> Sendo, pois, a contribuição instituída pela Lei 7.689/88 verdadeiramente contribuição social destinada ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> financiamento da seguridade social, com base no inciso I do artigo 195 da Carta Magna, segue-se a questão de saber se essa contribuição tem, ou não, natureza tributária em face dos textos constitucionais em vigor. Perante a Constituição de 1988, não tenho dúvida em manifestar-me afirmativamente. De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Cabe salientar que, segundo o entendimento de Alexandre (2012, p. 16-17), o art. 145 do CTN não limita as espécies tributárias às elencadas no artigo, mas que este apenas atribui a competência destes tributos aos entes políticos mencionados, que o objetivo não é listar as espécies de tributos contidas no ordenamento jurídico. Na mesma inteligência os empréstimos compulsórios, citado no art. 148 e as contribuições especiais, prevista no art. 149, ambos do CTN, são de competência exclusiva da União. Mesmo os adeptos do teoria tripartida não excluem os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais das espécies de tributos, apenas entendem que estes possuem natureza jurídica de taxas e impostos a depender do seu fato gerador[1].

O Tributo é uma obrigação *ex lege*, ou seja, imposta por força de lei, dividida em taxas e contribuições (aqui se incluem os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais), classificadas como vinculados, por serem obrigaçõesbilaterais exigindo uma atuação do Estado voltada para o contribuinte, e os impostos, uma obrigação unilateral, *ex voluntate*, pois dependem de o Estado fazer ou dar algo ao contribuinte, portanto classificados como não vinculados, como determinado pelo art. 16 do CTN "imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As taxas, tributo em comento no art. 77 do CTN, são definidas por Amaro (2008, p. 30) como "[...] cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível do contribuinte, que pode consistir: a) no exercício do poder de polícia[2]; b) na prestação ao contribuinte [...]", ou seja, é um tributo vinculado, sendo, portanto de caráter obrigatório, exigindo uma contraprestação do Estado em serviços públicos. A taxa de vigilância sanitária é um exemplo de taxação do poder de polícia e a de coleta de lixo a de prestação de serviços ao contribuinte.

Conforme art. 81 do CTN, a contribuição de melhoria destina-se ao custo de obras públicas tendo como resultado a valorização imobiliária ao patrimônio do particular, como por exemplo, a pavimentação de ruas.

Regulado no art. 15 do CTN e no art. 148 da CRFB/88, os empréstimos compulsórios consistem num empréstimo obrigatório por parte do contribuinte, de competência exclusiva da União, restituível, para situações excepcionais, como por exemplo, uma calamidade em nível nacional, prevista no referido artigo da Constituição Federal.

São três as espécies de contribuições especiais: a) sociais: que financiam direitos sociais (saúde, moradia, educação, etc.); b) intervenção no domínio econômico: chamada de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)[3] como a incidente nos combustíveis; c) interesse de categoria profissional ou econômica: que são as contribuições feitas por categorias profissionais (CRM, CREA, entre outras). Lembrando que a contribuição da OAB não é considerada tributo de acordo com entendimento do STF. Seu critério de criação baseia-se no art. 149 da CRFB/88, tem competência exclusiva da União e é criada mediante lei ordinária.

Os impostos, foco desta pesquisa, são tributos desvinculados de qualquer atuação do Estado, ele não precisa realizar uma atividade específica relativa ao contribuinte para legitimar uma cobrança. Eles incidem sobre a riqueza do particular, tanto na renda quanto no patrimônio de pessoas físicas ou pessoas jurídicas e deve ser pago em moeda nacional ao Estado, tendo por finalidade custear os serviços públicos como saúde, educação, cultura, geração de empregos, obras públicas, defesa ao meio ambiente, entre outros. Mas, pelo princípio da isonomia, em conformidade com o art. 146, III, "a" da CRFB/88, é necessário Lei Complementar nacional para definir o fato gerador, a base de cálculo[4] e os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contribuintes, visando à uniformidade da incidência tributária em todo território nacional.

Outras classificações dos impostos são adotadas pela doutrina, como os impostos diretos que são os que "recaem diretamente sobre o contribuinte, sendo este impossibilitado de transferir tributariamente o ônus financeiro para terceiros", como no imposto de renda (IR), e os indiretos que "são passíveis de repasse do ônus financeiro para terceiros, na maioria das vezes recaindo tal ônus sobre o consumidor final, sendo suportados pelo contribuinte de fato" (CREPALDI, S.A.; CREPALDI, G.S., 2011, p. 188), assim como no imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e no imposto sobre produtos industrializados (IPI) visto ser o consumidor final quem de fato acaba por tolerar a carga tributária, mesmo não sendo ele o investido pela lei como contribuinte desses impostos, sem critério para apurar sua capacidade econômica contributiva.

Os impostos pessoais e os impostos reais também são notados na doutrina, sendo os pessoais os que levam em consideração os aspectos pessoais do contribuinte de forma subjetiva, atingindo-o conforme sua capacidade contributiva (IR, IOF) e de forma contrária são os reais que incidem objetivamente sobre o bem ou a coisa, seja ela mercadoria, produto ou patrimônio, sem considerar a capacidade econômica do contribuinte (IPVA, IPTU, ITR, IPI, ICMS).

A classificação também difere os impostos em progressivos, regressivos, proporcionais, fixos e seletivos, onde segundo Sabag (2018, p. 467) a progressividade demonstra a incidência de alíquotas variadas, cujo aumento se dá na medida em que se majora a base de cálculo do imposto acresce na mesma proporção na renda e na riqueza, ou seja, paga mais quem ganha mais, e se desdobra em progressividade fiscal caracterizada pela finalidade arrecadatória tanto de tributos vinculados quanto não vinculados e progressividade extrafiscal que não visa somente a arrecadação, mas também, controlar certos comportamentos sociais para regular a situação estatal, para manter a ordem econômica, política e social, como por exemplo quando o governo reduz a alíquota de determinado imposto para aquecer a economia. Na regressividade não é levada em conta a capacidade econômica do contribuinte, a sua incidência sobre a renda e riqueza das pessoas aumenta em relação oposta, ou seja, paga mais quem ganha menos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

De acordo com o princípio da equidade, para uma melhor distribuição de renda, deve se levar em consideração a capacidade de pagamento do contribuinte, onde paga mais quem possui maior renda em relação aos que possuem menor renda, é o chamado sistema progressivo, gerando uma melhor distribuição de renda. Hoje no Brasil o sistema regressivo é o que está em vigor, pois não há equidade, todos pagam o mesmo nível de impostos independente da renda sem uma análise, por exemplo, se o contribuinte paga um valor justo nos impostos, como ICMS e IPI, segundo sua capacidade econômica, fazendo com que haja uma maior concentração de renda.

Na visão de Gassen (2013, p. 59):

> Todo tributo, por ser uma prestac?a?o pecunia?ria a ser prestada pelo contribuinte, significa um o?nus. Considerando a onerosidade atribui?da ao sujeito passivo da relac?a?o juri?dica tributa?ria, os tributos podem ser classificados em regressivos e progressivos. Sera? regressivo quando cresce a onerosidade relativa em raza?o inversa da capacidade contributiva do contribuinte. Sera? progressivo quando cresce a onerosidade relativa em raza?o direta a? situac?a?o econo?mica do sujeito passivo.

A proporcionalidade dos impostos funciona de maneira que a alíquota é invariável aplicada a uma base de cálculo variável com o intuito de primar pelo princípio da capacidade contributiva de forma que cada um desembolse proporcionalmente ao tamanho da sua expressão econômica. Em contraponto, nos impostos fixos, tanto a base de cálculo quanto a alíquota é predeterminada em lei, é fixa, como por exemplo, na Unidade Fiscal de Referência (UFIR)[5].

Por fim, a seletividade, que incide somente sobre certos produtos como por exemplo bebidas alcoólicas, cigarro, cosméticos, perfumaria, dentre outros, isso porque a seletividade estabelece que quanto mais dispensável for o produto maior deverá ser sua alíquota, inversamente, quanto mais necessário for esse produto menor será sua alíquota. No entendimento de Sabag (2018, p. 468), a seletividade tende a tornar mais simples a execução do comando constitucional, da expressão "sempre que possível", constante no art. 145, § 1º, da CRFB/88, substituindo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recomendada pessoalidade prevista no citado dispositivo, no que cerne o ICMS e o IPI como adaptação de tais impostos à realidade fático-social.

2 SOBRE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O Direito Tributário possui princípios e regras implícitos na Constituição Federal de 1988 que visam proteger o cidadão contra abusos de poder do Estado, dentre os quais se destacam o princípio da capacidade contributiva e o da isonomia que Sabag (2018, p. 159) assim os define:

> [...] o princípio da capacidade contributiva está profundamente ligado ao da igualdade, mas neste não se esgota. Enquanto a isonomia avoca um caráter relacional, no bojo do confronto entre situações jurídicas, o princípio da capacidade contributiva, longe de servir apenas para coibir discriminações arbitrárias, abre-se para a consecução de um efetivo ideal de *justiça* para o Direito Tributário.

A ideia de justiça, mencionado por Sabag, está ligado ao de equidade, na maneira como estão distribuídos esses recursos, que ao seu entender se desdobram em duas dimensões, o da equidade horizontal em que os contribuintes devam ter "tratamento igual para os iguais", contribuindo com a mesma quantidade aos cofres públicos; e o da equidade vertical onde a ideia é o oposto do anterior, que é o de "tratamento desigual para os desiguais", de forma que aqueles que possuem recursos maiores devam contribuir proporcional e equitativamente com mais do que aqueles que têm renda menor.

O princípio da capacidade contributiva está disposto no artigo 145, § 1º da Magna Carta cuja redação segue:

> **Art. 145.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> **§ 1º Sempre que possível**, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifo nosso)

Para Amaro (2008, p. 139), a expressão "sempre que possível", como disposto no parágrafo do artigo em comento, aduz que deve ser levada em consideração a capacidade econômica do contribuinte, trata-se de uma ressalva tanto para a personalização como para a capacidade contributiva, pois há que se levar em conta a característica do imposto ou a necessidade de utilizá-lo com finalidade extrafiscal. Apesar de capacidade econômica não dever ser confundida com capacidade contributiva, pois essa diz respeito à riqueza da pessoa, não necessariamente a sua capacidade de contribuir, aquela diz respeito a uma capacidade particular que, além de captar riqueza, deve essa ser despontada para manifestar a aptidão que o sujeito passivo tem de contribuir para o Estado assegurando a justa tributação, no texto constitucional, ambas possuem o mesmo núcleo, o da capacidade do contribuinte em arcar com os tributos.

O art. 150, inciso II da CRFB/88 consagra o princípio da isonomia (ou da igualdade) que veda o tratamento desigual aos contribuintes que se encontrem em situação de equivalência. Este princípio está voltado para o legislador em primeiro plano, pois ele tem o dever de criar normas tributárias de forma a não ferir este princípio.

O princípio da isonomia é lecionado por Cassone (2017, p. 242) como sendo "a igualdade perante a LEI, no sentido de que é a CF que adota o princípio da igualdade, mas a LEI que, ao tratar da igualdade, deve estabelecê-la conforme a Constituição", e dá como exemplo o IR como imposto sujeito ao princípio da igualdade, visto que sua tabela de alíquotas "tributa igualmente os iguais (os que estão na mesma faixa de rendimentos) e desigualmente os desiguais (os que estão em faixas diferentes)". (CASSONE, 2017, p.242).

Qualquer que seja o fato gerador ou quem o realize, deverá pagar o tributo, independentemente, inclusive, da capacidade civil ou até mesmo de licitude do ato, visto que para o direito tributário isso não importa se auferem renda e fato gerador, em atenção a este princípio, o tributo é devido.

Há diversos posicionamentos no ordenamento jurídico brasileiro em relação à tributação de ato ilícito, entendendo que se o fato gerador foi concretizado não há que se falar em não incidência tributária, é o chamado princípio do "*non olet*"[6]. E

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

visando garantir o princípio da isonomia é que a atividade ilícita também sofre tributação, não seria justo nem coerente dispensar a cobrança daquele que pratica ato ilícito em detrimento dos que não praticam. O art. 26 da Lei nº 4.506/64 que dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e provento de qualquer natureza aduz que: "os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas, ou percebidas com infração à lei, são sujeitos à tributação sem prejuízo das sanções que couberem".

> PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. SONEGAÇÃO. IRPF. RECURSOS ORIUNDOS DE CRIME DE PECULATO. TRIBUTAÇÃO DOS ATOS ILÍCITOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 2º, I, DA LEI Nº 8.137/90. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ARTIGO 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO. **1. É possível a tributação do resultado econômico advindo de atos ilícitos. Portanto, há crime de sonegação fiscal quando ausente declaração ao Fisco dos rendimentos obtidos a partir de tais práticas. Precedente do STF** (grifos no original). (TRF - 4 - ACR: 10854 PR 1998.70.04.010854-0, Relator: ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, Data de Julgamento: 01/10/2008, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 08/10/2008).

Não tributar a atividade ilícita daria o benefício ao contraventor da exoneração tributária, e o mesmo tratamento não é dado para aquele que com as mesmas condições pratica ato lícito. Seria uma afronta ao princípio da isonomia que iguala direitos e deveres dos cidadãos que se encontram em situação de paridade.

2.1 OS IMPACTOS DA ADOÇÃO DO SISTEMA REGRESSIVO DE TRIBUTAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

É fato que o sistema tributário brasileiro é um dos mais injustos e a carga desses tributos uma das mais pesadas do mundo. Os princípios basilares para se fazer justiça social e fiscal, e a definição pela Carta Magna de que a tributação deve ser pessoal, direta, progressiva e isonômica, foram mitigados privilegiando a tributação indireta e regressiva.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Atualmente no Brasil, a tributação incide basicamente sobre patrimônio, renda e consumo, sendo o consumo o responsável pela maior parte do produto da arrecadação tributária. Essa tributação indireta transfere o ônus financeiro tributário para o consumidor final através da tributação do consumo de bens e serviços, mas que devido às desigualdades, onera mais os cidadãos mais pobres do que os mais abastados.

Assim foi ilustrado por Amaro (2008, p. 91).

> Suponha-se que o indivíduo "A" pague (como contribuinte de direito ou de fato) 10 de imposto ao adquirir o produto X, e tenha uma renda de 1.000; o imposto representa 1% de sua renda. Se esta subisse para 2.000, aquele imposto passaria a significar 0,5% da renda, e, se a renda caísse para 500, o tributo corresponderia a 2%. Assim, esse imposto é regressivo, pois, quanto menor a renda, maior é o ônus relativo.

Conforme pesquisa da Receita Federal do Brasil em 2016 sobre a carga tributária brasileira por base de incidência na apuração 2016 x 2015, os tributos sobre o patrimônio representam 4,67%, sobre a renda 19,97%, e sobre o consumo 47,39%, e, mesmo com esse alto índice, o retorno em prol do bem estar social com investimentos em infraestrutura, educação, saúde e serviços sociais é um dos piores do mundo, de acordo com estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) para o site Impostômetro em 2015, ocupando o Brasil a 30ª colocação. O estudo em comento também revelou que somente para pagar tributos, o brasileiro tem que trabalhar durante 153 dias do ano, ou seja, 5 meses e 3 dias quase a metade do ano somente para pagar impostos, bem longe do México que precisa de 91 dias, e mais uma vez sem o retorno em serviços públicos básicos à população.

Em nota à imprensa, publicada mensalmente pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) sobre pesquisa nacional da cesta básica de alimentos, realizada em agosto de 2018 em 20 capitais, foi apresentado relatório sobre a média nacional do valor da cesta básica que no citado mês da pesquisa girava em torno de R$ 370,26, o que é um custo muito elevado para o salário mínimo daquele ano de R$ 954,00. Na mesma pesquisa, foi relatado que o salário mínimo necessário estimado para a manutenção de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

família de quatro pessoas deveria ser o equivalente a R$ 3.636,04, visto haver uma ordem constitucional que "estabelece que o salário mínimo deve ser suficiente para suprir as despesas de um trabalhador e da família dele com alimentação, moradia, saúde, educação, vestuário, higiene, transporte, lazer e previdência." (DIEESE, 2018).

São 13 os alimentos listados a seguir que compõem a cesta básica brasileira e seus respectivos percentuais de tributos, de acordo com o site Impostômetro, no mês de outubro/2018, que incidem no preço final pago pelo consumidor, o chamado impostos indiretos: carne 17,24%, leite 18,65%, feijão 17,24%, arroz 17,24%, farinha 17,34%, batata 11,22%, tomate 16,84%, pão 16,86%, café 16,52%, banana (isento), açúcar 30,60%, óleo 22,79% e manteiga 33,77%. Dos R$ 370,26 de preço médio da cesta básica, aproximadamente 20%, ou R$ 74,00 desse valor são impostos.

Sendo que para uma família de quatro pessoas apenas uma cesta básica não é suficiente para um mês e que não constam na lista produtos de higiene e limpeza, isso sem falar em consumos básicos necessários como roupas, gás de cozinha, energia elétrica, água, medicamentos, transporte público, moradia, lazer dentre outros que também são considerados essenciais. Uma carga muito alta a ser suportada pelos milhares de brasileiros assalariados.

Constata-se a necessidade do mínimo existencial, que visa garantir a dignidade da pessoa humana e qualidade de vida da população, disciplinada no inciso IV do art. 7º da CRFB/88.

O professor Eduardo Sabag (2018, p. 183) afirma que:

> O dilema de conciliar a ação afirmativa do estado na distribuição equitativa da riqueza social com a impossibilidade de expansão da incidência tributária para além das fronteiras do mínimo vital e do não confisco. Tal paradoxo tem sido, lamentavelmente, solvido pela indesejável opção da tributação regressiva, que onera mais gravosamente as famílias com menor poder aquisitivo, amplificando a concentração de renda e as desigualdades sociais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Embora haja a necessidade de arrecadação de tributos a fim de manter a máquina estatal em prol da sociedade, o sistema tributário por sua vez, deve proporcionar o primordial para a sobrevivência do cidadão e oferecer meios para que este possa construir patrimônio, de forma a gerar riquezas aptas a serem tributadas.

A elevada carga tributária lesa a economia, especialmente se for sobre o consumo, porque ela onera a produção, elevando os preços. A esse fenômeno os economistas dão o nome de "peso-morto", quando os preços sobem, as vendas caem e aumenta o desemprego porque as empresas não contratam funcionários. Com o aumento do desemprego, a classe mais atingida será a mais pobre, que ocupam cargos mais vulneráveis, os que possuem um maior grau de escolaridade conseguem melhores empregos, melhores remunerações e com isso conquistam patrimônio e recebem juros de capital aplicado, protegendo-se dessa forma dos momentos de crise econômica.

3 ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

É fato que o sistema tributário nacional é também um dos mais complexos do mundo, não só pelo elevado número de tributos, mas também pela maneira como eles são cobrados.

O ICMS, por exemplo, cuja competência é de âmbito estadual, possui 27 legislações diferentes dentro do Brasil para um único imposto, e com aproximadamente 5600 municípios brasileiros, cada um com leis fiscais próprias, faz com que o ISS também faça parte desse complicado sistema, criando alguns conflitos entre as diversas localidades do país e má interpretação das leis, atrasos, multas e sanções. Isso sem contar com os tributos de competência da União, elevando ainda mais a obrigação fiscal.

Para financiar as atividades estatais de serviços prestados à população, melhorias de infraestrutura e manutenção da máquina pública, o Estado necessita arrecadar tributos, que serão cobrados direta ou indiretamente do cidadão quando este adquire um produto ou utiliza algum serviço, seja de empresa pública ou privada, e essas empresas privadas tendem a ter uma maior carga tributária devido ao grande volume de tributos e obrigações acessórias, o que prejudica o empreendedorismo. Muitas empresas são constituídas, mas pouco tempo depois são extintas ou mesmo abandonadas pelos seus administradores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Além disso, as empresas privadas ainda precisam se enquadrar em diferentes regimes de tributação de acordo com a sua receita como o simples nacional ou o lucro real ou ainda o lucro presumido[7].

Segundo dados do site IBPT (2019, *on-line*) conforme cálculo de 2017 da Receita Federal, 32,43% de todas as riquezas geradas pelo país que é a soma do Produto Interno Bruto (PIB)[8], a carga tributária nacional é maior do que a de países como Estados Unidos (26,4%) e Suíça (27,9%), ficando entre as 30 mais altas do mundo.

A carga tributária do Brasil é parecida com a de países desenvolvidos, mas o problema não é o tamanho dessa carga e sim o efetivo retorno da sua arrecadação em benefício do bem estar social, em serviços públicos de qualidade, que são precários devido a má administração que ainda burocratiza a economia, enfraquece as pequenas e médias empresas, inibe o poder de compra da classe mais baixa de renda, dificulta a fiscalização e gera insegurança jurídica, haja vista que a elevada tributação nos impostos indiretos que atingem a renda, principalmente a do trabalhador assalariado, é um dos fatores de alargamento da desigualdade social e como consequência a geração de emprego e renda diminui comprometendo o desenvolvimento do país.

Conhecer o sistema tributário em outros países é importante para que se possa mudar o modelo em vigor, que desequilibra a economia e a concentração de riquezas, para um modelo mais justo e de melhor equiparação social.

Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, existem impostos federais, estaduais e municipais que incidem sobre a renda, folha de pagamento, propriedades, vendas, ganhos de capital, dividendos, importações, espólios e doações. A arrecadação é baseada na adesão voluntária (*voluntary compliance*) onde o contribuinte informa todos os seus ganhos a serem tributados no imposto de renda, que é a maior parte da receita. Para as pessoas físicas a incidência é nos rendimentos de capital e remuneração pelo trabalho, para as pessoas jurídicas são tributadas as vendas, os serviços e ainda sobre a folha de pagamento destinado à seguridade social.

Os tributos são aplicados de maneira eficaz em serviços públicos e a arrecadação é mais justa porque está concentrada mais no patrimônio e na renda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

do que no consumo fazendo com que os contribuintes paguem os tributos de acordo com o seu patrimônio e com a renda obtida, ou seja, a alíquota do tributo varia de modo a diminuir as desigualdades econômicas.

Já a Dinamarca é um exemplo de Estado voltado para o bem estar social, com forte investimento em educação, reflexo da alta carga tributária, equivalente a 51,3% do PIB índice acima da média dos países desenvolvidos membros da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), e baixos níveis de evasão fiscal. Tem apenas uma alíquota sobre o consumo, o Imposto sobre Valor Agregado (IVA)[9] que é de 25%. Tudo na Dinamarca é tributado, produtos petrolíferos, desperdício de água, bolsas plásticas, automóveis e etc. e não para por aí, a tributação sobre a renda é bastante pesada variando de 37,5% para as rendas mais baixas até 59% para rendas superiores a 23 mil euros. Sobre as pessoas jurídicas a alíquota é uma das menores do mundo e com direito a várias deduções legais, fazendo com que a alíquota real caia para 7,5 %. Mesmo com a elevada carga tributária o contribuinte dinamarquês está de acordo com a cobrança, pois há um efetivo retorno em serviços como saúde, seguridade e educação.

No final de 2018 a Argentina aprovou a reforma do seu sistema tributário, com a proposta de redução do imposto da pessoa jurídica, taxação dos lucros obtidos em investimentos financeiros, reduzir taxas sobre produtos eletrônicos e veículos medianos entre outras medidas. O governo tem ciência que a arrecadação de impostos vai diminuir, mas eles visam compensar a queda com investimentos, maiores oportunidades de emprego e crescimento da atividade econômica.

No Chile o imposto usado é o IVA com alíquota de 19% e incide nos impostos sobre rendimentos ainda não auferidos e os já auferidos; sobre a comercialização onde a importação e a prestação de serviços é que representa o maior rendimento tributário Chileno, com poucas isenções e taxas especiais aplicadas a certos consumos; o imposto sobre o tabaco e os combustíveis; e o imposto sobre o valor fiscal e comercial de imóveis.

É o país da América Latina com melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH),[10] e crescimento econômico, isso também devido à exploração de cobre para exportação com o preço mais alto do mercado, mas que infelizmente não reflete de maneira igualitária para a população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Dados da OCDE (2017, *on-line*) informam que em 2013 a média percentual do PIB era de 35%, o Brasil alcançou 33,7% para o mesmo ano e os EUA chegaram a 25,4%, a Dinamarca 48,6%, Chile 22,6% e Argentina 31,2%. Se compararmos o PIB do Brasil em 2015 (32,6%) com os 10 países com maior IDH daquele ano, como por exemplo, Suíça (27,7%), Canadá (32%) e Japão (30,7%), o Brasil ocupava a 79ª posição, o que significa que mesmo estando dentro da média da OCDE, a relação entre retorno em serviços públicos como educação, saúde e segurança prestados ao cidadão e a quantia em tributo que é paga, é muito baixa.

Segundo dados do IBPT (2018, *on-line*), o *Ease of doind business*[11], indicador do Banco Mundial que compara 190 economias do mundo, de acordo com a facilidade de pequenas e médias empresas domésticas em fazerem negócios, o Brasil ficou em 125ª colocação e, com relação ao tempo gasto pelas empresas para cumprir as obrigações tributárias, no Brasil esse tempo fica numa média de 1958 horas/ano, na Argentina esse tempo é de 311,5 horas /ano, já entre os países que compõem a OCDE a média é de 160,7 horas/ano, o que equivale a 8% do tempo gasto no Brasil, o que prejudica a competitividade.

Se a carga tributária do Brasil se assemelha a de países desenvolvidos e, em relação a outros, é até menor, porque não estamos equiparados a eles no IDH?

A esta pergunta deve-se levar em consideração alguns fatores como a regressividade da tributação, visto que os tributos incidem majoritariamente sobre o consumo e não sobre a renda de maneira de progressiva como acontece nos países desenvolvidos; a desigual distribuição de recursos entre os entes federativos, isto por que, não obstante a descentralização de obrigações para Estados e Municípios concedidos pela Constituição de 1988 e de possuírem autonomia política, administrativa e financeira, não há uma autonomia econômica capaz de suprir as reais necessidades locais, como por exemplo, as dos Municípios que são financeiramente limitados no planejamento de políticas públicas; e a corrupção que só aumenta a sensação que o dinheiro gasto com tributos não retorna em melhorias para a população. Os cargos políticos têm sido assumidos não com a intenção de buscar o bem comum da sociedade, mas sim de satisfazer interesses individuais através de privilégios e desfalques do dinheiro público, causando um enorme dano ao erário e em consequência aos serviços prestados à população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Outro ponto de comparação a ser analisado é a forma como esses impostos incidem na capacidade contributiva da população. Em grande parte dos países desenvolvidos a incidência de impostos é maior sobre a renda do que sobre o consumo e que, conforme gráfico demonstrado acima, no Brasil chega a quase 50% da carga tributária, atingindo a maior parte da população, principalmente os de menor renda, visto que a maior parte dela é destinada ao consumo e a serviços.

O complexo sistema tributário brasileiro também sofre muitas críticas, haja vista a quantidade de tributos pagos no país, enquanto a maioria dos outros países adota o imposto único IVA. Essa complexidade não é apenas dispendiosa, mas também prejudicial às empresas, pois contribui para fraudes e evasão fiscal devido também à precária fiscalização por parte dos órgãos competentes.

4 PROPOSTAS PARA EQUILIBRAR O CONFLITO

A reforma tributária é de grande espera por vários setores da economia e da sociedade e se faz necessária visto que hoje, depois de mais de meio século de sua edição, o Código Tributário Nacional revela-se incapaz, em alguns pontos, de satisfazer os interesses da coletividade, pois foi promulgado em outro momento econômico-histórico-cultural, sofrendo alterações pós Constituição de 1988. Vários Presidentes demonstraram interesse político de avançar com o assunto, inclusive há diversas propostas de reformulação tributária foram remetidas ao Congresso Nacional desde então.

Em entrevista à Revista Estudos Tributários (RET) (2019, p. 40 apud Barros, 2010), o jurista Paulo de Barros Carvalho afirma que "o problema tributário no Brasil repousa muito mais numa questão ética, em termos de justiça fiscal e distribuição equitativa da carga tributária", para Carvalho "[...] uma coisa é afirmar que o sistema está em organizado, que funciona bem; outra coisa muito diferente é dizer que funciona para o bem". Para outros economistas e juristas, a reforma tributária faz-se urgente e indispensável para uma atualização do sistema brasileiro com o mercado globalizado e correção de distorções do sistema de arrecadação que são ineficientes para o crescimento da economia.

O economista Fernando Rezende (RET, 2019, p. 41 apud Rezende, 2016) sustenta que "a reforma tributária é necessária e precisa sustentar-se num tripé de princípios: a simplicidade, a flexibilidade e a eficiência". Para ele o sistema tributário deve fundar-se em regras claras e fáceis de serem compreendidas e com normas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

mais simplificadas de modo a facilitar o processo de produção tornando o país mais competitivo no mercado internacional e doméstico.

Segundo pesquisa encomendada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em 2015, sobre o sistema tributário brasileiro, foi constatado que:

> As deficiências do sistema tributário brasileiro vão muito além da elevada arrecadação, associando-se também ao exagerado número de tributos, à falta de simplicidade, à precariedade na estabilidade de regras, à violação dos direitos e das garantias do contribuinte, aos problemas de transparência, à insegurança jurídica, aos problemas nos prazos de recolhimento dos tributos.

Na mesma pesquisa ainda foram destaques como pontos negativos do atual sistema tributário a excessiva tributação, a tributação sobre tributação e a tributação sobre folha de pagamento. Mas sem sombra de dúvida, quando se fala em reforma fiscal o principal ponto de discussão é o da tributação sobre bens e serviços, que impacta fortemente na capacidade econômica do contribuinte comum.

Tramita atualmente na Câmara de Deputados a PEC[12] 233/2008 que visa à alteração de alguns dispositivos constitucionais com propósito da reforma tributária, que dentre alguns dos seus objetivos demonstrados na exposição de motivos da referida proposta está a redução da quantidade de tributos com a criação do IVA que extinguiria o PIS, COFINS e a CIDE incidente nas receitas das empresas; a desoneração da folha de pagamento que prevê o fim do recolhimento do salário-educação; e a simplificação do sistema tributário que pretende unificar a legislação do ICMS, que hoje é atribuído a cada um dos 27 estados, a uma só legislação.

A alteração mais significativa, sem sombra de dúvida, é a modificação da competência dos Estados e Distrito Federal com a possível criação do ICMS Federal, cuja competência legislativa seria atribuída a União, por meio de lei complementar e a regulamentação e gestão por meio de órgãos colegiados com representação dos Estados e DF. A PEC não busca suprimir competências, mas apenas racionalizar a forma de tributação.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A PEC 233/2008 também tem como escopo a instituição do IVA em substituição a alguns tributos e a forma como essas receitas serão repartidas, que se ressalta, terá caráter de não-cumulatividade.

Diversas entidades discutem a questão da reforma, algumas argumentam que a PEC afronta o pacto federativo por conter dispositivos que retiram dos Entes Federados o direito de legislar sobre seus tributos preceituados da Constituição Federal, por outro lado, há os que defendem que o projeto visa reduzir a carga fiscal incidente nos impostos indiretos e estimular o desenvolvimento dos Estados, DF e Municípios, pois a arrecadação aumentaria e daria um fim na "guerra fiscal" entre os Estados.

De acordo com estudos da Receita Federal (2017, *on-line*) sobre a carga tributária no Brasil em 2017, analisando os últimos 10 anos, a participação municipal na arrecadação permanece sempre abaixo de 7%, em comparação aos Estados que naquele ano participou com 25,72% e União com a grande parte de 68,02%. A União repassa recursos para os entes federativos de forma a tentar igualar a distribuição orçamentária, mas o fato é que mesmo com os repasses, a maior concentração dos tributos fica com a União que não tem o conhecimento da real situação dos municípios brasileiros, como por exemplo, onde estão a maior parte das demandas em saúde, educação básica e creches, transportes, pavimentação de ruas, entre outros, devido à proximidade com os problemas que afligem a população.

De certo, o tema ainda tem muito que ser discutido, alguns aspectos da PEC revistos e observados os princípios constitucionais, para que volte a ser discutido pelo legislativo.

O sistema atual privilegia a tributação sobre o consumo que não atinge somente ao cidadão comum, ela também prejudica a economia, visto que os investimentos e a produção sofrem oneração, deixando nossos produtos com valor mais elevado do que em outros países, e se os preços sobem, consequentemente, as vendam caem, com a economia enfraquecida, aumenta o desemprego.

Com a diminuição da carga tributária sobre o consumo, principalmente sobre o ICMS, e aumento progressivo das alíquotas de arrecadação sobre a renda, lucro e ganho de capital, geraria um círculo virtuoso na economia, pois mais postos de empregos seriam abertos, maior seria o consumo, mais investidores seriam atraídos a investir no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

No site do Senado Federal é possível acompanhar a PLS[13] nº 517/2015 que está em pauta desde 2018 na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), que modifica as alíquotas e as faixas de tributação da tabela do IRPF, visando uma adequação à realidade atual, com alíquotas que variam de 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 35% e 40% e estabelece isenção do imposto de renda para valor mensal até R$ 3.300,00. O Autor do projeto afirma "que as modificações propostas não afetarão a arrecadação global da União, pois a redução do tributo devido, promovida para as classes mais baixas será compensada com o aumento para as superiores".

As faixas de tributação do IR deveriam ser ampliadas, atualmente no Brasil temos 4 faixas de alíquota, nos Estados Unidos, por exemplo, são 7 faixas de alíquotas.

O IBPT (2019, *on-line*) estima que a tabela do IR acumulou em 2018 uma defasagem de 95,4% em comparação com a inflação medida pelo IPCA desde 1996. Atualmente só que ganha até R$ 1,9 mil mensais é que estão isentos no IR, com a correção da tabela, o limite passaria para R$ 3,7 mil por mês. Em 2015 foi apresentado o PLS 355 que propõe a correção anual dos limites de isenção da tabela pela variação anual do IPCA acrescido de 1% ao ano até que a defasagem seja recuperada.

Em abril de 2018 foi lançado na Câmara de Deputados o manifesto Reforma Tributária Solidária de autoria da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) e da Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco), que tem como proposta o aumento da carga tributária sobre a renda e a redução sobre o consumo de maneira a diminuir as desigualdades sociais. No projeto é proposto o retorno da tributação sobre lucros e os dividendos distribuídos a quotistas e acionistas de empresas, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, nacional ou estrangeira, cuja isenção foi concedida através da lei nº 9.249/1995, que blinda fortunas de bilhões de reais dos brasileiros mais abastados, porque estes lucros e dividendos que são pagos ou creditados pelas empresas tributadas não ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário. A expectativa com o retorno dessa tributação é de que haja um estímulo ao reinvestimento dos ganhos dos empresários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Outro Projeto de Lei que tramita na Câmara é o de nº 8296/17 que isenta ou submete à alíquota zero os tributos incidentes direta ou indiretamente nos produtos que compõem a cesta básica do brasileiro, que segundo a proposta, deverão ser compostas, para efeitos da medida, pelo menos os seguintes produtos: açúcar refinado ou cristal; alho; arroz; biscoito; café torrado ou moído; carne de gado, frango e galinha; charque; creme dental; esponja de aço; extrato de tomate; farinha de mandioca; farinha de trigo; feijão; fubá; leite em pó; macarrão; óleo de soja; pão; pescado; preservativo (camisinha); sabão em pedra; sabonete; sal de cozinha; salsicha, linguiça e mortadela; sardinha em lata. A matéria aguarda ser analisada em caráter conclusivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema tributário brasileiro, ao longo da sua existência, obteve êxitos, mas com o passar do tempo e com as constantes mudanças do mundo globalizado, se faz necessário a reformulação do seu texto, a legislação precisa ser atualizada, conciliada com os direitos e garantias expressos na Carta Magna e pautada nos princípios da capacidade contributiva e da progressividade, na busca pela justiça social e fiscal, privilegiando uma adequada redistribuição de renda.

Em grande parte dos países desenvolvidos a incidência de impostos é maior sobre a renda do que sobre o consumo, ao contrário do Brasil. Naqueles países o contribuinte sabe o que está pagando e tem o retorno disso em benefícios para a população. No Brasil existe a tributação em favor da arrecadação, reflexo da ineficiente administração do Estado. A tributação deve ser usada em benefício daquele que a sustenta, ou seja, o contribuinte, em políticas públicas e serviços de qualidade.

Várias sugestões para a reforma tributária estão em análise, é um tema que vem sendo discutido desde os anos 90 e empurrado governo após governo, porque ninguém quer ceder, ninguém quer perder receitas. O povo e a situação política e econômica atual clamam por esta reforma para que se possa voltar a crescer. É necessário que se faça um estudo complexo, mapeando pontualmente cada estado e seus maiores problemas com relação a tributação e renda da população, que as alternativas sejam sinalizadas e discutidas, para que todos saiam beneficiados com as mudanças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado.** 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLOOMBERG. **Congresso Argentino aprova reforma que reduz a carga tributária. Infomoney.** Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/noticia/7171293/congresso-argentino-aprova-reforma-que-reduz-carga-tributaria>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Denominado Código Tributário Nacional pelo art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13/03/1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 4.506 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 146.733, Relator (a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1992, DJ 06-11-1992, p. 15-16. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14708886/recurso-extraordinario-re-146733-sp?ref=juris-tabs>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal nº 10854 – PR (1998.70.04.010854-0). Apelante: Marilene Cestari Casagrande. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Élcio Pinheiro de Castro. Data do Julgamento: 01/10/2008, oitava turma, data da publicação: D.E. 08/10/2008. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1314680/apelacao-criminal-acr-10854/inteiro-teor-14079701?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 out. 2018.

BREDA, Zulmir Ivânio. **Estrutura tributária e a qualidade dos gastos públicos.**IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2662/Estrutura-tributaria-e-a-qualidade-dos-gastos-publicos>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. **Reforma Tributária: uma breve análise da PEC nº 233/2008.** SINPROFAZ – Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional. Disponível em: < https://www.sinprofaz.org.br/artigos/reforma-tributaria-uma-breve-analise-da-pec-no-2332008/>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto isenta de impostos e taxas os produtos que compõem a cesta básica.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/553828-PROJETO-ISENTA-DE-IMPOSTOS-E-TAXAS-OS-PRODUTOS-QUE-COMPOEM-A-CESTA-BASICA.html>. Acesso em: 03 maio 2019.

CIDE. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/cide>. Acesso em: 24 set. 2018.

CNI - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Indústria reprova sistema tributário brasileiro.** Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondesp-63-tributacao/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CREMASCO, Diego Mutti Ferreira. **A carga tributária no Brasil é alta comparada a e outros países?** Politize. Disponível em: <https://www.politize.com.br/carga-tributaria-brasileira-e-alta/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CREPALDI, Silvio Aparecido; CREPALDI, Guilherme Simões. **Direito Tributário – Teoria e Prática.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos.** Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/analiseCestaBasica201808.html>. Acesso em: 14 out. 2018.

FERRAZ, Rafaeel. **O que são contribuições especiais?** Jusbrasil. Disponível em: <https://rafaeelferraz.jusbrasil.com.br/artigos/199014689/o-que-sao-contribuicoes-especiais>. Acesso em: 24 set. 2018.

GASSEN, Valcir. **Tributação na origem e destino tributos sobre o consumo e processos de integração econômica.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 26. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HERMANN. **Como a reforma tributária pode diminuir a desigualdade social no Brasil.** Guia da Receita Federal. Disponível em: <https://www.guiadareceitafederal.com.br/como-a-reforma-tributaria-pode-diminuir-a-desigualdade-social-no-brasil/>. Acesso em: 23 mar. 2019.

IMPOSTÔMETRO. **Cálculo do IRBES – Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade.** IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. Disponível em: <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

IMPOSTÔMETRO. Relação de Produtos. Disponível em: <https://impostometro.com.br/home/relacaoprodutos>. Acesso em: 14 out. 2018.

KAFRUNI, Simone. **Sistema de cobrança de impostos brasileiro penaliza mais pobres.** Jornal Estado de Minas - EM.com.br – Jornal Estado de Minas. Disponível: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/03/22/internas_economia,630028/o-imposto-de-cada-brasileiro.shtml>. Acesso em: 24 set. 2018.

MACHADO, Carlos Henrique; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. A Reforma Tributária como instrumento de efetivação da justiça distributiva: uma abordagem histórica. **Revista de Estudos Tributários.** Ano XXI, nº 125, jan-fev 2019. Porto Alegre: Síntese, 2019.

OLIVEIRA, Luciana Gualda e. Estudo comparado de sistemas tributários. Revista do Mestrado em Direito – UCB. Disponível em: <

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/download/2607/1597>. Acesso em: 22 mar. 2019.

PERREGIL, Fernanda; MANSUR, Luiz Rafael Meyer. **A tributação de lucros e dividendos e seus potenciais efeitos tributários e trabalhistas para o mercado.**Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI297334,11049-A+tributacao+de+lucros+e+dividendos+e+seus+potenciais+efeitos>. Acesso em 03 maio 2019.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga Tributária no Brasil 2016 – Análise por Tributos e Bases de Incidência. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>. Acesso em: 14 out. 2018.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga Tributária no Brasil 2017 – Análise por Tributos e Bases de Incidência. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2018/dezembro/carga-tributaria-bruta-atingiu-32-43-do-pib-em-2017/carga-tributaria-2017-1.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2019.

SABAG, Eduardo de Moraes. **Manual do Direito Tributário.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SENADO FEDERAL. **Criação de novas alíquotas do Imposto de Renda será analisada pela CAE.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/16/criacao-de-novas-aliquotas-do-imposto-de-renda-sera-analisada-pela-cae>. Acesso em: 21 abr. 2019.

NOTAS:

[1] Situação de fato, prevista em lei, que ao ocorrer na vida real, faz com nasça a obrigação tributária, seja ela principal ou acessória.

[2] Art. 78 do CTN - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

[3] De acordo com o site Senado Notícias, a CIDE foi instituída pela Lei 10.336/2001 com a finalidade de assegurar um montante mínimo de recursos para investimento em infraestrutura de transporte, em projetos ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás, e em subsídios ao transporte de álcool combustível, de gás natural e derivados, e de petróleo e derivados.

[4] Valor sobre o qual será? feito o cálculo do montante do tributo. Sobre ele incidira? a alíquota para que seja apurado o valor devido.

[5] UFIR é um indexador usado como parâmetro de atualização do saldo devedor dos tributos e de valores relativos a multas e penalidades de qualquer natureza. Foi usada como medida de valor até o ano 2000, quando **foi extinta através da medida provisória 1.973-67** de 26 de outubro de 2000. Através do Decreto nº 27.518 de 28/11/2000, o Rio de Janeiro é um dos poucos estados da federação que continua a fazer uso da UFIR.

[6] A expressão "*non olet*" ou ainda "*pecunia non olet*" significa "que o dinheiro não tem cheiro" e advém do Império Romano. O Imperador Vespasiano, num diálogo com o filho Tito que o indagou sobre a imoral tributação do uso das latrinas públicas na Roma Antiga, o mesmo pegou uma moeda de ouro, deu ao filho para que a cheirasse e disse "*non olet*". Hoje a expressão é usada no Direito Tributário, porque independente do fato gerador ser lícito ou ilícito, pois para o Direito Tributário é irrelevante, pois se aufere renda, deverá pagar imposto, pelo princípio da isonomia e da razoabilidade.

[7] Regime Tributário sob as quais uma empresa estará sujeita para o cálculo e pagamento dos impostos, incluindo alíquota, periodicidade e sistemática de cálculo, que variam pelo seu faturamento anual – simples nacional até 3,6 milhões, lucro presumido até 78 milhões e lucro real superior a 78 milhões.

[8] Indicador que mede tudo que é consumido e produzido no país, mensurando a atividade econômica e nível de riqueza da região. Quanto maior o PIB mais aquecida está a economia e o desenvolvimento do país.

[9] Imposto que visa substituir e unificar impostos, em um único imposto, sendo aplicado a bens e serviços. No Brasil há um projeto de reforma tributária para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

substituir alguns impostos como ICMS, IPI, IOS, COFINS, IOF, PIS/PASEP, entre outros.

[10] Trata-se de uma metodologia criada na década de 90 usada para comparar o desenvolvimento de 188 países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), que leva em conta as condições de renda, saúde e educação a que estão submetidas as populações mundiais.

[11] Lançado em 2002, o projeto *Doing Business* examina as pequenas e médias empresas nacionais e analisa as regulamentações aplicadas a elas durante o seu ciclo de vida. Assim, este estudo serve de ferramenta para se medir o impacto das regulamentações sobre as atividades empresariais ao redor do mundo.

[12] Proposta de Emenda Constitucional que visa mudar partes do texto constitucional sem necessidade de uma Assembleia Constituinte, com exceção das cláusulas pétreas.

[13] Projeto de Lei apresentado no Senado que vão tratar de matérias gerais desde que não firam a Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A "EFETIVA NECESSIDADE" COMO CRITÉRIO PARA AUTORIZAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO: ANÁLISE DE LEGALIDADE

GABRIEL MASCARENHAS MELO: Acadêmico do curso de Direito pela Católica de Tocantins.

RESUMO: A Lei 10.826/03, bem como seus regulamentos, estabelecem os critérios para a autorização de compra de uma arma de fogo no Brasil. Dentre as condicionantes, se encontra a demonstração de efetiva necessidade por parte do solicitante. Além de se verificar os requisitos, importante que se ateste a capacidade de efetividade da medida normativa. A partir de premissas pré-estabelecida, a análise de um critério em específico se torna premente, pois é capaz de evidenciar a insuficiente capacidade de atingir os objetivos pretendidos com a medida. Trata-se da efetiva necessidade, que deverá ser evidenciada pelo solicitante para que lhe seja conferida a desejada autorização para a aquisição da arma de fogo. Os parâmetros que se pretendem confrontar a condicionante são pautados nos princípios da presunção de boa-fé, da liberdade de escolha (autodeterminação) e da proteção à propriedade privada.

Palavras-Chave: Estatuto do Desarmamento. Arma de Fogo. Efetiva Necessidade. Presunção de boa-fé. Autodeterminação.

ABSTRACT: *Law 10.826 / 03, as well as its regulations, establishes the criteria for authorizing the purchase of a firearm in Brazil. Among the conditions, there is the demonstration of effective necessity on the part of the applicant. In addition to verifying the requirements, it is important that the effectiveness of the normative measure be proved. From pre-established premises, the analysis of a specific criterion becomes urgent, since it is able to evidence the insufficient capacity to reach the intended objectives with the measure. This is the actual need, which must be evidenced by the applicant to be granted the desired authorization for the acquisition of the firearm. The parameters to be confronted by the conditioner are based on the principles of good faith presumption, freedom of choice (self-determination) and protection of private property.*

Keywords: *Status of Disarmament. Fire gun. Effective Need. Presumption of good faith. Self-determination.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O marco normativo para a posse, porte e uso de armas de fogo no Brasil é estabelecido pela Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, chamado Estatuto do Desarmamento. Ocorre que, desde a promulgação da referida lei, os índices de criminalidade não vêm diminuindo, e a população brasileira vive a mercê da criminalidade sem ter uma ferramenta necessária para fazer valer seu direito à autodefesa, e proteção à sua vida.

Questiona-se acerca da efetividade das alterações propostas pela legislação, diante do cenário que se apresenta a segurança pública do país, carecendo de enfrentamento normativo-principiológico, com olhar direto às razões e os anseios sociais.

Necessário estabelecer a diferença das condutas definidas como posse de arma de fogo e o porte de arma de fogo; bem como entre obrigatoriedade e discricionariedade da autoridade competente, quando inseridos no processo administrativo instaurado para a concessão de autorização para aquisição de arma de fogo.

O emprego de armas de fogo está presente na sociedade desde os tempos antigos, originário dos inventores da pólvora. Desde então, a tecnologia e a ciência são utilizadas para melhorando cada vez mais a forma de usá-la. Isto é, criando armas menores e individualmente manipuláveis, com maior poder de fogo.

Sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, no artigo 5°, estabelece que a privacidade e a honra são invioláveis, garante o direito à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade privada, e estabelece que a casa é o asilo inviolável, sendo que ninguém pode adentrar sem o consentimento do proprietário. Tais previsões viabilizam o uso dos mecanismos de defesa disponíveis ao cidadão para, por si só, garantir a não violação destes direitos.

A CRFB/88 também estabelece no artigo 144, que a segurança é um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Entretanto, admite o uso da força, até mesmo letal em casos de autodefesa, o que é definitivamente inatingível sem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

existência e uso de material correspondente ao usado para produzir a ameaça recebida.

Por estas razões, há necessidade de analisar os critérios e as condicionantes impostas àquele que deseja fazer uso da arma de fogo para autodefesa, proteção familiar e de seu patrimônio, quando injustamente violados ou ameaçados.

1 PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O direito de propriedade privada é protegido desde os primórdios do Direito, sendo elevado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a direito fundamental. *In verbis:*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988).

A propriedade privada é abordada sob a perspectiva contratual, e da mesma forma como consequência possessória, evoluindo com as questões sociais e históricas. Nesse sentido, referem Barbosa e Pamblona Filho (2004, p.74) refletem:

> Nas mais remotas legislações, já se vislumbrava a existência de um direito subjetivo à propriedade, como decorrência natural da existência do homem e da possibilidade de acúmulo de riqueza. Assim nos esclarece John Gilissen, o qual, indo além, aponta formas de propriedade imobiliária individual em sociedades de povos sem escrita. A sistematização normativa da propriedade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ganha contornos mais nítidos nos direitos mesopotâmicos, hebraico, grego e, principalmente, no direito romano.

É possível considerar, inclusive, que a propriedade tenha sido o núcleo de muitas destas etapas evolutivas. E é neste contexto que Venosa (2003, p. 138) afirma:

> Cada povo e cada momento histórico têm compreensão e extensão próprias do conceito de propriedade. O conceito e a compreensão, até atingir a concepção moderna de propriedade, sofreram inúmeras influências no curso da história dos vários povos, desde a antiguidade. A história da propriedade é decorrência direta da organização política.

Quanto ao alcance conceitual do direito, tem-se importante destaque o ensinamento conferido por Comparato (1997, s/p.).

> A propriedade privada foi concebida, desde a fundação do constitucionalismo moderno, como um direito humano, cuja função consiste em garantir a subsistência e a liberdade individual contra as intrusões do Poder Público. Sob esse aspecto, reconheceu-se que ao lado do direito de propriedade havia também um direito àpropriedade.
> A evolução socioeconômica contemporânea estendeu o conceito constitucional de propriedade privada, bem como alargou funcionalmente o instituto. Doravante, a proteção da liberdade individual e do direito de subsistência já não dependem, unicamente, da propriedade de bens materiais, mas abarcam outros bens de valor patrimonial, como os direitos trabalhistas e previdenciários.

Em decorrência da concepção protecionista do direito de propriedade, visando à defesa de posses, aos proprietários eram dadas armas para defender-se dos invasores e ladrões, admitindo inclusive o uso dá força com a finalidade de proteção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 17°, aborda a propriedade como um direito inviolável e sagrado:

> Art. 17. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

No seu artigo 2°, classifica a propriedade, junto à liberdade, como um direito natural: "Art. 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Assinala Miranda (2000, p. 307): "Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional".

Também ressaltou Locke (1963, p. 77): "o grande e principal objetivo, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se sob governo, é a preservação da propriedade".

Dessa maneira, a história mostra que na idade antiga, quando os homens habitavam cavernas, usavam instrumentos como pedras, pedaços de galhos e outros tipos de objetos com a intenção de caçar alimento para sua sobrevivência ou para lutar contra inimigos. Isso mostra que as armas já eram usadas para muitos propósitos. Com o passar do tempo, os homens perceberam que tinham que ir aperfeiçoando, afiar suas armas, procurar novos meios de defesa.

Neste contexto, desenvolveu-se inicialmente o arco, que poderia ser feito com uma madeira trabalhada presa a uma barra arqueada, que lançaria o objeto com maior velocidade e melhor alcance do que se fosse lançado diretamente com o impulsionamento da força física, assim criou-se o arco e a flecha, que mais tarde se tornaram bestas e balestras: "Amarrando-se um cipó nas duas pontas de um galho, fazia-se um arco, que impulsionava outros galhos à distância e assim por diante" (TEIXEIRA, 2001, p.15).

Ainda de acordo com Teixeira (2001, p. 15), "Com o invento da fundição do ferro, surgiram armas mais elaboradas, como arcos, que arremessavam flechas com pontas metálicas, lanças, espadas, adagas." Essa evolução foi de total relevância para a história das armas e para o seu aprimoramento, visto que a partir daí foi se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

desenvolvendo armas metalúrgicas, extraídas a partir do ferro. Sem a fusão do ferro ou aço, as armas de fogo na tese nunca poderiam ter se desenvolvido.

De acordo com historiadores, não é de hoje que o homem faz o uso de objetos com o intuito de atacar, se proteger ou com a finalidade de defender à sua família e seus bens de ameaças, sejam estas de bichos ou outras pessoas. Teixeira, (2001, p.15) diz que:

> [...] desde seu surgimento na face da Terra até os dias atuais, o homem se utiliza de algum meio para efetuar sua autodefesa. Apenas o que mudou foram as armas ou os meios utilizados, que acompanharam o desenvolvimento de novas técnicas, a descoberta de novos materiais e as novas tecnologias que surgiram ao longo da própria evolução humana.

Arma, segundo Fragoso (1971, p. 76), "é o instrumento em condições de ser utilizado ou que pode a qualquer instante ser posto em condições de ser usado para o ataque ou a defesa". Continua o autor dizendo que até mesmo um objeto simples como, um lápis ou algum material parecido, ao ser fincado em alguém, com o objetivo de machucar ou até mesmo matar, é considerado uma arma, pois o que vai diferenciar se é uma arma ou não seria a sua forma de ser utilizada, ou seja, se é com a finalidade lesiva ou não.

O entendimento exposto por Silva (2000, p.77), é que "a ofensividade é natural da arma, ou seja, a qual se considera por si mesma, devido a sua fabricação e pela sua finalidade de construção". Segundo ele, não se acrescentam na conceituação de arma as que por um inesperado acaso são usadas como arma, apenas aquelas que são produzidos para esse propósito, intenção de ferir deverão ser conceituadas como armas.

Analisando os conceitos expostos por Silva (2000, p.77) e por Fragoso (1971, p.76), pode-se entender que um canivete ou uma faca, serão considerados como armas dependendo da intenção que são utilizadas e uma espingarda ou uma pistola destinada com a finalidade de prática de tiros esportivos não é considerada arma se não for utilizada para tal finalidade.

No Brasil, assim como em outros países, a violência com resultado morte representa um dos principais problemas a ser resolvido pelo sistema público. Resta a análise minuciosa para se identificar a vítima e o causador desta realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A CRFB/88 estabelece que a segurança é direito e responsabilidade de todos. Admite o uso da força, até mesmo letal em casos de autodefesa, o que é definitivamente inatingível sem a existência e uso de material correspondente para produzir a ameaça recebida, sendo a única forma mediata de tentar preservar o direito dos cidadãos.

Para se chegar neste nível de preservação, é necessário que se faça o uso da autodefesa, e não apenas esperar que o Estado venha faça promova a defesa, afinal, em alguns casos. É necessário ter meios para se defender e garantir segurança, tanto do bem maior que é a vida, quanto da liberdade e do direito individual à propriedade privada.

Com base nos princípios constitucionais, nos direitos à liberdade, à proteção, à propriedade privada e a segurança individual, que se reivindica o direito de escolha do cidadão em optar entre adquirir ou não uma arma para sua própria defesa.

2 O ESTATUTO DO "DESARMAMENTO" - LEI N. 10.826/03

O Legislador formulou a Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003, denominada Estatuto do Desarmamento, que veio para alinhar as ações definidas como registro, porte e comercialização de armas de fogo, definindo crimes, regularizando o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e trazendo uma campanha para a entrega das armas de fogo que se encontravam na posse dos cidadãos.

Assim que aprovada a Lei 10.826/03, iniciou-se uma campanha governamental em rede nacional, instigando a população a legalizar ou a entregar as armas de fogo à Polícia Federal. Após a promulgação do Estatuto do Desarmamento, o comércio de armas de fogo e munição diminuiu significativamente.

É preciso refletir que as armas voluntariamente entregues nas campanhas do desarmamento pertenciam a cidadãos, seja ela acompanhada de registro ou não, ou seja, não foram entregues por criminosos responsáveis pela efetivação de roubos ou assaltos.

É necessário especificar os conceitos de porte, posse e registro de armas de fogo. O primeiro confere ao cidadão a possibilidade de portar a arma de fogo consigo; o segundo e terceiro, têm apenas o objetivo de demonstrar que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propriedade da arma, podendo guardá-la em sua residência ou local de trabalho, conforme Lei 10.826 de 2003.

Há defensores da tese de que a proibição do porte e da posse de armas é uma medida eficaz contra os altos índices de crimes. Para esses, quanto mais armas, mais crimes.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p.75):

> A arma de fogo é um instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta. De todo modo, para o bem ou para o mal, em função do direito individual fundamental à segurança pública, é preciso que as armas de fogo, tal como se dá no contexto dos tóxicos, sejam rigorosamente controladas pelo Estado. Em especial, quando, se trata de um país pobre, ainda constituído de grande parcela da sociedade sem formação cultural adequada, como o Brasil, o espaço para circulação da arma de fogo deve ser restrito. Observou-se, nos últimos dez anos, uma modificação essencial no quadro das leis de controle e repressão ao comércio e uso indevido de armas de fogo.

Explicando o pensamento Nucci, entende-se que as armas de fogo devem ser rigorosamente controladas pelo Estado, pois grande parte da sociedade não tem formação técnica para fazer uso das mesmas. Com o pretenso controle, há possibilidade de se avançar no tocante à segurança pública.

Há aqueles que defendem o oposto, isto é, mais armas na posse do cidadão, menos crimes. Sobre esse argumento, Gomes e Oliveira defendem: "A evolução do tratamento jurídico penal da matéria sempre foi marcada por uma ideia de necessário controle sobre tais objetos" (GOMES; OLIVEIRA, 2002 p. 72).

Já Facciolli, (2010, p. 18) contrapõe:

> De maneira oposta ao pretendido pelos seus idealizadores, apresentar resultados práticos e satisfatórios, a curto e médio prazo, o quadro de violência armada continua sendo preocupante, e como um tiro que "saiu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> pela culatra", o Estatuto acabou estimulando a clandestinidade.

Explorando o pensamento de Facciolli, o Estatuto do Desarmamento que veio com a finalidade de diminuir a violência armada, trouxe foi mais um problema, que seria o aumento do mercado clandestino das armas de fogo. O criminoso continua armado, pois busca a solução no mercado ilegal.

A referida lei criou embaraços para as pessoas que desejam tramitar as suas solicitações com agilidade. Para aqueles que residem em cidades localizadas no interior dos estados da federação, o excesso de exigência dificulta, ou até mesmo impede, o acesso às armas de fogo. Souza (2016, s./p) reflete:

> Simplesmente proibir o porte de arma de fogo não foi e nunca será suficiente para conter a criminalidade, porque a grande maioria dos crimes são cometidos com armas ilegais. Provavelmente as mesmas que integram os pacotes de negociação do tráfico de entorpecentes. Seria como proibir o trânsito de veículos automotores porque as mudanças do Código de Trânsito Brasileiro não fossem suficientes para reduzir as estatísticas da criminalidade das estradas.

Marcus Peterson Silva Souza (2016) expressa que a simples proibição de portar arma de fogo não é suficiente para combater crimes, até porque o crime se efetiva ao arrepio da lei. Os crimes cometidos com armas de fogos são efetivados mediante a utilização de armas ilegais, desta forma, proibir a compra de armas legais para o cidadão não irá resolver o problema.

Ressalta Castelo Branco (2004, p.133), "Em análise ao Estatuto do Desarmamento, conclui que a lei não atende à sua finalidade, qual seja a de "aliviar o estado crítico de insegurança pública", constituindo tão somente numa violação a um direito do cidadão". Conforme defendido por Castelo Branco (2004), a norma citada, não atende a vontade do legislador, que é de contribuir para a melhoria da segurança pública, o que trouxe foi uma violação do direito do cidadão de se armar.

Segundo observa o Professor André Ramos Tavares (2004, p. 4):

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Só se pode lamentar a visão estreita e o oportunismo, carregado com um certo populismo, daqueles que assumem publicamente, vangloriando-se, a responsabilidade pela autoria e aprovação desse inoportuno estatuto, que não só não beneficia a sociedade, como cria novas dificuldades e armadilhas legais para o cidadão que, exercendo direitos constitucionais, tenha a propriedade com o registro regular de alguma arma de fogo. Esquece-se de que não se acabará com a violência e a insegurança por decreto, punindo, a vítima dessa situação.

Tavares (2004, p.4) afirma que a implementação do Estatuto do Desarmamento trouxe um problema para a sociedade, pois criou dificuldades para que o cidadão, cumpridor das normas jurídicas, exerça seu direito de comprar e registrar uma arma de fogo punindo a vítima da violência com mais insegurança ao invés de acabar com ela. Para demostrar um pouco tal situação, Nucci (2008, p. 78) traz sua experiência:

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

Com base nesses argumentos, demonstra-se que o estatuto não tem o poder de diminuir a quantidade dos crimes cometidos com armas de fogo, já que quem comete o crime já está agindo fora da lei e não vai se utilizar da autorização de compra de arma de fogo de maneira legal para atingir seus planos. Desse mesmo modo complementam Bene Barbosa e Flávio Quintela (2015, p.74):

> Daí concluímos que qualquer lei que tente limitar o acesso dos criminosos às armas é, por si mesma, inútil e incoerente, pois vai contra a própria definição de crime, e acaba limitando somente o acesso daqueles que jamais usariam uma arma para cometer um delito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A violência é uma realidade cruel no Brasil e as respostas são procuradas para diminuí-la. O desarmamento da população civil foi repassado, de certa forma, como se fosse uma solução rápida e eficiente a esta situação. A criminalização parece ser a solução mais rápida, mas pode não ser a mais eficiente. O estudo das razões e consequências de tais atos levam a um pensamento mais crítico para demonstrar que essa ideia de desarmar a população de bem não vai tornar a sociedade mais segura.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2008, p.75):

> A arma de fogo é um instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta. De todo modo, para o bem ou para o mal, em função do direito individual fundamental à segurança pública, é preciso que as armas de fogo, tal como se dá no contexto dos tóxicos, sejam rigorosamente controladas pelo Estado. Em especial, quando, se trata de um país pobre, ainda constituído de grande parcela da sociedade sem formação cultural adequada, como o Brasil, o espaço para circulação da arma de fogo deve ser restrito.

É preciso analisar criticamente os benefícios e malefícios de se ter uma quantidade maior de armas circulantes legalmente no país com pessoas cumpridoras de seus deveres legais. O desarmamento civil através das experiências históricas, sempre teve por trás os interesses individuais. Portanto, é de suma importância tratar com muito cuidado o assunto para não descuidar de suas consequências para todo o país. Esclarece Luiz Afonso Santos (1999, p. 36):

> A "violência humana" não deve ser vista, atualmente, como simples objeto de estudos descompromissados, nivelando agressor e agredido, uma vez que a forma de se interpretar o fenômeno tem consequências reais em nossa sociedade violenta. A crua realidade dela em nossas cidades faz com que o estudioso do problema tenha reais chances de ter um revólver apontado para a sua cabeça já ao sair do campus universitário e ser colocado por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> criminosos dentro do porta-malas de seu carro, tendo uma experiência concreta do que seja o conceito.

Deve ser destacado que a Lei nº. 10.826/03 criou um Sistema Nacional de Armas no âmbito da Polícia Federal, representante importante avanço no controle de armas no país, recolhendo armas sem registros e conferindo uma possibilidade de emissão de registro. Entretanto, não alcançou a diminuição nos índices de violência, e não proporcionou mais segurança.

3 AS CONDICIONANTES IMPOSTAS PELO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NAS AQUISIÇÕES DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO

A circulação, compra e posse de arma de fogo devem ser exercidas com critérios e limites, porém não pode impor barreiras que inviabilizem o cidadão de exercer seu direito de se armar.

Quando se trata de acesso às armas, é imperativo ressaltar que o Legislador utilizou medidas para tornar quase impossível adquirir uma arma de fogo no Brasil. Foram impostas várias condicionantes: taxas e despesas a serem custeadas pelo cidadão nas autorizações de compra de arma de fogo.

Com base nisso evidencia Damásio de Jesus (2007, s/p.): "O Estatuto, sintomaticamente denominado 'do Desarmamento', praticamente extingue o direito do cidadão de possuir arma de fogo, salvo raríssimas exceções". Com isso, fez com que o registro de arma, que concede o direito do seu proprietário para utilizá-la exclusivamente dentro de sua residência, fosse exigido vários requisitos para que se tenha sua concessão, se tornando inviável para grande maioria do povo brasileiro. O Estatuto de 2003 define no seu artigo 5° que:

> Art. 5o O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa. (BRASIL. 2003, s/p.)

A análise da letra da Lei N. 10.826 de 2003 possui muitos pontos interessantes que devem ser tratados, pois o artigo 4° estabelece as seguintes condições para a aquisição de uma arma de fogo de uso permitido:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Artigo 4º - Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, **além de declarar a efetiva necessidade**, atender aos seguintes requisitos:
>
> I-comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de nãoestar respondendo a inquérito polici al ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;
>
> II-apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
>
> III-comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. (BRASIL. 2003, s/p. grifo nosso).

E no seu artigo 5° parágrafo 2° que:

> § 2o Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4o deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo. (BRASIL. 2003, s/p.)

Neste expoente, Quintela (2015, p. 80) se manifesta dizendo que: "O caráter discricionário do Estatuto do Desarmamento é, na verdade, seu maior problema, porque trata a concessão da licença de propriedade de armas de fogo como um privilégio ao cidadão, e não como um direito, o que deveria ser de fato".

Pode se dizer analisando Quintela (2015) que o Estatuto do desarmamento trouxe um problema, pois aborda a autorização de posse de arma como se fosse uma regalia, e não uma garantia ao cidadão de bem que cumpre suas obrigações.

Observa que o Estatuto do desarmamento em seu caput do artigo 4° cita "além de declarar a efetiva necessidade", entretanto o legislador não especifica

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

essa declaração de necessidade, trabalha ela de forma "subjetiva", deixando aberto para interpretações e regulamentações posteriores. Os quais não passam por um processo legislativo e dependem exclusivamente de uma "canetada".

Então em meio de expectativa, críticas e polêmicas, foi publicado o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que viria para regulamentar o Estatuto do Desarmamento, e com isso, trazer clareza. Em seu artigo 12° do decreto de 2004 especificou sobre à aquisição e o Registro da Arma de Fogo de Uso Permitido, é definiu os critérios que o interessado:

> Art. 12. Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá:
>
> I - declarar efetiva necessidade;
>
> II - ter, no mínimo, vinte e cinco anos;
> III - apresentar cópia autenticada, da carteira de identidade;
> IV -comprovar no pedido de aquisição e em cada renovação do registro, idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais fornecidas pela justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral.
> V - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
> VI - comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação de Registro, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo atestada por empresa de instrução de tiro registrada no Comando do Exército por instrutor de armamento e tiro das Forças Armadas, das Forças Auxiliares ou do quadro da Policia Federal, ou por esta habilitado; e
> VII - comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado.
>
> § 1° A declaração de que trata o inciso I do caput deverá explicar, no pedido de aquisição e em cada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> renovação do registro, os fatos e circunstâncias justificadoras do pedido, que serão examinados pelo órgão competente segundo orientações a serem expedidas em ato próprio. (BRASIL. 2004, s/p.)

Para regulamentação, tem-se o decreto nº 6.715, de 29 de dezembro de 2008**, que alterou o decreto** de nº 5.123, de 1º de julho de 2004 e trouxe algumas mudanças nas condicionantes para aquisições de arma de fogo de calibre permitido, mais basicamente foram superficiais e não foram satisfatórias ao ponto de resolver o problema, passaram a ter a seguinte redação no seu artigo. 12.

> III - apresentar original e cópia, ou cópia autenticada, de documento de identificação pessoal; (Redação dada pelo Decreto n° 6.715, de 2008).
>
> IV - comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico; (Redação dada pelo Decreto n° 6.715, de 2008).
>
> VI - comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; (Redação dada pelo Decreto n° 6.715, de 2008).
>
> § 1º A declaração de que trata o inciso I do **caput** deverá explicitar os fatos e circunstâncias justificadoras do pedido, que serão examinados pela Polícia Federal segundo as orientações a serem expedidas pelo Ministério da Justiça. (Redação dada pelo Decreto n° 6.715, de 2008). (BRASIL. 2008, s/p.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Dentre as principais alterações, tem-se a não necessidade de em cada renovação ter que justificar fatos e circunstancias do pedido da declaração da efetiva necessidade. Definindo os pedidos desta declaração, serão examinados pela Polícia Federal segundo orientações do Ministério da Justiça. Uma pequena diminuição na burocratização do processo, entretanto ainda necessitando de alterações.

Mais recente, durante a gestão do governo federal do Ex-presidente Michel Temer, diante da necessidade de alteração na legislação pertinente, publicou-se o decreto nº 8.935, de 19 de dezembro de 2016**, que também realizou pequenas mudanças na legislação, porém, outra vez, o legislador perdeu a oportunidade e não solucionou os entraves da lei.**

O retrato da realidade vivida no país, no que se diz respeito à segurança pública, é devastador: altos índices de violência, assaltos e mortes usando armas de fogo. Paralelo à esta realidade, tem-se a extrema burocratização para aquisição de armas de fogo direcionada ao cidadão que cumpre seus deveres com o Estado.

De modo geral, o Estatuto e seus decretos foram um grande passo na regulamentação de armas no país, o que se fazia necessário. Porém a legislação foi muito rigorosa em alguns aspectos e deixou muito subjetivo algumas condicionantes como a "comprovação da Efetiva necessidade" e o crivo pela Polícia Federal, se tornando insatisfatória.

4 A COMPROVAÇÃO DE EFETIVA NECESSIDADE PARA POSSE DE ARMA DE FOGO

A Legislação utilizou-se de critérios subjetivos para comprovação da efetiva necessidade para aquisição de arma de fogo de calibre permitido, ficando evidente a dificuldade imposta para o acesso ao direito de se adquirir uma arma de fogo, ferindo o princípio constitucional da proteção à propriedade privada, e interferindo diretamente na liberdade de autodetermina-se da população.

Há uma declaração de efetiva necessidade que deve ser apresentada a alguma autoridade e que um complemento é necessário para colocá-la em prática, porque a lei não é totalmente esclarecedora.

Esse fato acabou ocasionando em uma série de críticas, já que o legislador não especificou os critérios dessa declaração de efetiva necessidade, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

continuou a gerar questionamentos. Contudo, o Ministério da Justiça elaborou a Normativa DPF nº 23 de 01 de setembro 2005 que trazia no seu artigo 6°:

> Art. 6º Para o requerimento e expedição da Autorização para Aquisição de Arma de Fogo de uso Permitido por Pessoa Física, deverão ocorrer os seguintes procedimentos:
>
> I - o interessado deverá comparecer a uma Delegacia de Defesa Institucional - DELINST centralizada em Superintendência Regional, ou a uma Delegacia de Polícia Federal, ou, em casos excepcionais, ao SENARM/DASP/CGDI, e cumprir as seguintes formalidades:
>
> a) ter idade mínima de vinte e cinco anos;
>
> b) apresentar o formulário padrão - Anexo I, devidamente preenchido e assinado, com duas fotos recentes no tamanho 3X4, além dos seguintes documentos:
>
> 1) cópia autenticada de documento de identidade;
>
> **2) declaração de efetiva necessidade de arma de fogo, expondo os fatos e as circunstâncias justificadoras;**
>
> 3) certidões de antecedentes criminais, fornecidas pelas Justiças Federal, Estadual, Militar e Eleitoral;
>
> 4) declaração de que não responde a inquérito policial ou a processo criminal;
>
> 5) comprovantes de ocupação lícita e de residência certa, exceto para os servidores públicos da ativa; e
>
> 6) comprovantes de capacidade técnica e de aptidão psicológica, ambos para manuseio de arma de fogo;
>
> II - os requerimentos protocolizados para obtenção da Autorização de que trata este artigo, serão submetidos ao seguinte processamento, cuja finalização deverá ocorrer no prazo máximo de trinta dias:
>
> verificação nos Bancos de Dados Corporativos tais como: SINARM, SINPI, SINIC e SINPRO;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

a) obtido o "nada consta" ou anexado o comprovante de que o interessado ultrapassa a quantidade legal de armase/ou que possui antecedente criminal, o chefe da DELINST ou da Delegacia de Polícia Federal ou do SENARM/DASP/CGDI, deverá emitir parecer preliminar e não vinculante, sobre a solicitação, e encaminhá-la à autoridade competente para decisão;

b) deferida a solicitação, será expedida em formulário padrão - Anexo II e em caráter pessoal e intransferível, a autorização de compra da arma de fogo indicada, e posteriormente à comprovação do pagamento da taxa de que trata o inciso I do art. 11 da Lei nº 10.826 de 2003, será providenciado o registro e emitido o Certificado de Registro de Arma de Fogo, em formulário padrão - Anexo III; e

c) indeferida a solicitação, deverá ser dada ciência ao interessado, nos autos da solicitação ou por qualquer outro meio que assegure a certeza da ciência.

§ 1º A autoridade competente poderá exigir documentos que comprovem a efetiva necessidade de arma de fogo.

§ 2º O comprovante de capacidade técnica terá validade de três anos e deverá ser emitido por empresa de instrução de armamento e tiro registrada no Comando do Exército, ou por instrutor de armamento e tiro: do quadro do DPF ou por este credenciado; do quadro das Forças Armadas; ou do quadro das Forças Auxiliares.

§ 3º A aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo será atestada em laudo conclusiva, válida por três anos, lavrado por psicólogo do DPF ou por psicólogo credenciado pelo DPF.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

§ 4º As certidões e os comprovantes mencionados nos itens "3" e "6" do inciso I deste artigo, somente serão recebidos dentro do período de validade.

§ 5º Os documentos citados nos itens "2", "4" e "5" do inciso I deste artigo, terão validade de noventa dias, contados da expedição.

§ 6º Os integrantes das Forças Armadas, das polícias federais e estaduais e do Distrito Federal, bem como os militares dos Estados e do Distrito Federal, deverão apresentar o formulário padrão - Anexo I, devidamente preenchido e assinado, com duas fotos recentes no tamanho 3X4, declaração de efetiva necessidade de arma de fogo, e cópia da identidade funcional, ficando dispensados da idade mínima de vinte e cinco anos.

§ 7º Os Magistrados e os membros do Ministério Público, em razão do contido nas suas respectivas leis orgânicas, deverão apresentar o formulário padrão - Anexo I, devidamente preenchido e assinado, com duas fotos recentes no tamanho 3X4, cópia da identidade funcional e o comprovante de capacidade técnica para manuseio de arma de fogo.

§ 8º Do indeferimento de requerimento caberá pedido fundamentado de reconsideração, no prazo de cinco dias úteis após a ciência do interessado, e sendo mantida a decisão, o interessado poderá interpor recurso administrativo, no prazo de dez dias úteis, contados a partir da ciência da negativa de reconsideração.

§ 9º São competentes para a apreciação de recurso administrativo de requerimento indeferido, em ordem hierárquica crescente, o Coordenador- Geral da CGDI, o Diretor Executivo e o Diretor-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Geral do DPF.

§ 10. O recurso administrativo de requerimento indeferido deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento pela autoridade superior, podendo ser prorrogado por igual período mediante justificativa.§ 11. O requerimento indeferido em definitivo será devolvido à origem, para ciência do interessado e arquivamento". ((BRASIL. 2005, s/p. grifo nosso)

Com isso o legislador piorou a situação, e infelizmente não observou os princípios básicos e a finalidade da lei, utilizando-a como barreira para tentar impedir novas aquisições de armas de fogo de uso permitido, fazendo assim o cidadão refém das próprias normas e do poder discricionário do Delegado da Polícia Federal, que poderia exigir documentos que comprovassem, poderia dificultar e por mais que o cidadão cumprisse todos os requisitos exigidos, tivesse gasto com cursos técnicos, exames psicológicos poderia se esbarrar nessa declaração, simplesmente ter seu pedido negado porque a autoridade policial simplesmente entendeu que não necessitava. Isso fez com que o número de autorizações efetivadas caísse muito e aumentando a insatisfação popular.

Isso deu lugar a certa frustração, já que o Decreto Presidencial acrescenta detalhes que não estavam previstos anteriormente na Legislação, e essas medidas não passaram pelo processo legislativo, sendo suficiente apenas à assinatura do Presidente.

Ao acrescentar este parágrafo na legislação, fica evidente a avaliação discricionária que será submetido à autorização para adquirir uma arma de fogo. Ao submeter essa circunstância subjetiva para analise arbitrária à Polícia Federal, com base nas diretrizes emitidas pelo Ministério da Justiça, tornando a autorização um ato regulado exclusivamente pela vontade da Autoridade de Polícia Federal.

O cidadão que solicita a compra de uma arma de fogo, além de ter que basear os fatos e justificar as circunstâncias, fica à mercê da discricionariedade do Delegado de Polícia Federal, sem conhecer critérios objetivos que possam autorizar sua solicitação. Desse modo, o legislador endurece o bloqueio no país em uma feroz perseguição contra armas de fogo, com o duro objetivo e a falsa ilusão de reduzir a violência e o crime no país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Os demais critérios exigidos pela lei atendem a proteção e a sua função social. São eles: Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

Não se criticam os critérios, mas exclusivamente a comprovação de efetiva necessidade.

Ressalta o professor Damásio E. de Jesus (2004, s/p.): "Só desarmar a população, sem a respectiva garantia da sua segurança, é armar o lobo e desarmar o cordeiro".

5 A (I)LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DA EFETIVA NECESSIDADE

O princípio da legalidade assim estabelece:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988, s/p.).

O Art. 37 da constituição prevê que os atos da administração pública devem obedecer ao alicerce principiológico, inclusive o da legalidade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 942), conceitua o princípio como sendo:

> O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano.

Mello (2008, p. 943) também conceitua:

> Violar um Princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Com base no que diz Bandeira de Mello (2008), fica claro que, ir contra um princípio é mais gravoso que ir contra uma lei, pois os princípios estão além das normas, são baseados neles que toda a sociedade se comporta, a partir dos princípios que se elaboram as leis.

Nesse fundamento, é possível entender que, enquanto indivíduos no âmbito privado podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração pública, entretanto só deve agir onde a lei a autorize. Portanto, a administração pública, ao impor certa conduta aos seus agentes, deve fazê-lo de maneira prudente e sem utilizar os meios administrativos para criar obrigações e deveres não previstos em lei.

> Quem mantém sob guarda na sua casa arma de fogo de uso permitido tem o único objetivo: proteger seu patrimônio, sua família e a si próprio. É inaceitável que a guarda deste objeto de defesa possa representar uma ameaça à segurança pública (THUMS, 2006, p.78).

A exigência da comprovação de efetiva necessidade nas autorizações da Lei de armas de fogo no Brasil, cujo critério se tornou uma obstrução nos termos do Decreto nº 5.123/04, se traduz em uma afronta ao princípio da legalidade, gravados na Carta Magna, levando em conta os dispositivos infra-legais.

Como se verifica no art. 4° do Estatuto do Desarmamento, a norma não deixa espaço para discrição, no entanto, verifica-se que a base para a rejeição de pedidos de compra de armas de fogo se baseia nos diplomas infralegais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

mencionados. No caso em questão, a instrução do Ministério da Justiça tem uma clara intenção de desarmar e infringe o princípio da legalidade. O professor Carvalho Filho (2014, p. 20) esclarece os argumentos sobre esse princípio:

> É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

A atividade administrativa exercida pelo Delegado de Polícia Federal, ao recusar a aquisição de armas de fogo, resultou no cumprimento do disposto no Decreto Regulamentar nº 5.123/04 e na Instrução Normativa nº 23/2005 do Ministério da Justiça. No entanto, o cumprimento das disposições desses diplomas não significa que tal ato seja legal.

Ao trazer os conceitos do instituto da legalidade do Direito Administrativo para o caso em questão, percebe-se que se o art. 4º da Lei 10.826/03 regulamenta os requisitos para autorização de compra de armas de fogo. Não há razão, a não ser a motivação política e ideológica, para um dispositivo infralegal, editado pelo Ministério da Justiça usurpar a competência legislativa, bem como sua intenção, e mudar o papel do Delegado de polícia Federal que representa o SINARM e os seus critérios da lei.

Se a norma fala de uma "declaração", requisitar "comprovação" com base em dispositivos não legais, viola o princípio da legalidade e proíbe que o cidadão de boa-fé alcance seu direito de adquirir uma arma de fogo, ainda que preencha os requisitos objetivos expostos pelo estatuto, Di Pietro (2014, p.52) ressalta o que foi demonstrado e expõe:

> No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que "ninguém será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

Diante desse entendimento, as rejeições da Polícia Federal das autorizações de compra de arma de fogo, em sua maioria baseadas no Decreto 5.123/04 e na instrução normativa nº 23 de 2005 do Ministério da Justiça, são ilegais. Neste sentido, deveria vincular os casos do Supremo Tribunal da sumula n° 346, que se diz: "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos", refletindo o princípio da autotutela.

Tal nulidade poderia ser reparada. Mas, uma vez direcionado o pedido para o mesmo setor da Polícia Federal e, evidentemente, não sofrer interpretação diferente daquela que ela mesma já havia atribuído, reflete que o Estado refuta a possibilidade de rever o seu próprio ato.

O atual chefe do Poder Executivo federal, Sr. Jair Bolsonaro, na tentativa de sanar de maneira imediata e provisoriamente o problema do critério de comprovação de efetiva necessidade, publicou o Decreto Nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019, que altera o Decreto nº 5.123/04, e regulamenta a Lei nº 10.826/03, dispondo sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Nele fica definido que:

> "§ 7º Para a aquisição de armas de fogo de uso permitido, **considera-se presente a efetiva necessidade nas seguintes hipóteses**:
>
> I - agentes públicos, inclusive os inativos:
> a) da área de segurança pública;
> b) integrantes das carreiras da Agência Brasileira de Inteligência;
> c) da administração penitenciária;
> d) do sistema socioeducativo, desde que lotados nas unidades de internação a que se refere o inciso VI do caput do art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 ; e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

e) envolvidos no exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;

II - militares ativos e inativos; III - residentes em área rural;

IV - residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública;

V - titulares ou responsáveis legais de estabelecimentos comerciais ou industriais; e

VI - colecionadores, atiradores e caçadores, devidamente registrados no Comando do Exército.

§ 8º O disposto no § 7º se aplica para a aquisição de até quatro armas de fogo de uso permitido e não exclui a caracterização da efetiva necessidade se presentes outros fatos e circunstâncias que a justifiquem, inclusive para a aquisição de armas de fogo de uso permitido em quantidade superior a esse limite, conforme legislação vigente". ((BRASIL. 2019, s/p. grifo nosso)

Com isso o legislador mudou os critérios fazendo uso de um decreto presidencial, sem passar pelo poder legislativo, pelo fato que todos os Estados Federativos do país tem índices anuais maiores que dez homicídios por cem mil habitantes, segundo os dados do Atlas de Violência. Fazendo assim dispensado na prática a "declaração de efetiva necessidade" para aquisição de arma de fogo de calibre permitido.

CONCLUSÃO

O artigo tem como justificativa proporcionar respostas à excessiva burocratização direcionada à posse, porte e registro de armas de fogo, especificamente no tocante ao critério atribuído à necessidade, estabelecido pela Lei nº 10.826/03 e seus decretos regulamentares.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com base no que foi apresentado, conclui-se que com as disposições dos decretos que regulamentam os dispositivos da Lei 10.826/03, e que aumentaram a burocracia para se ter acesso às autorizações de compra e registro de arma de fogo, criou um critério que se tornou uma obstrução nos termos da lei, se traduz em uma afronta ao princípio da legalidade, gravados na Carta Magna, levando em conta os dispositivos infralegais que ao inserir novas atribuições ao agente público, bem como impõe aos cidadãos novas exigências não previstas na Lei o legislador feriu os princípios básicos da sociedade, gerando grande descontentamento popular.

O número de pedidos negados e o número de Mandados de segurança que visam reverter à decisão administrativa da autoridade policial são elevados e extremamente excessivos. Esse fator é devido à falta de condições para se conseguir provar a necessidade efetiva para possuir uma arma e a sua subjetividade do seu critério, que fere princípios básicos da sociedade como o direito à livre manifestação de vontade, de escolha, e o direito à propriedade privada.

Se a norma fala de uma "declaração", requisitar "comprovação" com base em dispositivos, viola o princípio da legalidade e proíbe que o cidadão de boa-fé alcance seu direito de adquirir uma arma de fogo, ainda que preencha os requisitos objetivos expostos pelo estatuto.

Pois, mesmo que o cidadão tenha feito uma demonstração, explicando os motivos que o levaram a ter essa necessidade, o Delegado de Polícia Federal pode simplesmente não reconhecer, pois é muito subjetivo essa análise, ignorando a vontade do cidadão, e deixando sua vontade para segundo ou terceiro plano, ofendendo o princípio da legalidade e ferindo o direito do cidadão de obter regularmente uma arma de fogo.

O Decreto de Nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019 aprovado pelo presidente Jair Messias Bolsonaro acalmou o clamor social e solucionando em parte o problema, não da melhor forma, que seria através de um processo legislativo e tirando de vez o critério ilegal da comprovação de efetiva necessidade da lei, mas através de uma manobra normativa, decretando que todos os residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016 já estaria "comprovada a efetiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

necessidade". Como todos os Estados possuem índices elevados de violência e superam o critério definido, todos estão dispensados dessa comprovação.

A simples situação de insegurança pública é critério objetivo que por si só comprova a necessidade de possuir uma arma de fogo para proteção da vida, da família e da propriedade privada, além de não interferir no direito de escolha de cada cidadão. Não vai ser restringindo os direitos individuais, criando barreiras para aquisição de uma arma de fogo, que a criminalidade e violência irão diminuir, mas acaba tirando o direito de defesa da população, pois o criminoso continua armado, buscando suas armas no mercado ilegal.

Portanto é revogando o presente critério que se mostra ilegal facilitando a compra do cidadão de bem e reformulando a lei e seus critérios, atualizando que será alcançada sua função e verdadeiro objetivo, que seria o de regulamentar e legalizar as armas de fogo no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA Filho, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade**:** uma análise do Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 9, Porto Alegre, 2004.

BRANCO, Fernando Castelo. A insegurança pública e o direito à autodefesa**.** In: DAOUN, Alexandre Jean (org.) **Estatuto do Desarmamento:** comentários e reflexões. Quartier Latin: São Paulo, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL, **Decreto nº 5.123/04**. Regulamenta a Lei nº 10.826/, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes.

BRASIL, **Decreto nº 6.715/08**. Altera o Decreto no 5.123, de 1° de julho de 2004, que regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre oSistem a Nacional de Armas - SINARM e define crimes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL, **Decreto nº 9.685/19**. Altera o Decreto no 5.123, de 1° de julho de 2004, que regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes.

BRASIL, Estatuto do Desarmamento do. 4ª edição (Câmara dos Deputados) - **Lei nº 10.826**, de 2003.

BRASIL, **Instrução Normativa nº 023/2005-DG/DPF**, de 1°. de setembro de 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. 1997. Link para consulta disponível no sitio eletrônico: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/123 aces sado em 16/10/2018.

DAOUN, Alexandre et. al**. Estatuto do Desarmamento:** Comentários e reflexões – Lei 10.826/2003. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** 27ª Edição – 2014. São Paulo, Editora Atlas S.A.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo** – 28ª Edição-2014. São Paulo, Editora Atlas S.A.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das armas de fogo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Aspectos da Teoria do Tipo. **Revista de Direito Penal**. Vol. II/74. São Paulo: Saraiva, 1971.

GIL, Antônio Carlos, 1946- **Como elaborar projetos de pesquisa**. - 4. ed. p. 45 - São Paulo : Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal do desarmamento**: anotações à parte criminal da lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

JESUS, Damásio E. de. **Lei das contravenções penais anotada**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio E. de. **A questão do Desarmamento**. 2004 – Link para consulta disponível no sitio eletrônico:https://jus.com.br/artigos/5209/a-questao-do-desarmamento acesso em 21/10/2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: IBRASA, 1963.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social.** Teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais Processuais Penais Comentadas. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

REBELO, Fabrício. **A ilegalidade na negativa à compra de arma de fogo.** 2014 – Artigo Jusbrasil: Link para consulta disponível no sitio eletrônico: http://rebelo.jusbrasil.com.br/artigos/127239497/a-ilegalidade-na-negativa-acomprade-arma-de-fogo. Acesso em 20/10/2018.

SANTOS, Luiz Afonso. **Armas de fogo Cidadania e Banditismo**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1999.

SILVA, De Plácito**. Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2000.

SOUZA, Marcus Peterson Silva de. **A ilegalidade da exigência de comprovação da efetiva necessidade nas autorizações para aquisição de arma de fogo**. Link para consulta disponível no sítio eletrônico: http://jus.com.br/artigos/53403/ilegalidadeda-exigencia-de-comprovacao-da-efetiva-necessidade-nas-autorizacoes-paraaquisicao-de-arma-de-fogo. Acesso em 15/10/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TAVARES, André Ramos. **Estatuto do Desarmamento**: inconsistências e inconstitucionalidades. Carta Forense, São Paulo, ano III, n. 10, fev. 2004.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **Armas de Fogo:** São elas as culpadas? São Paulo: LTr, 2001.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do Desarmamento:** fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Comentários por artigos (análise técnica e crítica). Rio de Janeiro: Lumem Júris, Rio de Janeiro, 2005.

QUINTELA, Flávio e Barbosa, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. 2015, Vide Editorial.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** - Direitos reais. São Paulo, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

CONTRATOS DE GESTÃO: EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NÍCOLAS CAINÃ MEDEIROS DE MENDONÇA: Bacharel em Direito. Servidor Público do Ministério da Economia (lotação na Procuradoria da Fazenda Nacional na Paraíba) - Cargo de Assistente Técnico-Administrativo. Advogado regularmente inscrito na OAB/PB - nº 18.496 - PB.

OTTO RODRIGO MELO CRUZ

(Orientador)

"Governar é manter a balança da justiça igual para todos."

Franklin Delano Roosevelt

RESUMO: Este trabalho monográfico tem por escopo propiciar uma abordagem genérica acerca dos Contratos de Gestão realizados no âmbito da Administração Pública e em suas paraestatais (Organizações Sociais), particularmente no tocante à modernização vislumbrada por esses ajustes, com enfoque especial para uma maior eficiência das atividades públicas, o que vem a ser chamado de administração pública gerencial, baseada no controle de fins, não de meios, visando eliminar a burocratização administrativa e imprimir eficiência aos atos dos gestores públicos. Nesse diapasão, vai-se demonstrar a evolução dessa nova ótica de administrar o setor público nas legislações estrangeiras e a aqui adotada, com especial detalhamento no §8º do artigo 37 da Constituição Federal brasileira e na Lei nº 9.637/98 (OS), subsídios legais para o tema em questão. Ficará comprovada importância dele para uma Administração moderna. Isso se justifica pelo fato de eles ampliarem as autonomias gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da administração que realizarem o aludido acordo. Informamos que esses institutos não são forma de burlar o concurso público. Os órgãos e entidades aptos a formalizarem esses ajustes são os integrantes da Administração Direta, Indireta e as Organizações Sociais, entidades paraestatais. Outrossim, em caso de descumprimento do acordo realizado, os dirigentes envolvidos serão responsabilizados pelas duas condutas e, conforme defenderemos, seus atos poderão ser tipificados como aqueles enquadrados na Lei de Improbidade

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Administrativa, de nº 8429/92. O exposto aqui dar-se-á com leituras interpretativas e críticas sobre o tema em questão, cujo procedimento técnico terá as pesquisas documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Administração Pública. Contrato de Gestão. Eficiência. Gerencialismo. Agente público. Improbidade administrativa.

ABSTRACT: This monograph aims to propitiate a generic approach about managerial contracts carried out in the Public Administration area and in its Social Organizations (which are institutions partially controlled by the state), especially related to modernization issues proposed by these agreements, focused on a major efficiency of the public activities, what is called managerial public administration, based on controlled proposes, not on its manners, trying to eliminate the administrative bureaucratization and to produce efficiency to the public managers acts . The evolution of this new away to manage the public service will be demonstrated in the national and international legislation, paying attention to the 8th paragraph of the Article 37 of the Brazilian Constitution and to the Federal Law 9.637/98. Its importance will be proved aming a modern Administration. These changes are justified owing to the fact that they enlarge the managerial, budgetary and financial autonomy of the administative entities that sign the contract. These institutes are not a way to circumvent public contests. The organizations and entities which are able to formalize these agreements integrate the Direct and Indirect Administration as well as the Social Organizations. In case of desregardment of the conctract, the managers involved will be made liable for their behavior and also be prosecuted under the Administrative Improbity Law 8.429/92. This work will be done by means of critical and interpretative reading of the theme and documental and bibliographical researches as technical proceedings.

Keywords: Public Administration. Managerial contract. Efficiency. Management. Public agent. Administrative Improbity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 PREMISSAS BÁSICAS: Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual. 1.1 GOVERNANÇA PÚBLICA: negociação para atingir o consenso. 1.1.1 Governança pública. 1.2 ESTADO CONTRATUAL. 1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL. 1.3.1 A figura da Concertação Administrativa. 1.3.2 O consensualismo na Administração Pública. 1.4 OS CONTRATOS DE GESTÃO E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM OS INSTITUTOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ACIMA MENCIONADOS. 2 NOVO PARÂMETRO GERENCIALISTA DE ADMINISTRAÇÃO: o Contrato de Gestão. 2.1 CONCEITOS DE CONTRATO DE GESTÃO. 2.2 A EVOLUÇÃO DA IDEIA DO CONTRATO DE GESTÃO NOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS ALIENÍGENAS. 2.2.1 Na França. 2.2.2 A experiência Britânica. 2.2.3 Na Itália. 2.2.4 Nos Estados Unidos da América. 2.3 O CONTRATO DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2.3.1 Considerações primeiras. 2.3.2 Primeiras previsões a respeito do Contrato de Gestão em nossa legislação. 2.3.3 O Contrato de Gestão na Carta Magna Brasileira de 1988. 2.3.4 A expressa previsão do Contrato de Gestão na legislação de regência das Organizações Sociais, entidades paraestatais. 2.4 AS ESTRITAS LIGAÇÕES EXISTENTES ENTRE A EC/19, PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O CONTRATO DE GESTÃO. 2.5 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO. 2.5.1 Análise de duas opiniões divergentes. 2.5.2 Posicionamento adotado nesta monografia. 3 CONTRATOS DE GESTÃO REALIZADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E EM SUAS PARAESTATAIS, ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E IMPLICAÇÕES NO SEU DESCUMPRIMENTO (POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 3.1 OS CONTRATOS DE GESTÃO REALIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. 3.1.1 Na Administração Pública Direta. 3.1.2 Na administração Pública Indireta. 3.1.2.1 Agências Executivas e o Contrato de Gestão. 3.1.2.2 Agências Reguladoras e o Contrato de Gestão. 3.1.3 O Contrato de Gestão e as Organizações Sociais.3.1.3.1 O Contrato de Gestão não é meio de burlar o instituto do Concurso Público. 3.1.3.2 Comentários sobre a celeuma instalada acerca do Contrato de Gestão entre o Hospital do Trauma e a Organização Social Cruz Vermelha, no Estado da Paraíba. 3.2 JURISPRUDÊNCIAS CONCERNENTES AO CONTRATO DE GESTÃO 49 3.3 IMPLICAÇÕES DO DESCUMPRIMENTO DAS METAS CORPORIFICADAS NO CONTRATO DE GESTÃO. 3.3.1 Considerações primeiras. 3.3.2 Consequências do descumprimento nos órgãos e entidades citadas no decorrer desta monografia. 3.3.2.1 Nas Agências Executivas. 3.3.2.2 Nas Organizações Sociais. 3.3.2.3 Nas Agências Reguladoras. 3.3.2.4 Nas Administrações Direta e Indireta. 3.3.3 Possibilidade de incidência na Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Esta monografia, trabalho de conclusão de curso, versa sobre os Contratos de Gestão realizados no âmbito da Administração Pública e em suas paraestatais Organizações Sociais, previstos no §8º do artigo 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, trazendo à baila a problemática acerca de sua efetiva contribuição para a eficiência e modernização do serviço público quando são firmados pelos órgãos e entidades citados.

Objetiva citar algumas premissas básicas que servirão de substrato para o entendimento do tema em questão; apresentar o conceito dos referidos Contratos de Gestão; demonstrar o nascedouro e evolução da ideia desses ajustes, com uma retrospectiva histórica na França, Inglaterra, Itália, Estados Unidos e, por fim, no Brasil, citando, neste último país, as primeiras legislações e o atual cenário.

Como cediço, a Administração Pública para atender à coletividade deve pautar-se nos seus princípios constitucionais expressos e nos princípios reconhecidos. E para ser eficiente em seus ofícios deve ressaltar o princípio constitucional da eficiência, elevado a essa categoria por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Esta também elevou a patamar constitucional os Contratos de Gestão, alocados no §8º do art. 37 da mesma Carta Política, cujo principal objetivo é modernizar a atuação administrativa dos gestores público, imprimindo maior eficiência a ela.

É justamente a partir dessa ótica, a qual vem surgindo desde os anos 90, com mudanças na nossa Constituição e em leis infraconstitucionais, juntamente com os doutrinadores, que se mostrará a contribuição do Contrato de Gestão na gestão pública – atribuir, como dito, maior eficiência às atividades administrativas.

A natureza da vertente metodológica deste trabalho terá uma abordagem qualitativa pelo que ser fundamental, na explicação do funcionamento das estruturas sociais, o reconhecimento das implicações que diferentes concepções teóricas imprimem à análise do referido acordo no âmbito da Administração Pública.

Outrossim, naquilo que concerne ao método de abordagem, a presente monografia terá o dedutivo porque se vai partir do geral para o específico, ou seja, tomar-se-á como ponto de partida algumas premissas preliminares, o conceito, contexto histórico e teses doutrinárias e jurisprudenciais, além de elementos do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Direito Comparado, a fim de compreender como se deu a evolução dos aludidos ajuste até os dias hodiernos.

Em relação ao método jurídico, será usado o sistemático, porque, para que se pense de forma crítica, é prudente cogitar o direito como um sistema. Com efeito, alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, mais precisamente o § 8º do artigo 37 dessa Carta, servirão como fundamentos para sustentar o tema e serão interpretados de forma sistemática.

No que tange ao objetivo geral, esta investigação será classificada como sendo explicativa, vez que se volta aos problemas da atualidade e procuram-se causas e consequências para solucioná-los, em âmbito da Administração Pública.

O objetivo interno da presente monografia tem por fundamento a escolha da área mais afim, no caso o Direito Administrativo, devido ao bom relacionamento com os professores e uma capacidade melhor de entender os assuntos tratados nessa matéria.

Já quanto ao objetivo externo, almeja-se a conclusão do curso de Direito no Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, com a consequente obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Por sua vez, quanto ao procedimento técnico, a pesquisa será documental e bibliográfica, pelo fato de se basear em fontes primárias e secundárias, respectivamente, além de estar em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto.

É de bom alvitre mencionar que será usada a técnica de pesquisa de documentação indireta, uma vez que não se utilizará da pesquisa de campo, não existirá contato direto, no tocante a aplicação de entrevistas e visitas aos lugares onde se possa encontrar o objeto de estudo.

A análise de dados realizar-se-á através de leituras críticas e puramente interpretativas, uma vez que um posicionamento será tomado diante da realidade a ser apresentada.

Esta monografia está estruturada em três capítulos, dispostos na forma que se segue.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O primeiro trará, em sede preliminar, algumas premissas básicas para o perfeito entendimento do tema proposto. A primeira premissa será a Governança Pública. Após, discorrer-se-á acerca da ideologia do Estado Contratual. Por fim, far-se-ão comentários sobre a Administração Pública Consensual.

O segundo ponderará, respectivamente, sobre o conceito, evolução histórica nas legislações alienígenas e brasileira, os Contratos de Gestão nesta última legislação, e será adotado um posicionamento neste trabalho de conclusão de curso acerca da natureza jurídica do Contrato de Gestão.

O terceiro ponderará acerca dos Contratos de Gestão realizados no âmbito da Administração Pública Brasileira e em suas paraestatais; também serão analisados aspectos jurisprudenciais e serão feitos comentários sobre estas; e, por fim, serão citadas e comentadas as possíveis implicações no descumprimento do Contrato de Gestão pactuado, com ênfase para a possibilidade de incorrer o administrador em ato de improbidade administrativa.

1 **PREMISSAS BÁSICAS:** Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual

1.1 GOVERNANÇA PÚBLICA: negociação para atingir o consenso

1.1.1 **Governança Pública**

Como se sabe, a evolução das legislações, não apenas a administrativa, mas também a civil (ou cível), penal, trabalhista etc visa a reger de forma efetiva e eficaz as transformações ocorridas ao longo de vários anos de inovações, sejam estas positivas ou negativas. Neste contexto, pode-se afirmar sem sombra de dúvida que a Administração Pública, dadas sua extrema importância hodierna e onipresença, vem sofrendo uma série de mudanças significativas nos campos em que atua, sobretudo em suas relações diretas ou indiretas com a sociedade e consigo mesma; para isso, faz uso de contratos, convênios, parcerias etc.

Ora, nas palavras de Nicole Belloubet-Frier, "vem ganhando prestígio mundial a discussão acerca de uma cultura do diálogo, em que o Estado há de conformar suas ações em face das emanações da diversidade social"[1]. Reforça a ideia em tela o publicitas francês Jean-Pierre Gaudin, para o qual a expansão da política de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contratualização ensejaria a contratualização da ação pública. Assevera, ademais, que

> (...) na França, contratualização e descentralização são fenômenos interligados e que a contratualização operou-se sob a ótica de dois pressupostos, quais sejam; a) formas de participação e consulta pública; e b) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública[2].

Surge, então, a expressão "governar por contrato", a qual, nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira, evocaria a necessidade de o estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações[3].

Em meio a esse caloroso debate administrativo, vislumbrou-se, por conseguinte, uma figura chamada pela melhor doutrina de "*governança pública*", que traduz o fenômeno da ação governamental com resultados reais na prática, aprimoramento e coordenações de atividades para se chegar ao fim visado, sempre aberto a opiniões de pessoas não integrantes da administração pública. Eli Diniz, dessa forma, define *governança* nas seguintes palavras: "conjunto dos mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade, o que implica expandir e aperfeiçoar os meios de interlocução e de administração dos jogos de interesse"[4]. E arremata a insigne administrativista:

> (...) superar a dicotomia Estado-mercado implica um novo estilo de gestão pública e um novo padrão de articulação Estado-sociedade, reformulando as práticas mais convencionais de Administração pública. Através da criação de oportunidades e incentivos introduzidos por novos arranjos institucionais, é possível conduzir a formação e o modo de atuação dos grupos na direção almejada. Esse resultado, vale insistir, não pode ser alcançado aleatoriamente, envolvendo, ao contrário, o acionamento de instrumentos que viabilizem a inserção do estado na sociedade (Evans, 1989). Aqui também se revela a obsolescência dos antigos desenhos institucionais e a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> atualidade dos mecanismos que reduzam a defasagem governantes-governados. Um dos gargalos na condução das políticas estatais está relacionado ao fraco desempenho do Governo quanto à consecução de metas coletivas. Estas acham-se comprometidas pela baixa capacidade de coordenação do Estado, o que dificulta a compatibilização dos fins definidos socialmente. Coordenação, um dos itens em que se pode subdividir *governance*, além das capacidades de comando e de implementação, significa submeter a lógica dos interesses em jogo a um sistema integrado capaz de se ajustar às diferentes visões. Longe de se tentar eliminar o conflito, cabe administrá-lo de forma eficiente, isto é, de forma compatível com a racionalidade governativa, que é, por sua vez, definida em função de um projeto coletivo (Diniz, 1995a e 1995b)[5].

Portanto, governança pública é um aparato administrativo que vem sendo pensado há razoável tempo com objetivo de aproximar as pessoas formadoras de uma sociedade com o poder público, com a Administração Pública, visando compatibilizar a opinião dos governados com as diretrizes propostas pelos governantes. Nisso consiste, basicamente, a governança pública.

1.2 ESTADO CONTRATUAL

A expressão acima mencionada traz uma ideia há muito utilizada nas administrações públicas, que é a de fazer uso do instrumento do contrato para as relações que assim o requeiram. Sempre que um órgão público, por exemplo, sinta a necessidade de adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou determinado ente delegue a prestação de alguns serviços (descentralização por colaboração[6]), isso se fará por meio de contrato (e de licitação, quando esta for indispensável).

Com efeito, no Brasil o regime jurídico-administrativo baseia-se em dois princípios afins, interligados. O primeiro deles é o princípio da supremacia do interesse público, o qual, nas palavras dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, "fundamenta a existência das prerrogativas ou dos poderes especiais da administração pública, dos quais decorre a verticalidade nas relações administração-particular"[7]. O segundo, por sua vez, nas palavras dos mesmos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

docentes, faz contraponto ao primeiro. Então, "(...) a administração somente pode atuar quando houver lei que autorize ou determine sua atuação"[8], consistindo esta afirmação justamente na faceta do princípio da Legalidade, constante no caput do art. 37 da Constituição de 1988. De fato, para atingir as finalidades citadas nos parágrafos anteriores, a administração, por exemplo, faz uso das leis federais 8.666/1993 e 8.987/1995, respectivamente.

Sem dúvida, são a vinculação direta e imediata ao interesse coletivo, e o regime jurídico de direito público, os elementos que qualificam um contrato como um contrato administrativo[9], consoante o entendimento do Doutor em Direito do Estado Gustavo Justino de Oliveira. Cabe salientar que os contratos administrativos são negócios jurídicos contraprestativos e bilaterais, vez que sua formação necessita do *consensualismo* de duas vontades, com vistas à formação de contratos de adesão (nesses tipos de negócios, uma das partes, geralmente um particular ou empresa privada, regulada pelo Direito Civil, aceita as imposições constantes no edital elaborado pelo poder público - tendo em vistas os princípios reguladores da administração pública).

Inobstante o acima exposto, serão vistos, no decorrer deste trabalho monográfico, convincentes argumentos de que os Contratos de Gestão[10] não se enquadram como sendo típicos contratos administrativos.

Em virtude dos parágrafos precedentes, então, Estado Contratual significa o fato de este lançar mão de meios contratuais *lato sensu.* Isto engloba os negócios bilaterais previstos na Lei de licitações e contratos, de 1993; ou elaboração de contratos de gestão, nos quais o fim almejado pelas partes, sempre, é o interesse público, não havendo que se falar em vontades contrapostas dos contratantes, ou melhor, pactuantes.

1.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

1.3.1 A figura da Concertação Administrativa

Figura pouco falada, é verdade, a concertação administrativa baseia-se no pressuposto em que a Administração abriria mão do emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, e, dessa forma, aceitaria realizar acordo com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

assim uma colaboração ativa dos administrados[11]. Com outras palavras, João Baptista Machado define a ação concertada como sendo um método flexível de governar ou de administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes doutros corpos sociais autónomos. Este autor, na mesma esteira, afirma que a concertação visa à formação de um consenso sobre medidas de política econômica e social a adotar[12].

O fim último da concertação administrativa é, haja vista o que foi citado acima, aproximar governantes de governados, pois somente assim o poder público poderá saber quais as verdadeiras necessidades dos administrados e adequá-las aos seus planos de governos.

1.3.2 O Consensualismo na Administração Pública

A ilustríssima professora titular de direito administrativo da USP, Odete Medauar, assim define o *consensualismo* no âmbito da administração pública:

> A atividade de consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[13].

Não é outra a opinião do estudioso Almiro do Couto e Silva, para o qual:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> Fenômeno relativamente recente nas relações entre o estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.[14]

Como se pode perceber, os institutos acima estudados em tópicos próprios guardam uma ligação muito forte. É próprio dessa nova ideia de administração desburocratizar a *coisa pública*, tornando-a mais célere, com efetiva participação de pessoas não integrantes dos quadros dos agentes públicos (na grande maioria, servidores estatutários ou *celetistas*).

O consensualismo, como foi estudado acima, com seu ideal de administração concertada, vem ganhando cada vez mais espaço no cotidiano público, pois se vislumbra, de forma acertada diga-se de passagem, que dessa maneira a práxis administrativa restaria beneficiada e poder-se-ia atender mais rapidamente os administrados e suprir as lentas relações inter-administrativas[15], além de ser mais coerente em se tratando das necessidades públicas, dada a evolução da sociedade, a qual acarreta a hipertrofia da quantidade de tarefas dos gestores públicos. Assim, tal instituto traz consigo uma razão que tem base, fundamentalmente, nos princípios administrativos constitucionais expressos[16] mitigando, apenas, o da legalidade estrita.

Corroborando com o até aqui exposto, Enzo Roppo nos ensina que o *consensualismo* significa um fenômeno através do qual situações que digam respeito a interesses de pessoas privadas, os quais eram regulados por meio de procedimentos unilaterais da administração, tendem hoje a ser regulamentados por um instrumento convencional, consensual em substituição ao impositivo. Para

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tanto, faz-se uso de um contrato adaptado às peculiaridades com as quais é chamado a confrontar-se.[17]

O mesmo autor, de forma irretocável, assevera que uma das pontecialidades positivas do *consensualismo* é que este consubstancia-se em um instrumento de democracia e ao mesmo tempo ressalta o princípio da eficiência, o qual, como será melhor detalhado à frente, guarda intrínseca relação com os Contratos de Gestão, elevados à categoria constitucional pelo constituinte derivado, através da EC nº 19, de 1998.[18]

Nesse diapasão é que surge o tão propalado contratualismo (consensualismo) administrativo, tendo como desiderato primordial aproximar a sociedade, representada pelos administrados, dos gestores públicos, pois dessa forma toda atuação do Poder Público estaria respaldada nos principais anseios das coletividades locais.

1.4 CONTRATOS DE GESTÃO E SUA INTRÍNSECA RELAÇÃO COM OS INSTITUTOS ACIMA MENCIONADOS

Inovação trazida pelo legislador reformador com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 4 Junho de 1998, conhecida como o substrato constitucional da mais nova Reforma Administrativa brasileira, o § 8º do art. 37 da Magna Carta brasileira trouxe aquilo que a doutrina hoje consagrou como sendo "Contratos de Gestão". Não há, adiante-se, denominação totalmente apropriada e uniforme constante na própria Carta Política, haja vista ela tomar diferentes acepções ao passo que eles – os Contratos de Gestão – são realizado no âmbito do Executivo[19], ou fora dele, como na situação das Organizações Sociais, entidades paraestatais, conforme assevera o art. 5º da lei que as rege, *in verbis*:

> Para os efeitos desta Lei, entende-se por **contrato de gestão** o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.[20](grifo nosso)

Pois bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Foram traçadas nas linhas precedentes algumas premissas para o entendimento do tema ora em estudo. O ponto principal extraído delas reside no fato de que a administração pública restaria beneficiada caso o gestor público governasse para (e com) a coletividade, aproximando-se dos contribuintes, ouvindo a opinião pública e sempre levando em consideração as consequências da evolução social – nisto, relembre-se, corporificam-se os temas Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual.

Nesse contexto é que o instituto dos Contratos de Gestão toma relevante importância. Como foi dito, a EC nº 19/98 elevou à categoria constitucional o seguinte enunciado, hoje insculpido no art. 37, § 8º da Constituição Federal Brasileira, a saber:

> § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
>
> I - o prazo de duração do contrato;
>
> II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
>
> III - a remuneração do pessoal.[21]

Embora o enunciado supra faça referência a negócios apenas entre os órgãos da administração direta e indireta refuta-se toda e qualquer ideia de a administração fazer uso do Contrato de Gestão e, de modo mais remoto ainda, ser parte contratante apenas nesse âmbito, conforme inclusive já salientado no momento acerca das Organizações Sociais. Em outras palavras, como simplificam os docentes Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, os Contratos de Gestão são ajustes nos quais se busca o cumprimento de uma espécie de programa[22]. Lembremos, todavia, que esses ajustes objetivam sempre o interesse público, corolário do princípio da indisponibilidade do interesse público, uma das vigas mestras do regime jurídico administrativo brasileiro.

Dessa forma, concluímos ser clarividente que a Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual têm um cerne em comum em relação aos Contratos de Gestão, conquanto todos esses institutos fundamentam-

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

se no planejamento, na coordenação, visam dar ao governados um governo eficiente, o qual sempre atina para a celeridade administrativa, esta traduzida em metas de administração baseadas no contratualismo ou consensualismo; e, sobretudo, no princípio da eficiência[23], ideia central do que a doutrina moderna chama de administração pública gerencial.

Por fim, o entendimento dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ratifica tudo aquilo exposto precedentemente ao afirmar que o Contrato de Gestão é um instituto intimamente ligado ao princípio expresso constitucional de eficiência na administração de recursos públicos, postulado da denominada "administração pública gerencial", expressão esta que se contrapõe à "burocracia na administração", baseada de forma ferrenha no princípio da legalidade estrita. [24]

2 NOVO PARÂMETRO GERENCIALISTA DE ADMINISTRAÇÃO: o Contrato de Gestão

2.1 CONCEITOS DE CONTRATO DE GESTÃO

Como sabemos, a tarefa de conceituar determinado instituto é algo trabalhoso e delicado, cujo resultado pode ser nada pacífico pela crítica. Isso fica mais complicado ainda quando se está em pauta um tema relativamente novo e dito, por muitos, ser uma figura controvertida em nosso ordenamento jurídico – como é o caso do Contrato de Gestão. Ademais, cabe aduzir que no ordenamento jurídico brasileiro não existe definição legal para tal *nomen juris*.

Não obstante o parágrafo anterior, procuraremos citar vários conceitos postos pela doutrina que se debruça sobre o tema e, ao final, averbaremos aquele que mais se encaixa às peculiaridades do Contrato de Gestão.

Pois bem.

Preliminarmente, forneceremos o conceito formulado por um dos publicistas mais renomados do Brasil, José dos Santos Carvalho Filho, para o qual o Contrato de Gestão é um

> (...) verdadeiro contrato de gerenciamento, constituindo objeto do ajuste o exercício de funções diretivas por técnicos especializados, fato que poderá ensejar uma administração mais eficiente e menos dispendiosa dos órgãos e pessoas da Administração." [25]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Uma administrativista do mesmo quilate do citado acima, a professora Di Pietro, dá-nos o seguinte conceito do instituto em estudo, a saber:

> O contrato de gestão tem sido utilizado como forma de ajuste entre, de um lado, a Administração Pública Direta e, de outro, entidades da Administração Indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado e que poderiam ser enquadradas, por suas características, como entidades paraestatais [...] cujo objetivo do contrato é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. [26]

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello prefere, para ser mais didático, apenas dividir as categorias de Contratos de Gestão, ao afirmar que eles podem ser supostos "contratos" firmados com pessoas jurídicas da própria Administração Pública; ou "contratos" realizados com paraestatais pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, as Organizações Sociais, no caso. [27]

Já para o tradicionalíssimo e saudoso professor Hely Lopes Meirelles, o qual não poderia faltar neste trabalho monográfico, o Contrato de Gestão seria um instrumento através do qual seria feito um plano estratégico definidor de diretrizes, políticas e medidas, visando o fortalecimento institucional de determinada entidade e, consequentemente, sua autonomia restaria ampliada. O mesmo autor obtempera que o Contrato de Gestão, entretanto, não é fonte de direitos: é apenas um fato jurídico cuja consequência reside no ganho de benefícios previstos em lei. [28]

Para a insigne administrativista Odete Medauar, por sua vez, o Contrato de Gestão

> (...) é visto como técnica de gestão privada ou meio de propiciar autonomia a empresas, entes ou órgãos estatais, dentro de parâmetros fixados pelo poder central, ou, ainda, como técnica de descentralização. Mediante o contrato de gestão, são estabelecidos objetivos e metas a serem atingidos, ficando sua execução sujeita ao acompanhamento, fiscalização e sanção do poder público. Em geral, da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> celebração do contrato de gestão decorre o repasse de recursos ao ente estatal ou privado.[29]

Por fim, é de se salientar que vêm ganhando muito prestígio os ensinamentos de dois professores, já citados inclusive nesta monografia, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Os mesmo afirmam que os Contratos de Gestão são também chamados de Acordo-Programa, e arrematam o seguinte:

> O contrato de gestão seria um ajuste firmado entre a Administração Direta Centralizada e entidades da Administração Indireta, ou entre órgãos da própria Administração Direta, em decorrência do qual estes órgãos ou entidades assumem o compromisso de cumprir determinadas metas e, em contrapartida, ganham maior liberdade em sua atuação administrativa, passando a sujeitar-se, basicamente, ao controle relativo ao atingimento dos resultados pactuados. [...] Em outra hipótese, pode o contrato de gestão ser firmado entre a Administração Direta Centralizada e as organizações sociais, não integrantes da Administração Pública, mas que, entretanto, administram recursos ou bens públicos. Neste caso, a Administração Direta entrega à organização social os recursos públicos e passa a controlar o atingimento, pela entidade, das metas controladas.[30]

Em virtude da didaticidade e completude peculiares dos dois últimos autores citados, por óbvio conclui-se o leque de abrangência dos Contratos de Gestão, a saber: Administração Pública Direta, Administração Pública Indireta e entidades paraestatais, não integrantes da administração pública (Organizações Sociais).

2.2 A EVOLUÇÃO DA IDEIA DO CONTRATO DE GESTÃO NOS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS ALIENÍGENAS

2.2.1 Na França

A contratualização na seara pública francesa teve um considerável impulso a partir daquilo que se chamou de "renovação no serviço público", sobretudo devido à criação dos centros de responsabilidade e à ideia de ligação à administração central através de dois institutos, contrato e convenção[31].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É de bom alvitre afirmar, nas palavras do professor Gustavo Justino de Oliveira, que "o processo de contratualização no setor público desse país teve início com a divulgação do *Relatório Nora*, publicado em abril de 1967, o qual se centrava na melhoria das relações entre o Estado e as empresas públicas" [32].

Nesse relatório citado no parágrafo anterior constavam as metas do Estado francês e das empresas públicas, cujo principal pressuposto era aproximar-se daquilo que Jean Dufau afirmou ser uma

> (...) gestão industrial e comercial com o máximo de eficácia", composto basicamente de quatro premissas: a uma, o reconhecimento às empresas públicas de uma verdadeira autonomia de gestão; a duas, um incentivo à avaliação e à compensação das obrigações de serviço público impostas às empresas públicas; a três, melhoria da situação financeira das empresas públicas; e, a quatro, contratualização das relações entre o Estado e as empresas públicas.[33]

Todo esse idealismo citado acima só seria alcançado por meio de uma evolução gradativa, e isso aconteceu porque formalizaram-se uma série de contratos, quais sejam: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos.

Esmiuçemos cada um deles, na exata medida requerida por este trabalho de conclusão de curso.

Datados inicialmente de 1970, os contratos de programa são considerados a primeira etapa da contratualização francesa. Os mesmos traziam consigo alguns pressupostos básicos, como a necessidade de se estabelecerem convenções destinadas a regulamentar a repartição de responsabilidades entre o Poder Público e as empresas públicas, e os compromissos contratuais chamados de "contratos de programa". Ademais, vale salientar outro ponto importante: as aludidas empresas, como consequência, usufruíam de uma maior autonomia de gestão.[34]

Passada essa etapa preliminar, surgiram os contratos de empresa. Seu início remonta ao ano de 1976. Basicamente, tal ajuste tinha como substrato as recomendações insertas no relatório elaborado por Georges Vedel, preocupando-se com a melhoria do estado financeiro das empresas estatais da França. O que diferenciava os contratos de empresa dos contratos de programa reside no fato de estes terem prazos maiores em relação àqueles, vez que o primeiro era dissociado

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

do Plano Nacional francês, enquanto o segundo aderiu a esse Plano. Por isso, as empresas aderentes aos contratos de empresa vislumbravam uma maior liberdade em perseguir seus próprios objetivos.[35]

Posteriormente, ascendiam os contratos de plano, cujo início remonta aos anos de 1982. Sua base ideológica teve nascimento na "reforma do planejamento". Um ano após essa data, efetivamente firmaram-se contratos de plano, de prazo de 3 a 5 anos, com empresas estatais do setor concorrencial, vinculadas ao Ministério da Indústria e com as empresas ligadas ao serviço público[36]. Atente-se que neste instituto, consoante as palavras de Jean Dufau, "na prática foi suprimido o controle estatal *a priori*, passando a ser realizado unicamente um controle *a posteriori*[37], ou seja, a partir da ótica da execução dos contratos de plano." [38]

Como toda evolução, a etapa posterior traz os avanços das anteriores. Dessa forma, a considerada última etapa da contratualização francesa corresponde aos contratos de objetivos, postos em prática pelo Conselho dos Ministros, em 19 de Outubro de 1988. Diferem-se dos contratos de plano pelo fato de haver nos contratos de objetivo menos vinculação entre as partes, já que inexistem compromissos orçamentários por parte do Estado e de compromissos de pagamento de dividendos pelas empresas.[39]

Tendo em vista a análise feita nos parágrafos acima sobre a evolução histórica, necessita-se, por óbvio, informar como se encontra o consensualismo[40] na França. Este vive a fase, cada vez mais consolidada, da contratualização da gestão pública, na qual o estado busca um estilo de ação pública eficaz e uma organização administrativa eficiente, para impor sua força e atender à coletividade.[41]

2.2.2 A experiência Britânica

O substrato legal do contratualismo britânico aponta para o *framework document*. Isso foi resultado da Reforma Administrativa ocorrida no Reino Unido em 1979. Igualmente à francesa, é dividida em quatro fases, as quais serão examinadas doravante.

O pressuposto da unidade de eficiência constituiu a primeira fase da contratualização no Reino Unido.

Por meio dela, em 1982, foi instituída a *Iniciativa de Gerenciamento Financeiro*, que tinha por desiderato a implantação de sistemas e estruturas capazes de ajudar seus agentes no tocante ao conhecimento dos resultados, desempenhos, objetivos e atribuições do órgão, tudo isso visando eficiência no serviço público francês. Nisso constituiu-se a primeira fase do consensualismo britânico.[42]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que embalou a segunda etapa da Reforma Administrativa britânica foram os princípios da boa administração, os quais deveriam ser levados em conta nas ações do Governo. Eles estavam insculpidos no *White Paper on Efficiency in the Civil Service*. Significavam a atitude dos governantes baseada na importância da divulgação de informações, a bem explicada fixação das responsabilidades das autoridades e dos agentes, estimulando a delegação de atribuições etc.[43]

A terceira fase teve como marcos as agências executivas, figuras importantes que foram citadas no Relatório "Próximos Passos". Este relatório traçou algumas diretrizes no sentido de dissociar as atribuições acerca da elaboração das políticas e provisão de recursos daquelas concernentes às funções executivas e de gestão. As agências executivas, vinculadas a Ministérios, tinham características de conferir mais liberdade e autonomia a determinado serviço através e, por conseguinte, suas responsabilidades aumentariam conforme o nível do pactuado.[44]

A derradeira fase, aquela em que se encontra a administração britânica hoje, é marcada por trazer os princípios da Nova Administração Pública (ou NAP), haja vista a cronologia de suas fases trazerem a ideia de modelos administrativos gerenciais, por meio das quais é almejada a eficiência e orientação no serviço público.[45]

2.2.3 Na Itália

Na Itália despontou o instituto chamado de "acordo de programa". Pelas suas características, é muito parecido com o Contrato de Gestão brasileiro, inserto no § 8º do artigo 37 da Constituição da República brasileira. Ele, base da origem da contratualização no sistema italiano, representa "uma realidade intrinsecamente maleável e permeável a influxos externos", que mais parece uma técnica de organização bastante funcionalizada, visando, por meio de instrumentos jurídicos, os interesses públicos e privados a serem selecionados e objetivados, nas palavras do publicista Rosário Ferrara.[46]

Acordos administrativos. Esta segunda fase teve relevância pelo fato de a doutrina italiana teorizar acerca da mesma no tocante a três pontos principais, saber: à práxis administrativa, ao direito positivo e à recente política reformadora do Estado.

Quanto à práxis administrativa, os acordos citados no parágrafo precedente tinham razão de ser porque substituíam ou combinavam, quando possível, instrumentos autoritativos com procedimentos consensuais (concertados).[47]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em se tratando do direito positivo, a história italiana nos conta que ele corporificou as perspectivas de coordenação e colaboração entre os titulares de poderes e competências, como pondera Massimo Severo Giannini em seus escritos.[48]

Por seu turno, e para finalizar a historicidade da ideia do contrato de gestão na Itália, a prática realizada pela recente política reformadora do Estado italiano é aquela na qual mais está sintetizada a ótica do consenso administrativo. Ora, a Lei Constitucional 3 , de 18/10/2001, sinaliza a necessidade de se usar cada vez mais os acordos de programa na consecução de objetivos entre órgãos e entidades administrativas do Estado italiano. Outrossim, a reforma administrativa ocorrida na Itália, denominada de *Reforma Bassanini*, reforça o que foi dito. [49]

Pelo exposto, a Itália baseou-se em dois pilares quando da sua reforma administrativa: primeiramente, por uma forte reformulação de competências do Executivo italiano, dada a descentralização delas para entes locais; a outra viga-mestra reside no fato da agilização de processos administrativos através da desburocratização da administração, consoante os ditames da *Lei Bassanini 2*, a qual traçou novas linhas para a chamada *conferência de serviços*. Em vista disso, podemos afirmar que a experiência italiana foi fruto dos acordos administrativos, os quais vislumbravam uma atividade mais autônoma, o que veio a corroborar sobremodo aquilo defendido pelas bases ideológicas da administração pública consensual.[50]

2.2.4 Nos Estados Unidos da América

Podemos afirmar que a experiência estadunidense passou por uma reforma administrativa em 1993, com a *National Performance Review (NPR)*, levada a cabo pelo conhecido ex-presidente Bill Clinton. Vislumbrava-se aqui a implantação do *performance plan*, instituto norte-americano de eficiência que mais se aproximava do Contrato de Gestão brasileiro.[51]

No interregno do primeiro mandato do ex-presidente norte-americano supra (1993-1996), massificaram-se as ações de controle do gasto público e políticas fiscais severas, já iniciadas, é de bom alvitre mencionar, na Era Reagan (1981-1989). Baseado nisso, o Estado fazia nascer a ideia do empreendedorismo, buscando cada vez mais os resultados. [52]

Um dos pontos de maior destaque nesse contexto é justamente o foco na avaliação de desempenho, típico instrumento usado deveras nas empresas da iniciativa privada, sobretudo nos Estados Unidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De fato, Al Gore, vice-presidente durante a administração de Bill Clinton, no prefácio de seu relatório acerca de se 'Reinventar a Administração Pública', pregava uma administração pública eficaz, eficiente e capaz de solucionar os problemas surgidos. O doutrinador José Magalhães, ao analisar o relatório de Al Gore, consegue identificar quatro vigas mestras da boa gestão pública insertas neste. São eles: desburocratização da coisa pública; satisfação dos indivíduos governados; descentralização de poderes e competências; e a inovação de métodos para aperfeiçoar o serviço público[53].

Não obstante o explicado no parágrafo anterior, "a principal figura da reforma administrativa que expressa um acordo administrativo de cunho organizatório similar ao contrato de gestão de feição constitucional brasileiro, indubitavelmente, é o plano anual de desempenho das agências"[54]. Ele consubstancia-se em um acordo cujo cerne envolve os dirigentes das agências e o Diretor da Secretaria de Gestão e Orçamento, fulminando, assim, estruturas administrativas arcaicas e severamente hierarquizadas. Devem os responsáveis atuar de forma coordenada e integrada. Lembremos, por fim, que o *plano de desempenho* não poderá ser inferior a cinco anos contados do ano fiscal no qual foi realizado, e será de atualizado a cada período de três anos.[55]

2.3 O CONTRATO DE GESTÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.3.1 Considerações preliminares

A história administrativa brasileira do século passado, mais precisamente a partir da década de 1990, estava ávida por novos instrumentos que pudessem ser utilizados pela Administração Pública com intuito de imprimir eficiência à gestão pública. Na verdade, o que se via na administração até aquela década era um modelo administrativo baseado no controle de meios, de procedimentos, seguindo estritamente a lei, o que resultava fatalmente na indesejável burocratização da ação pública.

Os legisladores, administradores e publicistas não ficaram e nem poderiam ficar inertes ante tal contexto.

Vislumbrava-se então uma gestão célere, inteligente, capaz de atender a coletividade pondo em prática atitudes que conjugassem a praticidade e eficácia administrativas. A solução encontrada a partir desse contexto partiu do pressuposto de atribuir maior margem de autonomia para a figura dos gestores públicos, ou agentes públicos, porque estes estariam dotados de competências para adotar os

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

melhores caminhos no uso de suas atribuições administrativas. Restou configurada, assim, a ideia de se administrar para resultados, pois somente agindo com esta mentalidade a lentidão dos procedimentos administrativos daria lugar à eficiência administrativa.

Ante tal quadro que se instalou, em 4 de Junho de 1998, a Emenda Constitucional nº 19 trouxe à Magna Carta a previsão do Instituto do Contrato de Gestão, como veremos a seguir.

2.3.2 Primeiras previsões a respeito do Contrato de Gestão em nossa legislação

O pioneiro comando legal a disciplinar o Contrato de Gestão remonta ao Decreto nº 137, de 27 de Maio de 1991, instituidor do Programa de Gestão das Empresas Estatais. O aludido Decreto serviu de base, dessa forma, para a formação dos primeiros "contratos" que instrumentalizavam o alcance da ideia central do hoje Contrato de Gestão, isto é, a eficiência. As partes envolvidas no acordo, *in casu*, foram a Companhia Vale do Rio Doce (antes de sua privatização), a Petrobras e o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.[56]

Dessa forma, resta evidente que o cerne básico do Acordo-Programa vem de antes de sua elevação à categoria constitucional.

2.3.3 O Contrato de Gestão na Carta Magna Brasileira de 1988

É nesse contexto de se buscar maior eficiência na gestão pública que surge a figura do Contrato de Gestão no Brasil. Instituto não constante no texto constitucional originário, esse "acordo-programa" foi elevado à categoria constitucional, como salientado alhures, através da EC 19, de 4 de Junho de 1998, conhecida como o substrato constitucional da mais recente Reforma Administrativa brasileira, fruto do trabalho do constituinte reformador.

Impende ressaltar que, embora a figura do Contrato de Gestão esteja alocada no § 8º do artigo 37 da Constituição Brasileira (o qual não é original na CF consoante acima se afirmou) ela não o está de forma direta, explícita. Ele não faz menção ao termo "Contrato de Gestão", mas sim apenas ao termo genérico "contrato", conforme será exposto a seguir:

> § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante **contrato**, a ser firmado entre seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
>
> I - o prazo de duração do contrato;
>
> II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
>
> III - a remuneração do pessoal. (negrito nosso)

Nesse diapasão, o Contrato de Gestão representado apenas de forma genérica pela palavra "contrato" constante do § 8º do artigo 37 da CF/88 é um instituto que confere maiores autonomias orçamentária, financeira e, sobretudo, gerencial aos agentes públicos para estes, em nome do Estado, escolher a forma mais adequada de praticar determinado ato administrativo de forma mais conforme aos princípios administrativos constitucionais expressos e reconhecidos.

É importante lembrar de logo que o Contrato de Gestão não tem as mesmas características dos contratos administrativos, precedidos de licitação, previstos na Lei federal 8.666/93; nem dos contratos de concessão e de permissão disciplinados pela Lei 8987/95.

É de bom alvitre lembrar que este ponto será mais detalhadamente estudado no terceiro capítulo desta monografia, o qual tratará das hipóteses de possibilidades de ser firmar Contratos de Gestão na Administração Pública.

2.3.4 A expressa previsão do Contrato de Gestão na legislação de regência das Organizações Sociais, entidades paraestatais

Consta de forma explícita na redação da Lei Federal nº 9.637, de 15 de Maio de 1998, o instituto do Contrato de Gestão. Dispõe o seu artigo 5º, *caput*, inserido na Seção III da aludida Lei, que

> Para os efeitos desta Lei, entende-se por **contrato de gestão** o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.[57](destaque nosso)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em assim sendo, percebe-se que o intuito do legislador foi dar uma importância tamanha ao Contrato de Gestão e o fez tornando-o explícito, como demonstrado acima.

Segue o texto legal em seu próximo artigo, o 6º, afirmando que o acordo elaborado discriminará as obrigações do poder público e da Organização Social; outrossim, serão estabelecidas as atribuições e responsabilidades dos mesmo.

Finalizando a Seção III da Lei que se vem de examinar, o artigo 7º enumera os princípios basilares a serem observados, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. Ademais, lista alguns preceitos a serem também observados, como a especificação do programa de trabalho e a estipulação de limites e critérios para despesas.

A seção IV trata da execução e fiscalização do Acordo-Programa firmado, ponto que, assim como o anterior, será melhor detalhado mais à frente. Remetemos o leitor para a leitura do próximo capítulo a fim de evitar repetições desnecessárias.

Portanto, neste ponto ficaram estabelecidas algumas diretrizes a respeito da alocação do Contrato de Gestão na lei das Organizações Sociais, a Lei nº 9.637, de 15 de Maio de 1998.

2.4 AS ESTRITAS LIGAÇÕES EXISTENTES ENTRE A EC/19, PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O CONTRATO DE GESTÃO

Fruto da atuação do constituinte derivado, a Emenda Constitucional 19, de 4 de Junho de 1998, consubstancia aquilo que a melhor doutrina brasileira entende ser a última Reforma Administrativa pelo qual a legislação pátria passou até os dias hodiernos.

Com efeito, a mesma elevou a patamar constitucional expresso o princípio da eficiência, hoje inserto no *caput* do artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988. Tal princípio, sempre a ser observado por todos os entes da Administração Pública Direta e Indireta, e mais ainda, a toda e qualquer atividade administrativa seja típica ou atípica dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tem por diretriz substituir desorganização, morosidade, desperdícios e, sobretudo, ineficiência observados até a edição da referida EC. Em outras palavras, o princípio da eficiência visa a aproximar a atuação administrativa à gestão de empresas muito bem sucedidas do setor privado.

Eficiência é, por definição, um princípio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> (..) que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, **participativa**, eficaz, **sem burocracia** e sempre em **busca da qualidade**, primando pela adoção dos critérios legais e morais, necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social [58] (negritos nossos)[59]

Consoante os escritos da professora Di Pietro, o princípio da eficiência pode ser entendido sob dois aspectos, quais sejam:

a) Relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados;

b) Quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, exige-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos. [60]

Ao analisar esses trechos acima descritos conclui-se pelo propósito primordial do princípio da eficiência, o qual parte de dois pressupostos básicos: em relação ao primeiro, ressalta-se a intenção de todos os agentes públicos basearem-se na economicidade e produtividade de seus atos, e perseguir os melhores resultados de forma mais rápida aliada ao menor custo para o erário público.

O segundo aspecto, que mais se identifica com a ideia básica do Contrato de Gestão, tenciona sobre a forma de administrar para resultados, pois essa segunda ótica propõe formas de organização e estruturação as quais acarretarão melhora significativa na prestação do serviço público. E isso só é alcançado com a racionalização por parte do gestor público, o governante, a figura física da administração pública.

Pois bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Em verdade, o Contrato de Gestão basicamente representa um acordo de resultados que é firmado entre órgãos e entidades da Administração ou entre órgãos e paraestatais (Organizações Sociais, por exemplo). Com ele é trazida uma roupagem modernizadora administrativa. Assim sendo, ele formaliza um compromisso interno das partes que o pactuaram. Ele é voltado à qualidade da ação pública, traduzida na eficiência desta. O Acordo-Programa materializa toda a programação de praxe realizada pelos gestores públicos, densificando seus objetivos e metas que deverão ser alcançadas, com eficiência, na execução de suas políticas públicas.

Ante o exposto, vê-se que é evidente o estrito elo existente entre as figuras analisadas neste tópico.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO

2.5.1 Análise de duas opiniões divergentes

Sem sombra de dúvida é neste ponto que a maior celeuma a respeito do Contrato de Gestão se instala.

Antes de analisarmos a problemática que se instala sobre a natureza jurídica do Contrato de Gestão, cabe preliminarmente definir o que vem a ser "natureza jurídica" de determinado instituo jurídico. Esta expressão, nas palavras de Maria Helena Diniz, representa a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação"[61]. Em outras palavras, afirmar a natureza jurídica de um instituto consiste em determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no Direito. Seria como uma forma de localizar tal instituto topograficamente. Ou seja, é buscar o perfeito enquadramento de determinado instituto em seu correto gênero jurídico.

Pois bem. Como já sabemos o conceito do termo "natureza jurídica", passemos à análise dos divergentes posicionamentos.

De um lado, José Afonso da Silva aduz que o Acordo-Programa é "uma forma de contrato administrativo inusitado entre administradores de órgãos do Poder Público com o próprio Poder Público".[62] Entretanto, não pode prosperar a opinião do constitucionalista referido porque se assim o fosse uma a partes contratante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

com o Poder Público não visaria o interesse público, mas sim uma contraprestação pecuniária que lhe seria, e somente a ele, favorável, relegando a segundo plano, quando muito, o interesse da coletividade, princípio básico do Direito Administrativo. Então, o Contrato de Gestão não é um tipo de contrato administrativo.

De fato, a título de exemplo, a Lei federal 8.666/1993 regula as hipóteses de licitação e contratos a serem firmados com a Administração Pública. Todavia, como cediço, um particular ao contratar com o Poder Público não tem como primordial objetivo agradar a coletividade, mas sim assegurar seus interesses pessoais e econômicos em virtude de contratar com pessoas jurídicas bastante ricas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Mais uma vez nesta monografia será necessário recorrer aos conhecimentos dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo para elucidar o assunto ora em pauta. Os mesmos, citando a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dizem que raramente as características típicas de contratos estarão presentes quando da ocorrência do Contrato de Gestão em âmbito de Administração Direta, já que aqui os entes públicos não serem dotados de personalidade jurídica pelo fato de atuarem em nome da pessoa jurídica que integram. Neste caso, concluem, o pactuado Contrato de Gestão teria a natureza jurídica de *termos de compromissos*, os quais seriam assumidos pelos dirigentes dos órgãos, como sendo meros acordos.

Continuando, ao se firmar o mesmo Acordo-programa no contexto da Administração Indireta ele teria a natureza jurídica de *convênios*, vez que também aqui não podem existir interesses opostos.[63]

Talvez pelo fato de as Organizações Sociais não fazerem parte da Administração Pública pouco se fala a respeito da natureza jurídica do Contrato de Gestão por elas realizado. Contudo, chegamos a um senso comum de que esses Acordos-Programas também teriam a natureza jurídica de *convênios*. Deveras, resta à lei que as disciplina trazer as principais diretrizes sobre sua realização; e a Lei que as rege é a 9.637 de 1998. Este ponto será esmiuçado mais à frente, no terceiro capítulo.

2.5.2 Posicionamento adotado nesta monografia

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Logo, a tese defendida nesta monografia no que toca à natureza jurídica do Contrato de Gestão corrobora com essas elucidações até aqui trazidas: a cada formalização de Contratos de Gestão, este traz certas peculiaridades que apenas no caso concreto poderemos entender qual a real natureza jurídica do instituto jurídico adequado àquela ocasião.

Senão, vejamos.

Administração Direta é composta pelos órgãos integrantes das pessoas políticas do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) que exercem suas atividades de forma centralizada. Neste caso é bastante razoável que, uma vez realizado um Contrato de Gestão no âmbito da Administração Direta (como se falou acima, na mesma pessoa política), este tenha a natureza jurídica de "termos de compromissos", traduzidos em reais acordos, definidos como um mero compromisso formal dos signatários de concordar e acatar, em caráter irrevogável e irretratável aquilo estabelecido pelos representantes dos órgãos dentro de uma mesma pessoa política.

Apenas a título de exemplo, caso o Ministério da Fazenda recorra ao Contrato de Gestão, a ser firmado com o Ministério da Previdência Social com objetivo de dinamizar a troca de informações previdenciárias que subsidiarão execuções fiscais de contribuições relativas à Previdência esse ajuste se dará por meio de "Termos de Compromissos Interministeriais".

Por sua vez, o instituto mais adequado para emprestar sua natureza jurídica a um Acordo-Programa firmado entre Administração Direta e Administração Indireta é o *Convênio*. Por duas razões. A uma porque a Administração Indireta é vinculada à Administração Direta[64] e por essa razão o instrumento de controle necessita ter mais rigor do que 'simples' "termos de compromissos". A duas, haja vista o Convênio ser o meio utilizado como uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas para a consecução de objetivos de interesse comum, através mútua colaboração.[65]

Quando se toca no assunto da natureza jurídica do Contrato de Gestão firmado com Organizações Sociais, mesmo grande parte da doutrina sendo silente a respeito, concluímos que se trata também de características típicas de *convênios*, não cabendo mais explanações sobre este instituto pelas explicações já feitas no anterior parágrafo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Ante o exposto, ratificamos o que vimos de afirmar: dada suas peculiaridades, o Contrato de Gestão assume diferentes naturezas jurídicas a depender com quem o mesmo é feito, seja Administração Direta, Indireta ou entidades paraestatais (Organizações Sociais).

3 CONTRATOS DE GESTÃO REALIZADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E EM SUAS PARAESTATAIS, ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS E IMPLICAÇÕES NO SEU DESCUMPRIMENTO (POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA)

3.1 OS CONTRATOS DE GESTÃO REALIZADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

3.1.1 **Na Administração Pública Direta**

Antes de tudo, vamos esclarecer que ao analisarmos a doutrina acerca deste ponto, concluímos ser menos corriqueira a prática desses acordos em âmbito de Administração federal. Ora, em se tratando, ao menos, do âmbito federal, resta um pouco prejudicada, realmente, a práticas desses pactos em virtude de seus próprios e expressos princípios, listados a seguir: coordenação, planejamento, descentralização, delegação de competências e controle[66]. Isto é, todos estes comungam da ideia de eficiência, objetivo buscado pelos Contratos de Gestão. Não é à toa, então, que os concursos públicos mais respeitados encontram-se no âmbito federal, dada sua seriedade.

Tendo isso em mente, abramos um parêntese para esclarecer neste ponto, embora já pincelado acima, que a Administração Pública Direta compreende os órgãos integrantes das pessoas políticas do Estado[67] e exercem suas competências de forma centralizada.

Entretanto, como mencionado no decorrer desta monografia, é totalmente possível a hipótese de ocorrência dos Acordos-Programas em âmbito de Administração Direta. Outrossim, seja ela Federal, Distrital, Estadual ou Municipal a lei é silente a respeito da inocorrência desses ajustes nesses âmbitos da administração; daí concluir-se que é possível, sim, a ocorrência de Contratos de

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Gestão entre órgão integrantes das pessoas políticas do estado, as quais têm competências para atuar de forma centralizada.

Ministérios integrantes da Administração Direta, então, ao efetuarem o Contrato de Gestão, consubstanciarão o ajuste firmado em um documento denominado de "termo de compromissos", o qual estabelecerá todas as diretrizes básicas buscadas por ambas as partes "contratantes".

Uma vez descumprido esse termo de compromisso, o gestor público responsável pela inadimplência deverá ser responsabilizado perante a autoridade pública competente, a qual tomará as medidas punitivas cabíveis.

Nessas ideias é que consiste basicamente o Contrato de Gestão realizado na Administração Pública Direta.

3.1.2 **Na Administração Pública Indireta**

Comentemos, nesta oportunidade, sobre os Contratos de Gestão realizados no âmbito da Administração Pública Indireta. Com efeito, esta basicamente é o conjunto de entidades administrativas, as quais são vinculadas à administração direta e exercem suas competências de forma descentralizadas.

Consta no Decreto-Lei 200, de 1967, em seu artigo 4º, que a administração pública indireta (federal), compreende as Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas. Vale lembrar que embora esse Decreto refira-se apenas ao âmbito federal, esse seu conteúdo se estende às demais entidades políticas por força do artigo 37 da Constituição Federal do Brasil.

Com efeito, a Administração Indireta, em virtude de comando constitucional[68], também é guiada pelo princípio da eficiência, o qual, juntamente com o Contrato de Gestão, alocado no §8º do art. 37 constitucional, foi trazido a patamar Magno pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Dessa forma, é plenamente possível e em alguns casos até recomendada a ocorrência de acordos entre a Administração Indireta e sua respectiva pessoa política instituidora. Vislumbra-se, ao atuar dessa maneira, uma maior praticidade e celeridade nas atividades desenvolvidas pelos órgãos incumbidos de determinada tarefa imposta pela lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

3.1.2.1 Agências Executivas e o Contrato de Gestão

Nesse cenário, importantes figuras que se destacam ao pactuarem Contrato de Gestão são as Agências Executivas. Com efeito,

> (...) a lei 9.649, de 27 de maio de 1998, embora promulgada antes da Emenda 19/1998, autorizou o Poder Executivo a qualificar como agência executiva a autarquia ou a fundação pública que houvesse celebrado contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor, para o fim de cumprir objetivos e metas com este acertados.
>
> Agência Executiva não constitui, portanto, figura nova da estrutura formal da Administração Pública, **mas sim uma qualificação especial que poderá ser conferida pelo Poder Público às autarquias e às fundações públicas que com ele celebrem contrato de gestão** e atendam aos demais requisitos fixados pela Lei 9.649/1998. (grifos e negritos nossos)[69]

É muito importante ter em mente que as agências executivas não constituem nova entidade integrante da Administração Pública Indireta brasileira, mas sim encerram uma denominação atribuída às autarquias e/ou fundações as quais estipulem por meio de Contrato de Gestão todas as suas metas a serem cumpridas com o ministério ao qual são vinculadas.

Em outras palavras, é mister fazer o Acordo-Programa para autarquias e fundações que estejam em situação de total ineficiência, mal geridas, cujos resultados sejam desastrosos na prática. Ao fazê-lo, tornar-se-ão Agências Executivas.

Ratifica o acima escrito o artigo 51 da Lei 9.649/1998, que reza:

> Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a **autarquia ou fundação** que tenha cumprido os seguintes requisitos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
>
> II - ter celebrado **Contrato de Gestão** com o respectivo Ministério supervisor.[70] (negritos nossos)

Não se pode olvidar de afirmar que depois da celebração do Contrato de Gestão, o instrumento utilizado para se reconhecer a autarquia ou fundação como Agência Executiva é o decreto.

Aliado às condições expostas alhures, ressaltemos o seguinte: é exigido ainda um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em desenvolvimento para a obtenção do título de Agência Executiva, consoante termos do inciso I do citado artigo.

Por fim, impende ressaltar a hipóteses de ocorrer a desqualificação da entidade, mediante decreto, caso ela descumpra exigências estabelecidas na legislação e, obviamente, no Contrato de Gestão.

3.1.2.2 Agências Reguladoras e o Contrato de Gestão

Não constando na Constituição com o nome mais usual, mas sim como "órgão regulador", essas figuras regulatórias possuem importância extrema na ordem jurídica desde os anos 90 até os dias hodiernos.

Com efeito, no início da década de 90 foi implantada aqui no Brasil a política econômica do "neoliberalismo". Ela tinha como cerne a ideia de que o estado era deveras ineficiente quando comparado ao setor privado em se tratando de exercer atividades econômicas em sentido amplo. O que na verdade se buscava era diminuir ao máximo o tamanho da máquina estatal[71] nessa seara; e dessa forma restava ao setor privado a tarefa de explorar as atividades de produção direta de bens e prestação de serviços.

Ora, nesse contexto, necessitava-se sobremaneira, de igual modo, da intervenção do Estado nessas relações econômicas, de forma a regulá-las, pois caso houvesse a abdicação por parte do estado de interferir na prestação de serviços públicos privatizados e nas relações empresariais, poder-se-ia ocorrer o colapso de setores essenciais para o Brasil. E o Estado, então, o fará intervindo no domínio econômico adotando práticas anticoncorrenciais.[72] Nossa doutrina costuma citar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algumas modalidades de atuação no domínio econômico: criação de empresas estatais, controlar o abastecimento, reprimir o monopólio e o abuso do poder econômico e atuar no tabelamento de preços.

É de bom alvitre salientar que a atividade regulatória não é corolário do movimento de privatizações que se vê há algum tempo. Outrossim, é errônea a afirmação que aduz que essa regulação somente pode ser exercida pelas Agências Reguladoras, vez que, por exemplo, artigo 174 da Constituição Federal de 1988 garante tal atribuição ao Estado, e não apenas às entidades administrativas denominadas Agências reguladoras.

Como já esclarecemos alguns pontos em relação às Agências Reguladoras, passemos à exposição do seu conceito.

Sendo assim, podemos conceituar as Agências Reguladoras até hoje criadas[73] como

> (...) entidades administrativas com alto grau de **especialização técnica**, integrantes da estrutura formal da administração pública, instituídas como **autarquias sob regime especial**, com a função de regular um setor específico de **atividade econômica ou** um determinado **serviço público**, ou de intervir em certas relações jurídicas decorrentes dessas atividades, que **devem** atuar com a maior autonomia possível relativamente ao Poder Executivo e com **imparcialidade**perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade).[74] (negritos no original)

Após darmos as linhas gerais acerca das Agências Reguladoras, nesta oportunidade elucidaremos sobre o Contrato de Gestão realizado nos âmbitos delas.

Como já sabemos, as Agências Reguladoras (assim como as Agências Executivas), não constituem nova espécie de entidade integrante da Administração Indireta, mas sim são autarquias sob regime especial. De igual maneira, convém expor o seguinte: pode, ou não, haver norma na lei instituidora impondo a celebração de Contrato de Gestão com o Poder Público.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É de total harmonia jurídica a possibilidade de se firmar o Acordo-Programa com Agência Reguladora porque esta traz em suas características a necessidade de contar com meios que assegurem uma razoável autonomia perante o Poder Executivo. Ora, como bastante debatido aqui nesta monografia, o Contrato de Gestão vem a calhar com o instituto em tela.

Com efeito, ao se firmar o Acordo-Programa com uma Agência Reguladora, esta verá suas autonomias gerencial, orçamentária e financeira aumentarem. Com isso, ter-se-ão maiores aportes de recursos para bem desenvolver suas atribuições e seus estudos, para editarem normas através de regulamentos delegados ou autorizados.

Para finalizar, com intuito de bem ilustrar na prática essa situação exposta no parágrafo precedente, e para enriquecer este Trabalho, segue em anexo (Anexo A) um Contrato de Gestão, bastante recente diga-se de passagem[75] pactuado pela ANS e pela União, representada pelo Ministério da Saúde.

3.1.3 O Contrato de Gestão e as Organizações Sociais[76]

Primeiramente, cabe trazer algumas noções preliminares daquilo que vêm a ser Organizações Sociais. Não integrantes da administração pública brasileira em sentido formal, essas entidades paraestatais de direito privado sem fins lucrativos também compõe o denominado "Terceiro Setor"[77].

Nas palavras da professora Di Pietro, portadora de habitual acuidade,

> Organização Social é a qualificação dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante Contrato de Gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social; a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o Poder Público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo Poder Público.[78]

Ante tal perspectiva, essas pessoas jurídicas não integrantes da Administração Pública brasileira passam por uma situação análoga às Agências Executivas. Estas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

assim como elas, adquirem a denominação especial ao realizar o Acordo-Programa; com efeito, elas não nascem juridicamente com a denominação de Organizações Sociais ou – segue o mesmo raciocínio para estas - Agências Executivas, mas são, a priori, associações, fundações ou autarquias, as quais, após firmarem o "Instituto da Eficiência" doravante serão consideradas Organizações Sociais[79] ou Agências Executivas, conforme o caso. Então, seus novos *nomen iuris* são corolários dos Contratos de Gestão firmados.

Sigamos.

Como subsídio legal para a presente análise, lançar-se-á mão da Lei nº 9.637, de 27 de Maio de 1998, a qual, além de dar outras providências, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização (PNP), a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por Organizações Sociais.

A citada aduz, em síntese, que o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade que será qualificada como Organização Social será o Contrato de Gestão, como já ressaltado. Outrossim, este instituto será elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora responsável e a associação ou fundação privadas. Constará no mesmo acordo todas as discriminações obrigacionais de ambas as partes.

Após ser redigido o Acordo-Programa e aprovado pelo Conselho de Administração da entidade, será ele levado à análise do Ministro de Estado ou quem fizer suas vezes para a "homologação".

Insta afirmar que são imprescindíveis alguns dispositivos no pacto que fora firmado, tais como: metas a serem atingidas, critérios objetivos de avaliação e de desempenho, forma de retribuição pecuniária e vantagens de quaisquer naturezas as quais serão recebidas pelos dirigentes e respectivos empregados.

Será indispensável, a cada término de exercício, ou quando se fizer necessário, a Organização Social fornecer relatório minucioso conclusivo quanto à execução do Contrato de Gestão, com as respectivas metas planejadas e as realmente alcançadas. Tudo isso, e mais o que dispuser o Acordo-Programa, será avaliado por uma comissão composta por especialistas, de notórias sabedoria e capacidade,

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indicada pela autoridade supervisora. Aproveitamos, também, para lembrar que há a dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados com a Administração Pública.[80]

Por fim, faz-se mister assinalar o ponto que segue. Como é sabido, quem gere dinheiro público deve sofrer fiscalização. Com as OS não seria diferente. O Tribunal de Contas deverá ser informado pelos dirigentes responsáveis sobre eventuais irregularidades ocorridas ao longo do lapso temporal combinado; tendo ocorrido alguma irregularidade ou ilegalidade os responsáveis comunicarão ao Tribunal de Contas o acontecido, sob pena de responsabilidade solidária. Igualmente, a qualquer momento, deverão as informações requeridas serem informadas ao Tribunal de Contas.

3.1.3.1 O Contrato de Gestão não é meio de burlar o instituto do concurso público

Como é cediço, concurso público é a condição de ingresso para "a investidura em cargo ou emprego público"[81]. Ele se dá por meio de prévia aprovação em provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza do cargo ou emprego público para o qual se presta o concurso público.

Inobstante isso, surgem alguns comentários, que merecem ser refutados de plano diga-se de passagem, os quais afirmam que o Contrato de Gestão é meio de se burlar o instituto do concurso público. Não podem, de forma alguma, prosperar tais opiniões.

O Contrato de Gestão não forma servidores públicos nem em sentido amplo.[82] De forma nenhuma. É pacífico, entretanto, que essa problemática não tem importância alguma quando se estuda um Acordo-Programa que envolve a Administração Direta e Indireta. Então, não há que se falar em burla ao concurso público, vez que, se nenhuma irregularidade houver acontecido, os envolvidos nesse ajuste são devidamente concursados por força do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988.

A celeuma se instala basicamente no caso das Organizações Sociais. Já foi explicado acima que essas entidades são paraestatais, isto é, não integram a Administração Pública brasileira. São apenas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, formadas por particulares, que recebem do Poder Público a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

delegação para desempenhar serviço público de natureza social. É condição obrigatória a celebração de Contrato de Gestão para atuarem como paraestatais.

É notório que os integrantes das aludidas entidades são particulares não investidos em cargos públicos, sem quaisquer ligações pré-existentes com o âmbito público.

Vislumbramos, entretanto, dois pontos que podem causar certa confusão com relação a este tópico. Vamos a eles. Mas, sem esquecer que o Contrato de Gestão não burla, de forma alguma, o concurso público; não é meio de adquirir cargo ou emprego público sem os ditames legais.

Primeiramente, o vínculo que se estabelece tem base legal com fulcro na Lei nº 9.637 de 1998. É apenas uma qualificação, um título legal para a pessoa jurídica ocupante de um dos polos do ajuste. Ela é declarada pelo artigo 11 da referida lei, não vindo a integrar a Administração Pública em sentido formal, subjetivo ou orgânico.

Por último, vale salientar que o Poder Público depois de firmar o Acordo-Programa, conforme as palavras da professora Di Pietro, ajudará a Organização Social destinando a ela recursos financeiros e bens necessários ao cumprimento do Contrato de Gestão, mediante permissão de uso, dispensando licitação, e cederá, de forma especial, servidores públicos.[83]

Notemos que nesse último ponto os servidores públicos envolvidos pertencem ao próprio Poder Público e, repita-se, não da organização Social pactuante, razão pela qual deve ser afastado o entendimento de que o Contrato de Gestão burla o concurso público. Mesmo porque, ao fim do ajuste realizado, os servidores cedidos voltarão aos seus quadros de origem.

Assim, alguma controvérsia poderia se instalar em relação a esses dois pontos acima citados, mas, com base nos argumento expostos acima, afasta-se tal possibilidade.

3.1.3.2 Comentários sobre a celeuma instalada acerca do Contrato de Gestão entre o Hospital do Trauma e a Organização Social Cruz Vermelha, no Estado da Paraíba

Recentemente, em Junho do ano de 2011, foi celebrado um Contrato de Gestão entre o Governo da Paraíba e a Cruz Vermelha, para que esta Organização

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Social firmasse uma gestão compartilhada com o Hospital de Emergência e Trauma de João Pessoa. Esse Acordo-Programa foi prorrogado por igual período por um valor adicional de pouco mais de 44 milhões de reais.[84]

O Governador da Paraíba, Ricardo Coutinho, em entrevista afirmou que em menos de 3 (três) meses o hospital cumpriu cerca de 80% das 36 metas estratégicas traçadas no acordo.[85]

O secretário de Saúde da Paraíba, Waldson de Souza, em vistoria ao mesmo nosocômio, ratificou o que escrevemos acima: 80 % das metas já foram cumpridas em menos de 3 (três) meses. E arrematou, ressaltando o fim último do Contrato de Gestão, o seguinte: "É muito melhor ter segurança a partir de um **contrato de metas**".[86] (negritos nossos).

Entretanto, a Procuradoria do Trabalho de João Pessoa ingressou com uma ação tentando anular o segundo contrato, sob o argumento de que o Contrato seria nulo de direito, pois, entre outros argumentos, a contratação de pessoal se deu sem concurso público para exercer atividade-fim. O Tribunal Regional do Trabalho por sua vez, em sessão extraordinária, rejeitou o recurso e manteve a Cruz Vermelha no Trauma de João Pessoa.

3.2 JURISPRUDÊNCIAS CONCERNENTES AO CONTRATO DE GESTÃO

Como já foi inclusive afirmado no decorrer dos tópicos integrantes desta monografia, a jurisprudência acerca do Contrato de Gestão é meio escassa em virtude de o tema ser relativamente novo em nosso ordenamento jurídico. Conquanto essa figura seja recente em nossas leis, tentaremos expor aqui alguns julgados que digam respeito às características gerais desse acordo firmado seja no âmbito da Administração Direta, Indireta ou com Paraestatais.

Vamos a elas. Primeiramente, citaremos um julgado do Tribunal de Contas da União. A celeuma instalada dizia respeito à prestação de contas do exercício de 1997, na qual observaram-se eventuais impropriedades formais ocorridas no curso do interregno do pactuado. O acórdão reza o seguinte:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos de prestação de contas da Associação das Pioneiras Sociais - APS, relativa ao exercício de 1997; Considerando que, dos exames efetuados pela Unidade Técnica deste Tribunal, não resultaram evidenciadas falhas ou impropriedades, quanto aos aspectos financeiros, orçamentários, contábeis ou patrimoniais, capazes de macular as contas da Associação; Considerando que as justificativas apresentadas pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inexecução parcial ou total de alguns dos programas previstos no Plano Operacional da APS merecem ser acolhidas; Considerando que na auditoria realizada no exercício, correspondente às presentes contas, com o objetivo de efetuar o acompanhamento previsto no inciso XIV, do art. 3º, da Lei nº 8.246/91, para avaliação do cumprimento do Contrato de Gestão firmado entre a União e a APS, não foram identificadas irregularidades, mas, apenas, falhas e impropriedades que resultaram em determinações feitas por intermédio da Decisão Plenária nº 102/99, proferida na Sessão de 24.03.99; Considerando a recente assinatura de um novo contrato de gestão entre a União e a Associação das Pioneiras Sociais - APS, como resultado dos trabalhos da comissão instituída pela Portaria nº 476/2000, do Ministério da Saúde; Considerando os pronunciamentos da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal no sentido de que as contas da APS sejam julgadas regulares com ressalva; Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos artigos 1º, I, 16, II, 18 e 23, II, todos da Lei nº 8.443/92, em: 8.1. julgar regulares com ressalvas as contas da Associação das

Pioneiras Sociais - APS, relativas ao exercício financeiro de 1997, dando-se quitação aos responsáveis indicados no item 03 deste Acórdão; 8.2. determinar à Associação das Pioneiras Sociais que: 8.2.1. apresente, na próxima prestação de contas, a legislação e o Manual de Organização que contêm as atribuições da Auditoria Interna da APS; 8.2.2. apresente, nas próximas prestações de contas, a situação atualizada da obra do Centro de Reintegração do Deficiente Físico - HOSTEL; 8.2.3. encaminhe o rol dos responsáveis nos termos estabelecidos nos artigos 10 e 11, da IN nº 12/96 - TCU; 8.2.4. passe a incluir, nos processos de contratação de serviços de auditoria interna e externa, justificativas que demonstrem de modo objetivo e inequívoco a impossibilidade técnica da Auditoria Interna em dar

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> atendimento à demanda; 8.3. determinar à Subsecretaria de Assuntos Administrativos do Ministério da Saúde que envide esforços no sentido de regularizar a situação dos imóveis da União que estão sob a responsabilidade da APS.[87]

Como pudemos observar, toda controvérsia residiu no ponto sobre a prestação de contas do exercício do ano de 1997. Contudo, os julgadores concluíram pela inexistência de reais indícios que comprovassem a materialidade de irregularidades gerencial, orçamentária e financeira. De igual maneira, julgaram as justificativas para a inexecução de ponto acordados palpáveis. Em assim sendo, as contas ao final, foram julgadas regulares, mas com ressalvas, e estas foram no sentido de as próximas serem feitas com a apresentação da legislação própria e o Manual de Organização da APS; além de outras informações e comportamentos requisitados.

Outro Acórdão, agora de lavra do Supremo Tribunal Federal, aduz o seguinte:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. **CONTRATO DE GESTÃO FRAUDULENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO POR VERBAS TRABALHISTAS**. ALEGADA OFENSA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (ARE 657373 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012).[88] (negritos nossos).

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal negou provimento a Agravo Regimental, ficando a decisão agravada intocada, para afirmar que o Contrato de Gestão foi fraudulento e que a responsabilidade, nesse caso concreto, é subsidiária do Estado pelas verbas trabalhistas.

Sendo assim, ficou mostrado com as jurisprudências acima que o Acordo-Programa está registrado nas decisões de nossos Tribunais, mesmo que de forma escassa, é verdade, mas o fato é que ele está se sedimentando aos poucos pelo seu mister constitucional: imprimir eficiência no serviço público e corroborar com todos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

os princípios do Direito Administrativo, sejam eles constitucionais expressos ou reconhecidos implícitos.

3.3 IMPLICAÇÕES DO DESCUMPRIMENTO DAS METAS CORPORIFICADAS NO CONTRATO DE GESTÃO

3.3.1 **Considerações primeiras**

No campo do Direito, todo descumprimento doloso ou culposo é reprimido por nosso ordenamento jurídico. Quando ele surge, enseja a chamada "responsabilidade" por parte de quem deu causa. Ora, quando um agente, de forma dolosa ou culposa, causa dano moral ou patrimonial a alguém e resta comprovado o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a conduta do agente surge a denominada responsabilidade civil. Do mesmo modo, fica caracterizada a responsabilidade civil da administração pública quando um agente público, atuando nessa qualidade, cause danos a particulares. O Estado terá de indenizar este último.

Queremos demonstrar com essas explanações, então, que seu um dirigente que efetuara um Contrato de Gestão não cumprir com suas metas acordadas, com ele não será diferente - ele terá de ser responsabilizado por sua conduta.

3.3.2 Consequências do descumprimento nos órgãos e entidades citadas no decorrer desta monografia

3.3.2.1 Nas Agências Executivas

Primeiramente, discorreremos sobre o descumprimento no âmbito das Agências Executivas. Já foi inclusive aqui pincelado que estas agências perdem a qualificação adquirida pelo fato de descumprir as metas contidas no Acordo-Programa e na legislação. Isso ocorrerá através de decreto. Sendo assim, voltará a ser a antiga autarquia ou fundação de outrora, conforme se extrai de uma interpretação *a contrario sensu* do citado art. 51, caput, da Lei 9.649/1998. Responderão, igualmente, perante o respectivo Tribunal de Contas, pelo fato de lidarem com dinheiro público.

3.3.2.2 Nas Organizações Sociais

Com efeito, dispõe o artigo 16 da Lei 9.637 o seguinte:

> Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.
>
> § 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> defesa, **respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão**.
>
> § 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. [89] (negritos nossos)

Ao analisarmos o preceito legal acima, primeiramente concluímos que a perda do título de "Organização Social" é corolário natural do não cumprimento do disposto no Contrato de Gestão. Essa perda terá que de ser apurada mediante processo administrativo, obviamente com o direito de ampla defesa.

Impende ressaltar que a responsabilidade pelos danos e prejuízos decorrentes das condutas dolosas ou culposas dos dirigentes da Organização Social será individual e de forma solidária. Outrossim, todos os recursos, sejam bens ou dinheiro destinados à Organização Social descumpridora de suas metas serão revertidos para a pessoa com a qual foi acordado o Contrato de Gestão. Outrossim, responderão perante o respectivo Tribunal de Contas, pelo fato de lidarem com dinheiro público.

3.3.2.3 Nas Agências Reguladoras

Neste caso, uma vez descumprido o ajuste pactuado no Contrato de Gestão tal atitude gerará responsabilidade para o dirigente que deu causa, obviamente. Conquanto não se tenha nenhuma lei dispondo sobre a matéria, preferimos aduzir neste momento apenas que os dirigentes envolvidos responderão pela sua conduta, dolosa ou culposa. Responderão, também, perante o respectivo ribunal de Contas, pelo fato de lidarem com dinheiro público.

3.3.2.4 Nas Administrações Direta e Indireta

Neste momento, igualmente ao tópico precedente, não temos legislação específica que nos dê o caminho a ser seguido quando do descumprimento do Contrato de Gestão. Tentaremos, nas linhas seguintes, dar nosso melhor entendimento sobre as possíveis punições para os dirigentes, ou quem de direito, causadores do inadimplemento do Acordo-Programa.

Comecemos pelas pessoas políticas atuantes de forma centralizada. Ministérios integrantes da Administração Direta, então, ao efetuarem o Acordo-Programa, consubstanciarão o ajuste firmado em um documento denominado de "termo de compromissos", o qual estabelecerá todas as diretrizes básicas buscadas por ambas as partes "contratantes".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Uma vez descumprido esse termo de compromisso, o gestor público responsável pela inadimplência deverá ser responsabilizado perante a autoridade pública competente, a qual tomará as medidas punitivas cabíveis.

Nessas ideias é que consiste basicamente o Contrato de Gestão realizado na Administração Pública Direta.

Já em relação à Administração Indireta, o Convênio é a figura que mais se assemelha ao Acordo-Programa pactuado entre a Administração Indireta e a Administração Direta, como já sabemos.

É de bom alvitre relembrar que a Administração Indireta é composta por autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. As duas primeiras já foram objeto de análise, quando expusemos comentários sobre as Agências Executivas.

Não obstante, é pacífico que sociedades de economia mista e empresas públicas podem realizar Contratos de Gestão. E o farão com seu respectivo Ministério supervisor para aumentar suas autonomias gerencial, orçamentária e financeira.

Esse entendimento é ratificado com a inteligência do §8º do art. 37 da Constituição, quando este aduz que "a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e **indireta** poderá ser ampliada mediante contra (...)".(negrito nosso)

Tal pactuado, então, terá natureza jurídica de Convênio, já que os objetivos institucionais são comuns, com mútua cooperação, objetivando resultados comuns. Em caso de descumprimento, como lidaram com dinheiro público, responderão, da mesma forma, junto ao Tribunal de Contas, não se esquecendo das demais punições que estarão previstas no Contrato de Gestão.

3.3.3 Possibilidade de incidência na Improbidade Administrativa – Lei 8.429 de 2 de Junho de 1992

Foram expostas nos tópicos precedentes algumas responsabilidades básicas, de praxe, nas quais incorrem os responsáveis, geralmente dirigentes dos órgãos envolvidos (ou representantes das futuras Organizações Sociais), pelo descumprimento do acordo pactuado dentro do Contrato de Gestão.

Entretanto, o ponto mais importante do presente capítulo reside no fato de a conduta do dirigente responsável poder ser enquadrada como ato de Improbidade Administrativa, com fulcro na Lei 8.429/1992. A doutrina usada nesta monografia, em geral, é silente sobre o assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Com efeito, a aludida Lei tipifica como atos de improbidade administrativa as seguintes condutas: as que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); as que causem prejuízo ao erário (art. 10); e as que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11)[90].

É fato que um administrador não guiado pelos princípios constitucionais da Administração Pública, influenciado por outros administradores desonestos, pode, entre outras desonrosas condutas, firmar um contrato e descumpri-lo para auferir vantagens pessoais, benefícios financeiros e demais ilegalidades.

Tendo isso em vista, naturalmente se cogita a situação de um dirigente público descumprir e fraudar o conteúdo de um Contrato de Gestão firmado para modernizar a administração e imprimir eficiência no âmbito do órgão ou entidade pactuante. Faz-se oportuno lembrar que são causas de excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior que impossibilitem o efetivo cumprimento daquilo acordado no Acordo-Programa, como uma avassaladora crise financeira inesperada.

Em assim sendo, essa conduta do ímprobo administrador pode irradiar, a nosso ver, nas três esferas de ilegalidade abraçadas pela lei de Improbidade Administrativa.

Senão, vejamos.

A principal meta do Contrato de Gestão é desburocratizar a Administração Pública com o aumento da eficiência das atividades realizadas, focando o controle nos fins. Como corolário do descumprimento do Acordo-Programa, resta clarividente que o princípio da eficiência da Administração Pública, com sede constitucional relembre-se, ficará prejudicado, vez que os dirigentes envolvidos não cumpriram com suas tarefas legais. Justamente por isso é que se entende como ato de improbidade a inadimplência do Contrato de Gestão, a qual repercutirá na não observação do princípio constitucional da eficiência (art. 11).

Por outro lado, a legislação pátria exige o uso dos recursos públicos condicionado à utilização em prol da coletividade, sempre em busca do melhor interesse público adequado ao caso concreto. Vemos, portanto, perfeita adequação tipificada no art. 10 da lei em comento caso um dirigente ou administrador público não leve a cabo o que fora pactuado no Acordo-Programa e, a título de exemplo, desvie a verba pública destinada ao ajuste firmado ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(...) qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...) *omissis*

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...) *omissis*

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...) *omissis*

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

(...) *omissis*[91] (negritos nossos).

Ao incorrer em umas dessas práticas o dirigente fatalmente deverá ser punido com base na Lei 8.429/92 nas cominações expostas adiante.

Igualmente, também é considerado ato de improbidade administrativa por parte do dirigente desonesto quando este auferir tipos de vantagens patrimonial indevida em razão de cargo público (art. 9º). Ou seja, firma-se um Contrato de Gestão e o administrador ao traçar as metas do ajuste aufere, de qualquer modo, vantagem patrimonial.

Por fim, o artigo 12 e seus incisos trazem as punições cabíveis para cada tipificação prevista na Lei 8.429/1992, quais sejam:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.[92]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, o inciso I afirma que se um gestor público incorrer na conduta tipificada no art. 9º da lei acima citada, ele perderá os bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, ressarcirá de forma integral o dano, caso este fique comprovado. Também o ímprobo perderá sua função pública e terá seus direito políticos suspensos de 8 (oito) a 10 (dez) anos. Será, outrossim, cominada a ele a pena de pagamento de multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e ficará impedido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de 10 (dez) anos.

Por sua vez, reza o inciso II que, caso o agente público incorra na conduta tipificada no artigo 10, ele ressarcirá o dano de forma integral; perderá os bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; perderá sua função pública; terá seus direito políticos suspensos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos; pagará uma multa civil de até 2 (duas) vezes o valor; estará proibido de celebrar contratos com o Poder Público e de receber benesses do governo pelo prazo de 5 (cinco) anos.

O último inciso, por seu turno, o mais brando, aduz o que se segue. Incorrendo a conduta do administrador no artigo 11, o mesmo ressarcirá integralmente o dano, perderá, assim como nos incisos precedentes, a função pública; igualmente, verá seus direitos políticos suspensos de 3 (três) a 5 (cinco) anos. Difere, neste caso, a multa a ser aplicada: ser-lhe-á aplicada a multa de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração auferida pelo agente. Quanto às benesses que poderiam ser recebidas do Poder Público, este ficará impedido de cedê-las ao gestor ímprobo pelo prazo de 3 (três) anos.

Ante o exposto, vislumbra-se uma hierarquia de penas que a lei estabeleceu entre os atos de improbidade ocorridos pelas condutas dos administradores ímprobos no tocante à sua lesividade e gravidade, sendo as mais graves as alocadas no inciso I e as menos graves nos demais incisos, com uma gradação da maior para a menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contrato de Gestão é um ajuste firmado no âmbito da Administração Pública Direta, Indireta e entre estas com as Organizações Sociais, entidades paraestatais; visando a ampliação das autonomias gerencial, orçamentária e financeira de ambas as partes pactuantes, conforme o caso. Ele busca uma administração menos

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

burocrática, com o controle de fins e não de meios, o que é chamado de Administração Pública Gerencial, tendo por fundamento básico o princípio da eficiência, trazido a patamar constitucional pela EC nº 19/98.

Para que se chegasse a essa ilação, procurou-se discorrer acerca de três premissas fundamentais para o entendimento do tema em questão. Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual. Primeiramente, então, estudou-se a Governança Pública, a qual, consoante vimos, traduz-se numa ideia de se administrar aproximando o Poder Público da sociedade.

Ademais, ficou registrado também que o Estado Contratual tem por escopo usar vários meios contratuais para se chegar de forma mais eficiente ao interesse da coletividade.

Fechando esse tripé básico, explanou-se acerca da Administração Pública Consensual, figura pouco falada em ambiente acadêmico, mas de grande importância para o entendimento do presente tema. Vimos, dessa forma, que o consensualismo (ou contratualismo) traz consigo a opinião de que certos atos impositivos da Administração devem ser substituídos por atos mais maleáveis, convencionais, os quais, de certa forma, aproximam a coletividade dos governantes.

Concluiu-se, então, pela estrita ligação entre os institutos acima mencionados e os Contratos de Gestão, pois todos corroboram com uma Administração mais eficiente e menos burocrática.

Foram vistos vários conceitos de Contrato de Gestão encontrados em nossa doutrina, de lavra de José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Odete Medaur, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo; estes dois últimos com um conceito bem completo e didático.

Como não poderia faltar, mostrou-se também neste trabalho monográfico a evolução da ideia do Contrato de gestão nas legislações estrangeiras, com especiais destaques para as seguintes: França, Inglaterra, Itália, Estados Unidos da América. Após isso, obviamente, foram tratadas todas as diretrizes sobre os Acordos-Programas na legislação brasileira, mostrando sua primeira previsão, a alocação desses ajustes na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.637/98 (lei das Organizações Sociais).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Seguindo em frente, ficou evidente que o Contrato de Gestão guarda uma intrínseca ligação com o princípio constitucional da eficiência, constante no *caput* do art. 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19/98. Essas três figuras – EC nº 19/98, princípio da eficiência e o Contrato de Gestão – possuem então um elo, qual seja, a Administração Gerencial, eficiente.

Restou comprovado que a natureza jurídica desses Acordos-Programas assume diferentes enquadramentos nos diversos âmbitos em que eles são firmados. Essa é a tese, no tocante à natureza jurídica dos Contratos de Gestão, defendida neste trabalho monográfico. Realizados na própria Administração Direta, possuem natureza jurídica de Termos de Compromissos; quando firmados com a Administração Indireta ou com base na Lei das Organizações, eles assumem características de Convênios.

Mostrou-se, outrossim, a pacífica possibilidade de se firmar os Contratos de Gestão na Administração Direta, Indireta e em entidades que andam paralelamente ao Estado, as paraestatais Organizações Sociais. Explicou-se que pelo fato de a Administração Federal ser guiada por uma série de princípios próprios, nesse âmbito é menos corriqueira a prática de Acordos-Programas, nada obstando, relembre-se, a ocorrência nesse citado âmbito. Em anexo (Anexo A) seguirá um Contrato de Gestão realizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (Administração Indireta) com o Ministério da Saúde (Administração Direta).

Viu-se que as Agências Executivas, integrantes da Administração Indireta, ganham tal denominação quando determinada autarquia ou fundação celebra um Contrato de Gestão com seu respectivo Ministério Supervisor. Cabe lembrar que também vimos ser possível uma Agência Reguladora realizar um Contrato de Gestão para aumentar sua autonomia.

Ademais, comprovado ficou que o Contrato de Gestão não é forma de burlar o instituto do Concurso Público quando uma Organização Social celebra um Acordo-Programa, como no caso, por exemplo, do Hospital de Emergência e Trauma e a Organização Social Cruz Vermelha.

Embora muito escassas, foram citadas jurisprudências a respeito dos aludidos Contratos de Gestão, uma constante do site do TCU, no qual se observou não houve reais indícios comprovadores da materialidade de irregularidades. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

outra jurisprudência, um acórdão de lavra do Supremo Tribunal Federal, atribuiu ao Estado responsabilidade subsidiária para as verbas trabalhista, vez que o Contrato de Gestão restou fraudulento.

Toda inadimplência na seara jurídica acarreta responsabilidade. E, obviamente, não é diferente com um instituto tão importante e modernizador quanto o Contrato de Gestão. Sendo assim, concluiu-se que o descumprimento das metas pactuadas no Acordo-Programa enseja responsabilidades. A responsabilidade, digamos que ordinária, é responder perante a autoridade competente para a devida punição. Isso foi explicado no decorrer desta monografia.

Entretanto colocamos e explicamos um ponto inovador no decorrer desta monografia: possibilidade de incidência na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/92 caso o gestor incorra em um dos incisos dos artigos 9º, 10 e 11. Suas respectivas punições encontram-se previstas no artigo 12 da Lei em comento.

Veja, outrossim, que o assunto não se esgotou no decorrer deste trabalho monográfico. Este apenas tem por escopo alertar os juristas e intérpretes do Direito para a existência e contribuição do tema em pauta dada sua enorme importância. Procura-se, dessa forma, estimular novas discussões sobre o tema e promover as reflexões sobre ele, sempre esperando, assim, mais jurisprudências e consenso a respeito do debatido aqui.

Por fim, espera-se que se tenha contribuído com a consciência jurídica a respeito dos Contratos de Gestão, elucidando sua função e importância; origem e evoluções históricas; natureza jurídica, âmbitos de realização, jurisprudência acerca do tema e possíveis implicações em caso de descumprimento; enfim, buscamos mostrar elementos suficientes para o perfeito entendimento do tema.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método; 2011.

_____. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método; 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 03 mar. 2012.

_____. Lei n. 9.649, de 27 de Maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providênciasDisponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649compilado.htm> Acesso em: 04 de abril de 2012.

_____. Lei n. 9.637, de 15 de Maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências.Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm> Acesso em: 09 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da 2ª Turma no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 657373/DF.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Dezembro de 2011. Publicado no DJU em 01 de Fevereiro de 2012. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28contrato+de+gest%E3o%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07 de Abril 2012.

_____. Tribunal de Contas da União**. Acórdão da 1ª Câmara na AC nº 0588-44/00-1**. Relator: Humberto Guimarães Souto. T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de novembro de 2000. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_AC058844001.pdf> Acesso em: 07 de Abril de 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas; 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva; 2011.

G1. **Dados do mês de Janeiro de 2012**. Disponível em:<http://g1.globo.com/paraiba/noticia/2012/01/governo-da-pb-prorroga-contrato-da-cruz-vermelha-por-mais-6-meses.html>. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

_____. **Dados do mês de Outubro de 2011**. Disponível em:<http://g1.globo.com/paraiba/noticia/2011/10/modelo-do-trauma-pode-ser-aplicado-em-mais-hospitais-da-paraiba-diz.html>. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

LUCENA, Socorro; BRITO, Adjalmira (orgs.). **Normas técnicas para trabalho de conclusão de curso (TCC).** Colaboradoras: Rivaldete Oliveira; Anaína Melo; Márcia Bicalho. João Pessoa: UNIPÊ, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008.

MEIRELLES, hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros; 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direto Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros; 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas S. A.; 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contratos de gestão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008.

SANTA RITA HOJE. **Dados do mês de Maio de 2012**. Disponível em:<http://www.santaritahoje.com.br/1/ricardo-coutinho-diz-que-estado-acertou-ao-firmar-contrato-de-gestao-do-trauma-de-joao-pessoa%E2%80%8F/. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros; 2011.

NOTAS:

[1] ¹ BELLOUBET-Frier, Nicole, 1994, apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contratos de Gestão**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008. p. 25.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] GAUDIN (1999, apud OLIVEIRA, 2008).

[3] Ibid, p. 25.

[4] DINIZ (1996, apud OLIVEIRA, 2008, p. 26).

[5] Ibid., p. 26-27.

[6] Cf. Faz-se oportuno tecer alguns comentários acerca da descentralização administrativa. Esta ocorre quando entidades administrativas desempenham uma série de atribuições recebidas pela Estado. Existem dois tipos de descentralização: por outorga e por delegação. A primeira pressupõe a edição de uma lei, enquanto a segunda somente se efetiva por meio de concessão ou permissão de serviços públicos (por contrato, ou seja) ou, ainda, por autorização de serviços públicos (por ato unilateral).

[7] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método; 2011. p. 10.

[8] Ibid. p. 10.

[9] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. op. cit. p.30, nota 1.

[10] Cf. No decorrer desta monografia, será sinônima de Contrato de Gestão a expressão Acordo-Programa.

[11] FERNÁNDEZ (1999, apud OLIVEIRA, 2008).

[12] MACHADO (1982, apud OLIVEIRA, 2008, p. 36).

[13] MEDAUAR (2003, apud OLIVEIRA, 2008, p. 38).

[14] COUTO E SILVA (2007, apud OLIVEIRA, 2008. p. 38-39).

[15] Cf. Entre os órgãos públicos.

[16] Cf. Quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

[17]ROPPO (1988, apud OLIVEIRA, 2008).

[18] Ibid.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[19]Cf. A função de administrar é, precipuamente, do Poder Executivo (função típica).

[20] BRASIL, **Lei n. 9.637**, de 15 de Maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm> Acesso em: 09 mar. 2012.

[21]BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 03 mar. 2012.

[22] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Administrativo Descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método; 2011.

[23] Cf. Princípio elevado a patamar constitucional pelo constituinte derivado através da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de Junho de 1998, relembremos.

[24] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op.cit.

[25] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2011. p. 416.

[26] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas; 2011. p. 333.

[27] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direto Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros; 2010.

[28] MEIRELLES, hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros; 2011.

[29] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008, p. 242.

[30] Op cit. p. 136, nota 7.

[31] Op cit., nota 1.

[32] Ibid. p. 76.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[33] DUFAU (1991, apud OLIVEIRA, 2008, p. 77).

[34] Op. Cit., nota 1.

[35] DUFAU (1991, apud OLIVEIRA, 2008).

[36] Ibid.

[37] Cf. Conforme se explicará adiante nesta monografia, a ideia do Contrato de Gestão é, em linhas gerais, essencialmente esta: controlar os fins em detrimento dos meios.

[38] DUFAU (1991, apud OLIVEIRA, 2008, p. 81).

[39] Ibid.

[40] Cf. Ou contratualismo.

[41] CHEVALLIER (1996, apud OLIVEIRA, 2008).

[42] MENDIETA (apud OLIVEIRA, 2008).

[43] Op. cit., nota 1.

[44] Ibid.

[45] FERLIE *et al* (1999, apud OLIVEIRA, 2008).

[46] FERRARA (1985, apud OLIVEIRA, 2008, p. 118).

[47] Ibid.

[48] GIANNINI (1986, apud OLIVEIRA, 2008).

[49] Op. cit., nota 1.

[50] Ibid.

[51] Idem.

[52] Idem.

[53] MAGALHÃES (1996, apud OLIVEIRA, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

[54] Op. cit. p. 146, nota 1.

[55] Ibid.

[56] Op. cit., nota 26.

[57] Op. cit, nota 20.

[58] MORAES, Alexandre**. Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas S. A.; 2011. p. 347.

[59] Cf. É de bom alvitre perceber que os presentes negritos corroboram com as ideias das premissas básicas para dar base para o entendimento do Contrato de Gestão expostas neste trabalho monográfico acerca da Governança Pública, Estado Contratual e Administração Pública Consensual.

[60] DI PIETRO, 2009, apud Op. cit., nota 7, p. 199.

[61] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva; 2011. p. 57.

[62] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros; 2011. p. 758.

[63] Op. cit., nota 7.

[64] Cf. O tipo de controle que a Administração Indireta sofre é o finalístico.

[65] Op. cit., nota 26.

[66] Cf. Os princípios citados encontram-se no artigo 6º do Decreto-lei nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967.

[67] Cf. União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

[68] Cf. Caput do art. 37 da Magna Carta.

[69] Op. cit., nota 7,. p. 138.

[70] BRASIL, **Lei n. 9.649**, de 27 de Maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9649compilado.htm> Acesso em: 04 de abril de 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

[71] Cf. Era a denominada "doutrina do estado mínimo".

[72] SUNFELD (2000, apud ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, 2011).

[73] Cf. Listemos a seguir todas as mais conhecidas Agências Reguladoras, na órbita federal, existentes até hoje. São, ao total, onze: ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTT, ANTAQ, ANCINE, ANAC E PREVIC.

[74] Op. cit. nota 7.

[75] Cf. O referido Contrato de gestão foi realizado pela Agência Nacional de Saúde suplementar – ANS – no presente ano, 2012.

[76] Cf. Embora não faça parte da Administração Pública brasileira em sentido formal, o presente subtópico encontra-se aqui pelo fato de o Contrato de Gestão ter como uma de suas partes a Administração Pública.

[77] Cf. As outras entidades paraestatais são os Serviços Sociais Autônomos, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Entidades de Apoio.

[78] Op. cit. p. 565, nota 26.

[79] Cf. Impende ressaltar que no caso das Organizações Sociais a qualificação é ato discricionário.

[80] Op. cit., nota 26.

[81] Ibid., p. 594.

[82] Cf. É importante afirmar que a expressão "servidores públicos em sentido amplo" é usada por alguns doutrinadores englobando os servidores públicos estatutários (sentido estrito) e os empregados públicos, celetistas.

[83] Op. cit. nota 26.

[84] **G1**. Disponível em:<http://g1.globo.com/paraiba/noticia/2012/01/governo-da-pb-prorroga-contrato-da-cruz-vermelha-por-mais-6-meses.html>. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

[85] **SANTA RITA HOJE**. Disponível em:<http://www.santaritahoje.com.br/1/ricardo-coutinho-diz-que-estado-acertou-ao-firmar-contrato-de-gestao-do-trauma-de-joao-pessoa%E2%80%8F/. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

[86] Loc. cit, nota 84. Disponível em:<http://g1.globo.com/paraiba/noticia/2011/10/modelo-do-trauma-pode-ser-aplicado-em-mais-hospitais-da-paraiba-diz.html>. Acesso em: 06 de Maio de 2012.

[87] BRASIL, Tribunal de Contas da União**. Acórdão da 1ª Câmara na AC nº 0588-44/00-1**. Relator: Humberto Guimarães Souto. Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de novembro de 2000. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_AC05884 4001.pdf> Acesso em: 07 de Abril de 2012.

[88] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da 2ª Turma no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 657373/DF.** Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 06 de Dezembro de 2011. Publicado no DJU em 01 de Fevereiro de 2012. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28contrato+de+gest%E3o%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 07 de Abril 2012.

[89] Op. cit., nota 20.

[90] BRASIL, **Lei n. 8.429,** de 2 de Junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm> Acesso em: 15 abr. 2012.

[91] Ibid., art. 10.

[92] Idem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA: O ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RENATA BAJERSKI GIELOW COZZATTI: Advogada. Graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santo Ângelo/RS e Especialização em Direito Penal e Processual Penal junto à Escola Superior Verbo Jurídico, em Porto Alegre/RS.

RESUMO: O tema relacionado à execução provisória da pena privativa de liberdade está diretamente ligado à interpretação e à extensão da aplicação do princípio da presunção da inocência. No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento de que a execução provisória ofende tal princípio, não sendo cabível a sua aplicação. Todavia, em 2016, em um novo julgamento, a Corte Constitucional reconheceu a ocorrência de mutação constitucional, passando a admitir a execução provisória a partir da confirmação da sentença penal pela segunda instância. Tendo em vista a importância dessa temática, o presente trabalho tem por objetivo mostrar os principais argumentos que compõem os julgados de 2009 e 2016, a fim de que se possa entender os aspectos que envolvem tal mudança de entendimento jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Execução provisória da pena privativa de liberdade. Princípio da presunção da inocência. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The issue related to the provisional execution of the custodial sentence is directly related to the interpretation of the extension of the application of the principle of presumption of innocence. In 2009, the Federal Supreme Court had held that provisional execution offends this principle, and its application is not applicable. However, in 2016, in a new trial, the Constitutional Court recognized the occurrence of a constitutional mutation, allowing for provisional execution from the confirmation of the criminal sentence by the second instance. Considering the importance of this theme, this paper aims to show the main arguments that

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

compose the judgments of 2009 and 2016, in order to understand the aspects that involve such a change of jurisprudential understanding.

KEY WORDS: Penal execution. Provisional execution of the custodial sentence. Principle of presumption of innocence. Jurisprudence of the Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: *Introdução. 1 A execução penal no Direito Brasileiro. 1.1 Conceito e natureza jurídica. 1.2 Princípios aplicáveis à Execução Penal. 2 Princípio da Presunção da Inocência. 2.1 Breve conceito. 2.2 Princípio da Presunção da inocência e o Habeas Corpus 84.078/MG. 2.3 Considerações a respeito do Princípio da Presunção da Inocência a partir do Habeas Corpus 126.292/SP. 3 Execução provisória da pena privativa de liberdade após a confirmação da sentença penal condenatória pela segunda instância. 3.1 Diferença entre prisão cautelar e prisão pena. 3.2 Execução provisória da pena sob o paradigma do habeas corpus 84.078/MG. 3.3 Habeas Corpus 126.292/SP e o entendimento atual do STF. 3.4 Novos julgamentos e a reafirmação do posicionamento do STF. 3.5 Críticas ao novo posicionamento. Conclusão.*

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade logo em seguida à confirmação da sentença condenatória pela segunda instância tem tido grande relevância devido aos vários aspectos a ela relacionados, tais como a abrangência do princípio da presunção de inocência e o seu devido respeito, a efetividade das decisões judiciais, a seletividade da justiça penal no Brasil, dentre outros.

A recente decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) concedendo interpretação favorável à execução provisória dividiu opiniões entre os operadores do direito, favorecendo a discussão acadêmica a respeito dessa temática.

Embora muitas opiniões favoráveis e contrárias ao mais recente posicionamento sejam externadas a todo momento, percebe-se que muitas vezes estão dissociadas dos fundamentos apresentados pela Corte Constitucional.

Com isso, o objetivo da presente pesquisa acadêmica é, de maneira sucinta e direta, abordar os principais aspectos tanto da posição atual do STF, quanto da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

posição superada, que, ressalta-se, ainda é vista por parte da comunidade jurídica como a mais adequada.

A importância deste trabalho está em buscar demonstrar os argumentos que embasaram o *Habeas Corpus* 84.078/MG, de 2009, que entendeu não ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade e o *Habeas Corpus* 126.292/SP, de 2016, que superou tal entendimento.

Na elaboração do presente artigo, utilizar-se-á de dados bibliográficos produzidos por diversos autores, bem como decisões judiciais emitidas pelo STF.

Para tanto, optou-se por dividir este trabalho em três partes, as quais visam facilitar o estudo desta complexa temática.

No primeiro capítulo, serão abordados aspectos gerais a respeito da execução penal no direito brasileiro, com o objetivo de situar o leitor acerca da conceituação, natureza jurídica e principais princípios a ela aplicáveis.

A partir disso, apresentar-se-á a temática envolvendo o princípio da presunção da inocência, demonstrando-se o conceito geral a ele aplicado e, após isso, dois importantes acórdãos proferidos pelo STF que interpretaram o referido princípio de maneira muito diversa, um publicado no ano de 2009 e o outro no ano de 2016.

Finalmente, será possível discutir especificamente sobre execução provisória da pena privativa de liberdade. Para tanto, abordar-se-á a respeito da diferença entre a prisão-pena e a prisão cautelar, bem como, serão analisados os fundamentos utilizados tanto no *Habeas Corpus* 84.078/MG, de 2009, como os utilizados no *Habeas Corpus* 126.292/SP, de 2016.

1 A EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A execução penal trata-se de procedimento que se destina à aplicação da pena ou da medida de segurança fixada em sentença. (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Após o trânsito em julgado da sentença penal, esta passa a ser título executivo judicial, cujo processamento ostenta regras especiais, sendo iniciado de ofício pelo juiz, na maior parte dos casos, e não comportando cumprimento espontâneo pela parte condenada, mas sim sob a tutela do Estado, o qual nessa fase faz valer sua pretensão punitiva, desdobrada aqui em pretensão executória (NUCCI, 2010).

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica da execução penal. De um lado, defende-se ter natureza administrativa, visto que o juiz pratica atos eminentemente administrativos, tais como a expedição da guia de execução penal e a emissão de ordens à direção do estabelecimento prisional. De outro lado, defende-se que possui natureza jurisdicional, pois há prolação de atos jurisdicionais de cunho decisório, como nas decisões sobre a progressão de regimes, livramento condicional, extinção da pena, dentre outras (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Por tais razões, Távora e Alencar (2017) defendem que a execução penal possui natureza jurídica híbrida, sendo preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativa.

Outro importante doutrinador que se posiciona do mesmo modo é Guilherme de Souza Nucci (2010), o qual menciona que a natureza jurídica da execução penal é primordialmente jurisdicional, possuindo a finalidade de efetivar a pretensão punitiva estatal, envolvendo conjuntamente atividade administrativa.

Cabe também dizer que a respeitada jurista Ada Pellegrini Grinover (1987) já afirmou que

> a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.

Assim, pode-se afirmar que, embora não exista unanimidade, muitos doutrinadores entendem que a execução penal possui natureza jurídica híbrida, sendo o processo executivo criminal preponderantemente jurisdicional e secundariamente administrativo (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

1.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À EXECUÇÃO PENAL

Aplicam-se à execução penal os princípios do devido processo legal, do juízo competente, da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, além de princípios específicos que merecem destaque, tais como o princípio da individualização das penas e o princípio da intranscendência das penas (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Do princípio da individualização da pena se extrai a ideia de que a sanção penal deve ser individualizada quanto ao seu cumprimento, considerando-se o seu caráter retributivo e objetivo ressocializador (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Conforme Távora e Alencar (2017) ensinam, este princípio deve ser concretizado em três etapas. A primeira etapa é a atividade legislativa, que estabelece abstratamente os limites das penas cominadas aos crimes. Num segundo momento, a individualização ocorre através da aplicação da pena na sentença. Finalmente, a atividade realizada na execução penal concluirá a individualização.

Já o princípio da intranscendência da pena ou personalização da pena confere a ideia de que a pena não pode ir além da pessoa do condenado, sendo que frente à existência de obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens pode ser executada contra os sucessores observado o limite do patrimônio a ser transferido a estes, consoante previsão expressa no art. 5, XLV, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Nucci (2010) refere também a aplicação do princípio da humanidade, previsto constitucionalmente no art. 5, XLVII, da CF/1988, que refere que não haverá pena de morte, salvo caso de guerra declarada, nem penas de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento ou cruéis.

Além disso, a CF/1988 também estabelece como regras da execução penal que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando-se, igualmente, o respeito à integridade física e moral dos presos, bem como garantido que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (NUCCI, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Finalmente, deve-se acrescentar que a Lei de Execução Penal, em seu art. 40 afirma que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei" (NUCCI, 2010).

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

2.1 BREVE CONCEITO

O princípio da presunção da inocência, também chamado de presunção de não culpabilidade e estado de inocência encontra-se inserido expressamente no texto constitucional (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Trata-se de um consagrado princípio, sendo considerado um dos mais importantes alicerces do Estado Democrático de Direito, que visa a tutela da liberdade individual e decorre do texto do art. 5, LVII, CF/1988, o qual prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal acusatória (AVENA, 2012).

Por ser um direito fundamental, deve ser compreendido tanto em sua dimensão subjetiva, quanto em sua dimensão objetiva. Enquanto direito subjetivo, garante que o acusado ostente posição de vantagem em relação ao Estado, impedindo ou limitando a sua atuação. Já do ponto de vista objetivo, estabelece os critérios que deverão orientar a atuação estatal, tanto na construção normativa, como nos procedimentos destinados à efetivação do direito fundamental (MORAES, 2010).

No que se refere à aplicação prática do princípio da presunção da inocência, cabe dizer que, até o ano de 2009, a corrente majoritária do STF entendia que o princípio não tinha aplicação absoluta, e, tendo os recursos especial e extraordinário apenas efeito devolutivo, era permitida a execução provisória da pena.

Em fevereiro de 2009, o STF reavaliou a interpretação conferida ao princípio, mudando seu posicionamento. Tal entendimento prevaleceu até que, em 2016, novamente essa temática foi colocada em pauta.

Oportunamente, o presente trabalho acadêmico apresentará tanto a interpretação atual do STF sobre o princípio da presunção da inocência, como também a posição que o tribunal adotava anteriormente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O *HABEAS CORPUS* 84.078/MG

O *Habeas Corpus* (HC) 84.078/MG foi o caso utilizado como paradigma pelo STF ao reanalisar o até então posicionamento majoritário, para o qual a execução provisória da pena não ofendia o princípio da presunção da inocência, pois os recursos extraordinário e especial não possuíam efeito suspensivo.

Naquela ocasião, a corte constitucional entendeu que a presunção da inocência não só era princípio explícito de direito, como também estava expressamente prevista no texto constitucional (BRASIL, 2018b).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello afirmou que

> (...) ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (...). Trata-se de efeito que deriva, de modo bastante expressivo, da presunção constitucional de inocência, a que esta Suprema Corte tem dispensado tratamento consequente (sic) e plenamente compatível com o sistema jurídico existente em nosso País, como se evidenciou no julgamento plenário da ADPF 144/DF (...). (BRASIL, 2018b)

Tal afirmação expressa de maneira singela o pensamento dominante no STF naquele período, onde a interpretação conferida fixava-se na literalidade do texto constitucional.

Outro importante fundamento apresentado no julgamento diz respeito ao fato de o art. 164 da Lei de Execução Penal, que prevê que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado vale como título executivo judicial, ter superado o disposto no art. 637 do CPP, o qual, por sua vez, prevê que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, após a apresentação das contrarrazões pelo recorrido, os autos originais devem ser baixados à primeira instância para início da execução da pena (BRASIL, 2018b).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Além desses argumentos, também foi ressaltado que ambas as Turmas do STF vinham aplicando o art. 147 da Lei de Execução Penal de maneira uniforme, seguindo a literalidade do dispositivo, cuja redação dispõe que a execução da sentença que condenou à pena restritiva de direitos será promovida após o trânsito em julgado. Logo, por uma questão de coerência e isonomia, se a pena restritiva de direitos não poderia ser iniciada antes do trânsito em julgado, também a pena privativa de liberdade não poderia, pois é mais grave que aquela (BRASIL, 2018b).

2.2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

Com o julgamento do HC 126.292/SP, o STF reviu sua interpretação a respeito do princípio da presunção da inocência, voltando a aplicar o entendimento até então superado.

Dentre os fundamentos utilizados, ressaltou-se a busca do equilíbrio entre o princípio da presunção da inocência e o princípio da efetividade da função jurisdicional penal, a qual deve atender não apenas aos valores dos acusados, mas também à sociedade (BRASIL, 2018a).

O Ministro Teori Zavaski, relator do julgado, assinalou em seu voto que

> (...) "com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva", de modo que "os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão" E, ao reconhecer que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do CPP (posteriormente revogado pela Lei 11.719/2008) haviam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, o Plenário desta Corte, nos autos do HC 72.366/SP (Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26/1/1999), mais uma vez invocou expressamente o princípio da presunção de inocência para concluir pela absoluta compatibilidade do dispositivo legal com a Carta Constitucional de 1988, destacando, em especial, que a superveniência da sentença penal condenatória recorrível imprimia acentuado "juízo de consistência da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> acusação", o que autorizaria, a partir daí, a prisão como consequência natural da condenação.(BRASIL, 2018a).

Também assinalou o ministro que antes da sentença ser prolatada, deve-se manter reservas de dúvidas sobre o comportamento imputado ao acusado, sobretudo quanto ao ônus da prova da incriminação, sendo que a eventual condenação representa juízo de culpabilidade decorrente da logicidade conferida pelos elementos probatórios carreados aos autos. A partir de tal juízo, ao juiz de primeiro grau resta superada a presunção de inocência, ainda que tal constatação não tenha cunho definitivo (BRASIL, 2018a).

Já no juízo de apelação

> fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa (BRASIL, 2018a).

Outro fato que foi levado em conta é a constatação de que o recurso especial e o recurso extraordinário não configuram desdobramento do duplo grau de jurisdição e não possuem ampla devolutividade, uma vez que não servem para discussão sobre a matéria fática. Assim, poderia se dizer que, a partir do julgamento pela segunda instância, ocorreria espécie de preclusão sobre a matéria relacionada aos fatos da causa (BRASIL, 2018a).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

É com base nesses argumentos que

> tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990 (BRASIL, 2018a).

Além disso,

> (...) não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória (BRASIL, 2018a).

É de se notar que o último marco interruptivo da prescrição antes do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdão recorríveis, ou seja, os recursos que podem ser interpostos a partir desse momento, além de não discutirem a matéria fática e probatória, também não interrompem a prescrição. Constata-se que não só não constituem instrumento para a garantia da presunção da inocência, como passam a representar mecanismo que inibe a efetividade da jurisdição penal (BRASIL, 2018a).

Sendo o processo o único meio para a efetivação do jus puniendi estatal, percebe-se a necessidade de atribuir apenas o efeito devolutivo ao recurso extraordinário e especial, tal qual é a previsão legal, a fim de que se possa harmonizar o princípio da presunção da inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado (BRASIL, 2018a).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, trouxe, igualmente, relevantes argumentos, afirmando que

> interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade (BRASIL, 2018a).

Refere o Ministro que "nenhuma norma, especialmente as de caráter principiológico, pode ser interpretada descontextualizada das demais normas constitucionais" (BRASIL, 2018a).

Observa-se que a solução do caso concreto cabe ao juízo monocrático e a um órgão colegiado, possuindo o acesso aos tribunais superiores caráter excepcional. O fato de a CF/1988 definir que o STF terá apenas onze ministros também contribui para esse entendimento, podendo-se visualizar que o texto constitucional não quis criar uma terceira e quarta chances para revisão das decisões judiciais (BRASIL, 2018a).

É possível notar que

> se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado (BRASIL, 2018a).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Ademais, afirmar que a presunção da inocência prevalece absoluta mesmo após o juízo monocrático confirmado por um tribunal importa afirmar que a Constituição instituiu uma "uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias" (BRASIL, 2018a).

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou em seu voto algumas consequências produzidas pela impossibilidade da execução provisória, tais como o incentivo à infindável interposição de recursos protelatórios, os quais movimentam o Poder Judiciário gerando gastos dos recursos e de tempo, sem que haja proveito para a efetivação da justiça ou respeito às garantias processuais penais dos réus (BRASIL, 2018a).

Também afirma o ministro que tal situação reforçou a seletividade do sistema penal, pois

> a ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação (BRASIL,2018a).

Além disso, verificou o ministro que esse entendimento

> contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados (BRASIL, 2018a).

Por todos esses motivos, o ministro Luís Roberto Barroso conclui que a leitura conservadora e extremada do princípio da presunção da inocência não mais se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

justifica no cenário atual, sendo caso de mutação constitucional a fim de que se confira "interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar" (BRASIL, 2018a).

Há que se dizer também que, conforme explica o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, neste mesmo julgado, a garantia da presunção da inocência impede o tratamento do réu como culpado até que se opere o trânsito em julgado da sentença, mas não impede que a lei regulamente os procedimentos a serem aplicados e também não impõe ao réu tratamento uniforme durante todo o processo. Logo, na medida em que processo avança e a culpa vai sendo demostrada, é possível impor ao réu tratamento diferenciado e que não viola o princípio (BRASIL, 2018a).

Após a apresentação dos principais fundamentos adotados pelo STF no HC 126.292/SP, torna-se mais simples a análise da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade logo em seguida à confirmação da sentença condenatória pela segunda instância.

3 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA

A temática acerca da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade vem sendo muito debatida, uma vez que envolve questões sensíveis como a interpretação dada ao princípio da presunção da inocência e a efetividade da justiça penal.

Após a análise voltada ao princípio da presunção da inocência, passa-se a análise focada na possibilidade da execução provisória.

3.1 DIFERENÇA ENTRE PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO-PENA

Antes que se possa discorrer a respeito das posições jurisprudenciais a respeito da execução provisória, necessário que se faça uma diferenciação entre prisão cautelar e prisão-pena.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A prisão cautelar ou processual é aquela que decorre da decisão judicial fundamentada, a exemplo da prisão preventiva e da prisão temporária ou ainda a que se origina em permissivo constitucional, como a prisão em flagrante (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

O Código de Processo Penal (CPP), nos artigos 312 e 313, contempla as hipóteses que a prisão preventiva pode ser decretada:

> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.
>
> Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva
>
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
>
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
>
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
>
> IV - (revogado).
>
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (BRASIL,2018e).

A Lei 7.960/1989 contempla as hipóteses em que é possível a decretação da prisão temporária. A título de exemplo, pode-se citar a imprescindibilidade para as investigações e o fato de o investigado não possuir residência fixa (BRASIL, 2018f).

Já a prisão pena ou prisão penal propriamente dita é a sanção específica que decorre da violação ou ameaça de um bem jurídico tutelado pela lei penal (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Feita tal diferenciação, pode-se passar a análise da possibilidade da execução provisória da sentença penal a partir do julgamento pela segunda instância.

A fim de que se possa visualizar a questão com maior clareza, opta-se pela análise em separado dos posicionamentos mais debatidos na atualidade, ambos expressos em decisões do STF.

3.2 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB O PARADIGMA DO *HABEAS CORPUS* 84.078/MG

Antes do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Graus, prevalecia no âmbito do STF o entendimento de que era possível a execução provisória da pena logo após a decisão de segunda instância, não constituindo tal situação em ofensa ao princípio da presunção da inocência (BRASIL, 2018a).

Nota-se que a tese majoritariamente aceita e visualizada em diversos acórdãos da Corte Constitucional se apoiava na ideia de que tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo, logo, não se prestam a suspender o principal efeito da condenação penal, como se pode visualizar nas seguintes ementas:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL.PENAL.PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA: FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA E ACÓRDÃO: FUNDAMENTAÇÃO. MANDADO DE PRISÃO: RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO:

> REEXAME DE PROVA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: ART. 22, a, DO CÓDIGO PENAL: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL.(...) III – Os recursos extraordinário e especial, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento do mandado de prisão. (...) (BRASIL, 2018c).
>
> "*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃOCONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo. (...) 3. *Habeas corpus* denegado. (BRASIL, 2018g).
>
> "(...) - A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL NÃO IMPEDE - PRECISAMENTE POR SE TRATAR DE MODALIDADE DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL DESVESTIDA DE EFEITO SUSPENSIVO - A IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INVIABILIZANDO, POR ISSO MESMO, A CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA".) (BRASIL, 2018h)

Todavia, em fevereiro de 2009, o STF esboçou novo entendimento a respeito da execução provisória, passando a conceder ao princípio da presunção da inocência nova dimensão.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau, relator do acórdão do HC 84.078/ MG (BRASIL, 2018b), fundamentou sua posição afirmando que não, sendo o caso de prisão preventiva, o encarceramento do réu após o julgamento pela segunda instância é antecipação da execução da pena.

No mesmo julgado, o Ministro também afirma que

> quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5o. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderíam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 2018b).

Cabe lembrar que, conforme exposto no item 2.2 deste trabalho acadêmico, alguns dos principais argumentos trazidos pelo Ministro Eros Graus tratam-se da superação do texto do art. 637 do CPP pelo art. 164 da Lei de Execução Penal, o qual exige para o início da execução da pena a apresentação da certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado. Além disso, também foi citada a impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, que vem prevista no art. 147 da Lei de Execução Penal e tem sido aplicada de maneira uniforme pelos tribunais superiores.

Outra contribuição apresentada pelo relator é de que não se pode enxergar a ampla defesa de modo restrito, pois ela deve englobar todas as fases processuais, inclusive os recursos de natureza extraordinária. Logo, a execução provisória configuraria também restrição ao direito de defesa e caracterizaria desequilíbrio entre a pretensão do Estado na aplicação da pena e o direito do acusado (BRASIL, 2018b).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou que

> o fato de alguém - independentemente de sua situação pessoal, social, política, econômica ou funcional - ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal, mesmo perante órgãos da Polícia Judiciária, não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, cuja intangibilidade há de ser preservada pelos magistrados e tribunais, especialmente por este Supremo Tribunal Federal. É por isso, Senhor

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse, antes que sobrevenha, contra ele, condenação penal transitada em julgado, (...) (BRASIL, 2018b).

Também entendeu o Ministro que a presunção de inocência não se esvazia no decorrer do processo, sendo que, mesmo que confirmada a condenação pela segunda instância, subsiste em favor do réu, até que se opere o trânsito em julgado, a presunção de inocência (BRASIL, 2018b).

Há que se acrescentar que, nas palavras do Ministro Carlos Ayres Brito, que

> em momento algum vamos encontrar na Constituição, qualquer dos recursos excepcionais - e estou falando do recurso especial e do extraordinário - como causa automática de privação da liberdade de locomoção. Pelo contrário, com essa força da automaticidade, somente o flagrante delito (BRASIL, 2018b).

Esses foram alguns dos principais argumentos utilizados pelos ministros do STF a embasar a mudança do entendimento que até então prevalecia. Ressalta-se que a votação não foi unânime.

Tal entendimento foi majoritário nas decisões jurisdicionais brasileiras até que, em 2016, o STF novamente analisou este tema, cujo julgado será melhor analisado a seguir.

3.3 *HABEAS CORPUS* 126.292/SP E O ENTENDIMENTO ATUAL DO STF

Em 2016, o STF superou o entendimento até então dominante, voltando a considerar possível a execução provisória da pena logo após a confirmação da sentença pela segunda instância.

Conforme mencionado anteriormente, a mudança de paradigma envolveu discussão a respeito da aplicação do princípio da presunção da inocência, cujos fundamentos podem ser verificados no do item 2.3 dessa pesquisa acadêmica.

A ementa do acórdão do julgamento do HC 126.292/SP assim diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*.PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. (BRASIL, 2018a) (grifo).

Quanto aos fundamentos que se referem de maneira mais específica à execução provisória, cabe mencionar que o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, afirmou que " o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente" (BRASIL, 2018a).

Logo, para o ministro, analisando os preceitos constitucionais à luz do princípio da unidade da constituição, o princípio da presunção da inocência não impede a prisão anteriormente ao trânsito em julgado, pois o pressuposto para a prisão não é o esgotamento da via recursal, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (BRASIL, 2018a).

Também afirma o ministro que

> o princípio da presunção de inocência e a inexistência de trânsito em julgado não obstam a prisão. Muito pelo contrário, no sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente (BRASIL, 2018a).

Contribui a esse entendimento o fato de o artigo 312 do CPP prever três situações em que a decretação da prisão preventiva se justifica, quando já houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria (BRASIL, 2018a).

A primeira situação é a conveniência da instrução criminal, que visa garantir a colheita das provas. A segunda situação é a garantia da aplicação da lei penal, onde se busca evitar que o acusado se furte ao processo e ao seu resultado. Finalmente, a garantia da ordem pública e da ordem econômica (BRASIL, 2018a).

O STF, em relação à garantia da ordem pública, vem entendendo que esta não se presta apenas ao resguardo da integridade física do acusado e como meio de impedir a reiteração criminosa, mas também serve para assegurar a credibilidade das instituições públicas. Assim, quando ocorre a condenação do réu pela segunda instância, algumas certezas jurídicas são verificadas, tais como a materialidade do crime, autoria e impossibilidade de rediscutir fatos e provas. Tendo tal situação em vista, verifica-se que o retardamento da prisão do réu representaria contradição com a preservação da ordem pública, minimizando a eficácia do direito penal que se exige para a tutela do direito à vida, à segurança, à integridade das pessoas (BRASIL, 2018a).

É possível dizer que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal" (BRASIL, 2018a).

A partir dessa nova posição,

> reduz-se o estímulo à infindável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal. (BRASIL, 2018a).

Há que se dizer também que a mudança na orientação jurisprudencial contribui para a quebra do atual paradigma da impunidade existente no direito penal brasileiro, pois, evitando que a punição possa ser retardada por vários anos, privilegia-se o sentimento de eficácia da lei penal (BRASIL, 2018a).

3.4 NOVOS JULGADOS E A REAFIRMAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO STF

Após o julgamento do HC 126.292/SP, o Pleno do STF voltou a discutir a temática da execução provisória da pena privativa de liberdade em duas ações diretas de constitucionalidade.

Em outubro de 2016, na Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade 43, por maioria de votos, o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP (BRASIL, 2018e), que diz em sua redação que

> ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Na ocasião, a Corte Constitucional manteve o entendimento de que a execução provisória pode ser iniciada a partir da confirmação da condenação pela segunda instância, sem ofensa ao princípio da presunção da inocência e reforçando que os recursos extraordinário e especial não possuem efeito suspensivo automático (BRASIL, 2018i).

Ressalta-se que, na mesma oportunidade, foi julgada conjuntamente a Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade 44, cuja decisão é idêntica à anteriormente referida (BRASIL, 2018j).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Até o ano de 2018, inúmeras vezes o STF, por meio de julgamentos de suas turmas, enfrentou recursos nos quais se discutiu a temática da execução provisória, sendo que a posição majoritária do órgão permanece a mesma.

3.5 CRÍTICAS AO NOVO POSICIONAMENTO DO STF

O atual posicionamento majoritário do STF vem recebendo inúmeras críticas por parte de advogados e juristas.

Luiz Flávio Gomes e Renne Ariel Dotti (2018) afirmam que

> a Corte Maior rendeu-se a duas coordenadas:
>
> **(1ª)** Ao mito de que a demora nos julgamentos nos tribunais superiores deve ser debitada à defesa dos condenados pelo abuso de recursos;
>
> **(2ª)** Aos fortes e contínuos ventos soprados pela mídia sensacionalista de modo a enfunar as velas da embarcação rumo ao porto seguro da impunidade.

Para os juristas, o precedente afronta tanto o princípio da presunção de inocência enquanto cláusula pétrea insuscetível de deliberação por proposta de emenda, como também afronta princípios como o da independência e harmonia entre os poderes do Estado, o art. 283 do CPP, entre outros (GOMES e DOTTI, 2018).

Outro importante jurista que critica duramente o posicionamento do STF é Lênio Luiz Streck (2018). O jurista defende que um olhar cuidadoso e despido de fanatismos revela que os defensores da constitucionalidade do art. 283 do CPP jamais defenderam a proibição de prisões, mas sim que estas sejam condicionadas aos requisitos da prisão preventiva, ressalvando que, mesmo no julgamento de 2009, tal era o entendimento prevalente.

Streck (2018) também afirma que

> todos verão que o sistema jurídico sofrerá um retrocesso e o sistema prisional entrará em colapso, *além de sufragar prisões de pessoas sem antecedentes e/ou que foram condenados por prova ilícita ou probabilismos e teses exóticas que começam a vicejar nesse neopunitivismo turbo-3.0*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

A solução apresentada por Streck (2018) passa pela efetividade da garantia do acesso à justiça. Defende o jurista que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem apenas uma dezena de ministros para julgar os processos criminais de mais de 200 milhões de brasileiros e nega quase a totalidade dos recursos. Streck resume dizendo que "em vez de melhorar o acesso, impede-se o recurso".

A conclusão a que o jurista chega é de que

> só não vê quem não quer. Imaginem alguém (i) cuja denúncia é recebida por *in dubio pro societate* (denúncia, por exemplo, oferecida pelo promotor de Goiás que acompanha mandado de prisão vestido de militar, com roupa camuflada e tudo), (ii) é sentenciado por um juiz que diz que devemos ter medo do Judiciário, cuja decisão ignora a tese de que houve prova ilícita e que, (iii) em segundo grau, cai em um órgão fracionário daqueles que os advogados apelidam de Câmara de Gás. *Vingando a tese da prisão direta (como consta da Súmula 122), vai direto para a prisão*. Escapando do filtro do 1% de que falaram os ministros Barroso e Schietti, constata-se, três anos depois, que a prova era ilícita. A vida do réu já estará desgraçada pelo sistema em ECI[1]. E assim por diante. *Um juiz faz inimizades na comarca. Armam contra ele. Julgamento do TJ; condenado. Vai cumprir pena direto. Mesmo que consiga provar, depois, a armação*.
>
> Por isso, ofereço a luneta democrática. A luneta garantidora. Deem uma mirada. (STRECK, 2018).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018) assevera que a mudança de qualidade jurídica entre uma prisão preventiva e uma execução provisória da pena enfrenta a regra da presunção de inocência, pois a prisão processual é sempre temporária, mas a execução provisória, ainda que seja precária, indica um juízo de culpa já formado, mas que poderá ser desconstituído.

Sarlet (2018) também destaca que

> admitindo-se, *ad argumentandum*, que viável um juízo de ponderação, será mesmo proporcional (ou razoável, para quem preferir seguir essa linha) apostar na execução provisória?
>
> Não seria mais correto reconhecer, como possível alternativa, que uma vez confirmada decisão condenatória a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> pena restritiva da liberdade em regime fechado (no caso dos demais regimes e na ausência de estabelecimento apropriado há de se admitir a prisão domiciliar e outras medidas cautelares), reforçada a legitimidade da decretação e mais ainda a manutenção da prisão preventiva quando a condenação for em sede de Duplo Grau?

Seguindo essa linha de raciocínio, Sarlet (2018) pondera que o sistema brasileiro já possui os instrumentos que, se bem aplicados, podem ser eficazes e adequados para o combate da impunidade seletiva sem que se recorra à execução provisória.

Dito isso, com facilidade se constata que a tese a respeito da execução provisória e da aplicação do princípio da presunção da inocência defendida majoritariamente pelo STF apresenta inconsistências e vem sendo muito criticada pela doutrina.

CONCLUSÃO

Conforme foi anteriormente mencionado, o presente trabalho acadêmico buscou demonstrar as questões que envolvem o tema da execução provisória da pena privativa de liberdade e da aplicação do princípio da presunção da inocência.

Para tanto, no primeiro capítulo, foram apresentados aspectos gerais a respeito da execução penal no Direito Brasileiro, como a conceituação, natureza jurídica e princípios aplicáveis.

No segundo capítulo, deu-se ênfase ao estudo do princípio da presunção da inocência, demonstrando-se o seu conceito e as interpretações realizadas no âmbito do HC 84.078/MG e do HC 126.292/SP.

Finalmente, analisou-se a temática envolvendo o estudo da execução provisória da pena privativa de liberdade após a sentença confirmatória da condenação pela segunda instância. Para tanto, fez-se a diferenciação entre prisão-pena e prisão cautelar e também a análise dos argumentos utilizados no HC 84.078/MG e no HC 126.292/SP. Além disso, foram examinados novos julgados que confirmaram o entendimento atual do STF e críticas a esse mesmo posicionamento.

Assim, pode-se afirmar que a jurisprudência anterior ao HC 126.292/SP defendia a impossibilidade da execução provisória da pena a partir da condenação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

pela segunda instância, pois, conforme demonstrado, dava interpretação literal ao princípio constitucional da presunção da inocência, entendendo que a execução antes do trânsito em julgado ofendia a garantia constitucional.

Com o julgamento do HC 126.292/SP foi superado esse entendimento, por maioria de votos, passando-se a entender que a execução provisória não ofendia a garantia da presunção da inocência, mas que, passado o julgamento por um tribunal de segunda instância, dentre outros argumentos, findava-se a possibilidade de discussão a respeito da matéria fática, logo, a presunção de inocência poderia ser relativizada. Outro argumento mencionado é de que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeito suspensivo.

Dessa forma, concluída a pesquisa acadêmica, foi possível conhecer não só a fundamentação que embasou o HC 84.078/MG, entendimento hoje superado, mas que ainda possui muitos defensores, e também foi possível entender os argumentos utilizados no julgamento do HC 126.292/SP, que alterou o posicionamento do STF e passou a permitir a execução provisória e vem enfrentando muitas críticas.

Confrontando-se de maneira crítica ambos os posicionamentos já adotados pelo STF, é possível perceber que, não obstante sejam importantes os argumentos que levaram a Corte Constitucional a se manifestar pela possibilidade da execução provisória, tal entendimento parece afrontar a garantia constitucional da presunção da inocência.

Percebe-se que os altos índices de criminalidade, violência, corrupção na esfera pública, injustiças de toda a ordem, bem como a desconfiada da eficácia do Poder Judiciário em relação à efetividade da justiça têm servido de fundamento para que qualquer posição que aparente, ainda que superficialmente, conduzir à justiça, seja tomada.

Todavia, o estudo das decisões apresentadas nesse trabalho acadêmico permite concluir que o fortalecimento da garantia do acesso ao judiciário e a utilização da prisão preventiva em vez da execução provisória, atenderiam de maneira mais eficaz tanto aos anseios da sociedade quanto às normais constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. Processo Penal Esquematizado. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. *Habeas Corpus* 126.292. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 84.078. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 74.983. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75650 >. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 91.675. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499432>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 70.662. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72593>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 43. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

>http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269 > Acesso em: 16 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 44. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452 5411> Acesso em: 16 nov. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; DOTTI, Renne Ariel. **Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau**: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Disponível em:> https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau< Acesso em: 16 nov. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza Jurídica da Execução Penal, in GRINOVER, Ada Pellegrini (coord). **Execução Penal**: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução penal. 6 ed. São Paulo: RT, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Uma questão de regra ou de princípio** – execução provisória da pena. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-25/direitos-fundamentais-questao-regra-ou-principio-execucao-provisoria-pena >. Acesso em: 16 de nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **A presunção da inocência e meu telescópio:** 10 pontos para (não) jejuar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-02/streck-presuncao-inocencia-10-pontos-nao-jejuar > Acesso em: 16 nov. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] Estado de Coisas Inconstitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

O ENALTECIMENTO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E A INJUSTIÇA INSTITUCIONALIZADA PELO CERCEAMENTO DE DEFESA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

JANDIRA INÊS WEBER DE ROSSO: Pós-graduanda do Curso de Direito Processual Civil e Recursos da Faculdade Educacional da Lapa - FAEL.

Resumo[1]: O presente artigo consiste numa análise criteriosa acerca dos Juizados de Pequenas Causas, hoje Juizados Especiais Cíveis, criados com o intuito de agilizar causas de menor complexidade. Dando ao demandante a possibilidade de ver seu direito satisfeito em um tempo menor, contempla a importância na busca de uma sentença rápida e justa, primando pela observância de princípios norteadores, a exemplo do princípio da Celeridade Processual, cuidando para que a busca do julgamento justo, o enaltecimento do Princípio da Celeridade Processual não se depare com a inobservância do Princípio da Ampla Defesa e Contraditório, incorrendo em cerceamento de defesa. Buscou-se analisar a mudança nos costumes e necessidades dos indivíduos, tornando imperiosa a atualização das normas Jurídicas, a fim de que se estabeleçam relações justas e compatíveis com a realidade do momento em que se faz necessária a atuação do braço do estado. O estudo, feito através do método hipotético-dedutivo, fundamentou-se em apreciação de Leis específicas, em bibliografia complementar e um cotejo jurisprudencial dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul. A partir dos resultados desta pesquisa, restou demonstrado que existem falhas em algumas sentenças prolatadas por magistrados que, na pressa de resolver a lide, respeitando a celeridade processual, acaba esquecendo-se de permitir à parte perdedora, o direito à ampla defesa e contraditório, obedecendo a um princípio em detrimento de outro, que poderia ser capaz de trazer uma decisão mais justa e adequada.

Palavras-chave: Juizados de Pequenas Causas. Lei 9.099/2009. Princípio da Celeridade Processual. Ampla Defesa e Contraditório. Cerceamento de Defesa.

Abstract: The present article consists of a discerning analysis of about the Small claims courts, today Civil Special Courts, grown up with the intention of speeding causes of less complexity up. Giving to a demanding one the possibility to see his right satisfied in a less time, it contemplates the importance in the search of a quick and just sentence, excelling for the observance of beginnings advisors, just like the

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

beginning of the Processual Celerity, taking care so that the search of the just judgement, the exaltation of the Beginning of the Processual Celerity does not come across the inobservance of the Beginning of the Spacious Defense and Contradictorily, incurring in obstacle of defense. It was looked to analyse the change in the customs and necessities of the individuals, making imperious the updating of the Legal standards, so that just and compatible relations are established with fact of the moment what makes the acting necessary to himself of the arm of the state. The study done through the deductive-hypothetical method, was based on appreciation of specific Laws, on complementary bibliography and a comparison jurisprudencial of the Civil Special Courts of Rio Grande do Sul. From the results of this inquiry, it remained when what exist were demonstrated you fail in some sentences protrellises for magistrates that, in the haste of resolving the work, respecting the processual celerity, it finishes forgetting of allowing to the part loser, the right to the spacious defense and contradictorily, obeying a beginning to the detriment of other, which might be able to bring a more just and appropriate decision.

Keywords: Small claims courts. Law 9.099/2009. Beginning of the Processual Celerity. Spacious Defense and Contradictory. Obstacle of Defense.

1 INTRODUÇÃO

A utilização de um princípio norteador em detrimento de outro, pode ensejar em injustiças no julgamento das demandas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, chegando até mesmo a ser prolatadas sentenças grandemente equivocadas, eivadas de nulidades em virtude do cerceamento de defesa.

A ocorrência de equívocos pode se dar pelo enaltecimento do Princípio da Celeridade Processual, todavia, quando se trata de um indivíduo que busca desesperadamente a garantia de seus direitos, este Princípio parece ir de encontro com a "Justiça".

Traz-se à baila uma frase conhecida do renomado Político e Jurista Rui Barbosa, onde afirma que *"Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada"*[2], com o intuito de buscar a comprovação de que, não só a justiça tardia incorre em "injustiça institucionalizada", mas a pressa em finalizar uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

demanda também acaba provocando falhas e inobservância de princípios basilares para que a efetiva justiça seja alcançada.

Para a devida compreensão da relevância do tema, se faz necessário conhecer um pouco do contexto histórico e evolutivo dos Juizados Especiais Cíveis, bem como, a melhor compreensão de seus princípios basilares.

Diante destas circunstâncias, o estudo apresenta-se na forma de artigo cientifico, fundamentando-se através de pesquisas bibliográficas e na realização de um cotejo jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que versam sobre os Juizados Especiais Cíveis.

Deste modo, no segundo capítulo do presente artigo, será apresentada uma breve síntese acerca dos Juizados Especiais, trazendo uma abordagem histórica, desde a origem do Direito Processual, a evolução Juizados de Pequenas Causas até a forma atual, que segue os termos da Lei 9.099/2009, Lei dos Juizados Especiais.

O terceiro capítulo traz a conceituação dos Princípios norteadores dos Juizados Especiais, no quarto capítulo, será apresentada a compreensão das provas e sua aplicação, e após, no quinto capítulo será trazido à baila a inconstitucionalidade do Cerceamento de Defesa nas sentenças prolatadas por magistrados nos Juizados Especiais.

Por fim, no capítulo seis, serão trazidas Jurisprudências demonstrando o cerceamento de defesa nas sentenças prolatadas por Magistrados dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul.

2 A ORIGEM DO DIREITO PROCESSUAL

As normas de convívio social existem desde o primórdio dos tempos, estando presentes na humanidade a fim de regimentar e coordenar os atos perpetrados pelo indivíduo, sendo modificadas conforme o tempo e lugar, de acordo com a cultura de cada local, visando sempre a manutenção da ordem e do bem comum.

O surgimento do direito processual se deu em virtude da necessidade da intervenção Estatal nos conflitos havidos entre particulares, visto que as lides eram resolvidas apenas entre as partes, desta forma, quem tinha mais condições, saia sempre em vantagem, imperando decisões injustas, sendo necessário implementar e regulamentar normas jurídicas procedimentais, a fim de que a

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Justiça fosse alcançada e permitida a solução da demanda imposta entre duas ou mais pessoas, não havendo, portanto, divisões dos ramos do Direito.[3]

No Brasil, em 1939 foi elaborado o primeiro Código de Processo Civil, por comissões de juristas organizadas pelo governo, em virtude de previsão expressa na Constituição de 1934, que passou para a União, a competência para legislar sobre processo[4]; em 1973, surge um Novo Código de Processo Civil, ao qual, ao longo dos anos, foi sendo feitas inúmeras reformas.

Em 07 de novembro de 1984, foi instituída a Lei 7.244/84, do juizado de pequenas causas, porém a competência concorrente aos Estados para legislar sobre procedimento em matéria processual, veio somente com a Constituição de 1988[5].

Após muitas reformas, foi imprescindível que se criasse um Novo Código de Processo Civil, que depois de muito estudo, discussões e vetos, surgiu com a Lei 13.105/2015, trazendo em seu bojo, várias alterações que primam pela economicidade e celeridade processual, facilitando e agilizando o processo, mantendo, porém, a sua formalidade.

2.1 Os Juizados Especiais e sua evolução histórica

Objetivando tornar mais célere o processo, antes ainda da instalação dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, foi criado, em data anterior à Constituição Federal de 1988, o Juizado de Pequenas Causas, regulamentado pela Lei 7.244/1984, trazendo a limitação com relação às causas que poderiam ser propostas, principalmente no que tange ao valor da causa, conforme leitura de seu art. 3º.[6]

Com o evento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente com a previsão do inciso LXXVIII do art. 5º, a razoável duração do processo foi elevada à condição de direito fundamental, assegurando um período temporal adequado, desde o início até o encerramento do processo.[7] Ainda, a nossa Carta Magna trouxe previsão no art. 98, I, foram criados os Juizados Especiais pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, a fim de dar acesso mais amplo aos litigantes.[8]

A lei 7.244/1984 foi revogada pela Lei n. 9.099/1995, que trouxe, em seu art. 1º, a previsão de instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,[9] trazendo outra alteração significativa, qual seja, a limitação do valor da causa, que, de 20

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Salários Mínimos, em ações litigadas sem a assistência de advogado, ao passo que, de 20 ao máximo de 40 Salários Mínimos, ou se uma das partes comparecer com advogado, a assistência torna-se obrigatória[10].

Caso o demandante opte por propor ação nos Juizados Especiais, ainda que o crédito exceda o limite estipulado pela referida Lei, importará em renúncia do valor excedente, com exceção da hipótese de conciliação, nos termos do art. 3º, I, §3º.[11]

Após, em 12 de julho de 2001, foi instituída a Lei 10.259, que veio para regulamentar a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, onde a limitação do valor da causa passa para 60 Salários Mínimos, conforme previsto no art. 3º da referida Lei.[12]

Ainda, com o objetivo de garantir a celeridade dos atos processuais, alterando artigos do CPC/73, surge a Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006, dispondo sobre a informatização do Processo Judicial.[13]

A Lei 13.010/2015, NCPC, em nada altera as competências dos Juizados Especiais Cíveis, conforme se pode ver na leitura do art. 1.063, "*Até a edição de lei específica, os Juizados Especiais Cíveis previstos na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, continuam competentes para o processamento e julgamento das causas previstas no art. 275, inciso II, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*".[14]

E mais atual, foi aprovado em 21 de março de 2018, o Projeto de Lei do Senado nº 36 de 2018, de autoria do senador Elber Baralha (PSB-SE), com relatoria da senadora Simone Tebet (PMDB/MS), que acrescenta o art. 12-A à Lei nº 9.099, para computar, na contagem de prazo para o andamento processual, apenas os dias úteis.[15]

3 DOS PRINCÍPIOS

De acordo com o art. 2º da Lei 9.099/95, o processo nos Juizados Especiais, será orientado pelos princípios *da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade,* buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, encontrando previsão se encontra elencada no art. 62 da mesma Lei.[16]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A fim de que seja melhor compreendidos, segue breve explanação acerca de cada princípio expresso na Lei dos Juizados Especiais.

3.1 Princípio da Oralidade

O Princípio da Oralidade trouxe a facilitação da solução das discussões judiciais, com previsão expressa na Lei 9.099/95, tendo em vista que aproximou as partes, advogados e Magistrados, e tornando mais imediata a solução das lides, conforme o referido Diploma Legal.[17]

Conforme se vê, a fim de que se resolva a lide de maneira mais célere e eficaz, a oralidade se faz presente em quase todos os atos processuais, de forma que seja possível até mesmo conciliar em qualquer momento do Processo.

3.2 Princípio da Simplicidade e Informalidade

Com o intuito de desburocratizar "as Justiças", o legislador buscou uma forma de simplificar, consagrando outros princípios, quais sejam, o da simplicidade e da informalidade, assim, embora o processo obedeça às "formas", para que seja célere, é importante que também seja simples, tanto o pedido, quanto a sentença, importa que seja em linguagem adequada, mas de fácil compreensão, conforme leitura do art. 14ss da Lei 9.099/95:

> *Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.*
>
> *§ 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível(...)*[18]

Tendo em vista a desnecessidade de solenidade nos Juizados Especiais, prima-se para que seja garantida a Justiça, exigindo-se apenas que seja manifestada de forma incontroversa a vontade das partes e a solução adequada e justa da solução do conflito instaurado.

3.3 Princípio da Economia Processual

Para que seja observado na integra este princípio, se faz necessário escolher a forma menos onerosa, buscando, utilizando o menor número de atos processuais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

evitando repetições inúteis de atos procedimentais, visando o máximo de resultado com o mínimo de esforço, assim, com o intuito de garantir a celeridade processual, é que aboliu o legislador, conforme leitura do art. 31 da Lei dos Juizados Especiais, a figura da reconvenção junto ao Juizado Especial, garantindo ao réu, todavia, o direito de deduzir pedido contraposto, de acordo com o art. 17, §ú.[19]

Embora tenha sido abolida a reconvenção, é permitido o pedido contraposto, que acaba exercendo praticamente a mesma função, visto que pode ocorrer a inversão do ônus da prova, situação comum nas ações consumeiristas, e poderá ser proposto juntamente com a contestação, podendo haver decisão já na audiência de conciliação, diminuindo o número de atos processuais, garantindo a economicidade processual, o que torna o processo mais célere.

3.4 Da Celeridade Processual

Acerca da Justiça e da demora nas decisões, Rui Barbosa sabiamente afirmava em seus discursos:

> *...justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.*[20]

Ainda, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem traz expressa previsão de um processo equitativo, afirmando em seu artigo 6º, que a causa deve ser julgada num prazo razoável, vindo de encontro com o Princípio da Celeridade, previsto na Lei dos Juizados Especiais.[21]

Conforme entendimento da Juíza Oriana Piske, no artigo **Princípios Orientadores dos Juizados**, a referência ao princípio da celeridade diz respeito à necessidade de rapidez e agilidade do processo, com o fim de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível.[22]

José Carlos Barbosa afirma que:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *Se uma Justiça é lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.*[23]

Infelizmente alguns julgadores deixam de observar o que é melhor para os litigantes, e, na ânsia de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível, acabam decidindo de forma apressada e equivocada, incorrendo em julgamentos injustos e eivados de nulidades.

3.4.1 Da Efetividade ou da Eficiência

Princípio intrínseco da Celeridade Processual, encontra-se previsto no art. 8º do NCPC, trazendo um entendimento dúbio, tendo em vista que nem sempre a celeridade traz a efetividade, ou, a morosidade seja causa da falha na efetividade do processo.

> *Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*[24]

De acordo com Eduardo Rodrigues dos Santos, em seu artigo *Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo:*

> *o processo tem de respeitar o modelo processual estabelecido pela Constituição, sendo instruído dentro de um prazo razoável, com um mínimo de custo possível, devendo ao final atingir a resposta "correta", conforme o Direito, a Justiça e a equidade e garantindo a parte vencedora o desfrute do seu direito.*[25]

José Carlos de Barbosa Moreira adverte para os riscos em atribuir à efetividade, valor absoluto, buscando-a a qualquer custo, esquecendo-se dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

outros princípios que norteiam o processo, lembrando que em um conflito, os interesses das partes são igualmente valiosos, assim, as decisões devem ser pensadas de forma que as satisfações de um, não implique o sacrifício total de outro, a fim de que, em virtude da busca sem limites da efetividade, não incida a injustiça.[26]

Entende-se, portanto, que a efetividade implica, necessariamente, na conclusão da demanda no menor tempo possível, com o aproveitamento do maior número de atos processuais, primando pela economicidade, com menor custo, buscando a satisfação, se possível, de todos os personagens que compõe a lide.

3.5 Dos Prazos nos Juizados Especiais

Conforme já supramencionado, foi aprovado o PLS nº 36/2018, que incluiu o Art. 12-A na Lei dos Juizados Especiais, estabelecendo a contagem dos prazos apenas em dias úteis.

Ainda, no que tange a contagem de prazos nos Juizados Especiais Cíveis, foram aprovados os Enunciados 414 e 416, no VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis (VII FPPC), conforme seguinte leitura:

> *Enunciado 415. Os prazos processuais no sistema dos Juizados Especiais são contados em dias úteis.*
>
> *Enunciado 416. A contagem do prazo processual em dias úteis prevista no art. 219 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública.*[27]

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 483, em setembro de 2017, argumentando que a contagem do prazo em dias úteis pelos Juizados Especiais, previsto no artigo 219 do NCPC[28], tem criado divergências e insegurança jurídica quanto à forma de contagem processual, tramitando sob a relatoria do ministro Luiz Fux.[29]

Para melhor compreensão do motivo das divergências acerca dos prazos nos Juizados, ocorre em virtude da insegurança Jurídica criada pela disposição do ao art. 6º da Lei n° 9.099/95, que prevê: "*o juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum*", desta forma, fica a critério do Juiz determinar de acordo com seu entendimento íntimo, o prazo cabível para cada caso.[30]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme se pode ver, as divergências estão sendo causadas pela própria letra fria da Lei, visto que deixou nas mãos do Juiz uma decisão referente a prazos que se entende ser do legislador, e não do Julgador.

4 DAS PROVAS

A produção de provas, encontra previsão na Lei dos Juizados Especiais, sendo imprescindível para garantir o direito fundamental à ampla defesa, previsto na nossa Carta Magna, no art. 5º, LV, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*[31]

4.1 Da Produção de Provas nos Juizados Especiais

A produção de provas encontra previsão também na Lei dos Juizados Especiais, elencada nos seguintes artigos:

> *Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.*
>
> *Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.*
>
> *Art. 81.(...)*
>
> *§ 1º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.*[32]

Como bem visto no artigo 81, § 1º do NCPC, estas serão produzidas em audiência, e a critério do Juiz a limitação de qual tipo de prova poderá ser produzida, podendo excluir a que considerar desnecessária.

A produção da prova oral também é permitida, em audiência, sem a necessidade de reduzir a termo, de acordo com leitura do art. 36, *"A prova oral não*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos."[33]

Quanto à prova pericial, embora um dos princípios norteadores nos Juizados Especiais seja o da celeridade, é possível também a produção deste tipo de prova, visto que consiste em importante ferramenta processual, sendo, porém, a exceção, conforme leitura do art. 35 desta Lei.[34]

Embora a prova pericial é utilizada normalmente na Justiça Comum, quando possibilitada pelo Magistrado, poderá ser aplicada também nos Juizados Especiais, a fim de que a demanda seja resolvida de maneira justa, observando a celeridade processual, visto que, em algumas situações pontuais, se extinto o processo para que os agentes ingressem na Justiça comum, corre-se o risco de ver precluso um direito.

5 DO CERCEAMENTO DE DEFESA

O cerceamento de defesa implica em deixar de apreciar uma prova que possibilite a alteração de um julgamento precipitado injusto, assim, indica-se a anulação da sentença prolatada pelo Juiz.

De acordo com Reno Sampaio Mesquita Martins, Procurador da Fazenda Nacional, em seu artigo *"O surgimento dos Juizados Especiais e os seus princípios informativos: Algumas das implementações feitas pela Lei 9.099/95, entretanto, foram criticadas por diversos autores justamente pelo fato de reduzirem certas garantias constitucionais do processo, a exemplo do contraditório e ampla defesa"*[35]

Quando um Juiz deixa de apreciar uma prova, traz à lide uma profunda insatisfação, tendo em vista que, além de causar uma séria insegurança quanto à observância da imparcialidade, em virtude de sua decisão precipitada e eivada de inconstitucionalidade, tendo em vista que, deixou de observar um princípio fundamental expresso na nossa Carta Magna, qual seja, a ampla defesa, implicando em nulidade da sentença prolatada.

Cabe salientar que as sentenças Judiciais devem ser públicas, fundamentadas e motivadas, conforme o Princípio da Motivação das Decisões previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal.[36]

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6 JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO RIO GRANDE DO SUL

Analisando decisões dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul, percebemos que tem havido sentenças onde resta evidente o cerceamento de defesa, e o prejuízo experimentado pelos personagens sucumbentes nas referidas demandas, conforme segue:

> *(Recurso Cível Nº 71006756928, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luis Antonio Behrensdorf Gomes da Silva, Julgado em 14/09/2017).*
>
> *Recurso inominado. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. Parte ré que não apresentou defesa, tampouco lhe foi oportunizada a assistência de advogado dativo. Mera referência no termo de audiência de que as partes podem comparecer acompanhadas de advogado, que não se mostra suficiente. Dever de informar que poderia ser nomeado defensor à parte. Informalidade dos juizados especiais que não pode elidir os direitos básicos das partes. Nulidade reconhecida. Sentença desconstituída. Retorno dos autos à origem para nova audiência de instrução. Recurso provido.*[37]
>
> *Nº 71007408552 (Nº CNJ: 0083212-30.2017.8.21.9000) 2017/Cível*
>
> *recurso inominado. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONSUMIDOR. alegada DEMORA NA AVERIGUAÇÃO DA AUTENTICIDADE DA CÉDULA de dinheiro, de forma manual, no caixa. autor que até o momento da sentença demandou sozinho, não sendo ofertado defensor dativo em audiência. ré que é pessoa jurídica. inteligência do art. 9º, § 1º, da lei 9.099/95. cerceamento de defesa. acolhida a preliminar. sentença desconstituída. retorno à origem. nova instrução. recurso provido.*[38]

Percebe-se nos casos em comento, a nulidade da sentença em virtude do Cerceamento de Defesa, assim, restou assegurada a justa defesa de ambos os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

demandantes, em virtude da proposição de Recursos providos, lembrando que a Celeridade Processual não deve ser posta em primeiro lugar, principalmente quando ensejar em sentença duvidosa ou destituída da garantia plena do cumprimento das garantias constitucionais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude da intensificação das demandas, se fez necessário a criação de uma estrutura mais célere, diminuindo os atos, primando pela economicidade processual. Desta forma, os Juizados Especiais têm colaborado para a efetivação da Justiça, permitindo que qualquer pessoa tenha acesso e possa pleitear a garantia de seus direitos.

A Lei 13.105/2015 veio de encontro com os princípios que norteiam os Juizados Especiais, tendo em vista que trouxe em seu bojo a previsão da mediação e conciliação antes mesmo da Instrução, dando a todos a possibilidade de resolver a lide muito mais rápido, primando pela resolução de conflitos, agindo de forma a priorizar as conciliações.

Desta forma, orientados pelos princípios *da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade*, os Juizados Especiais atuam de forma a garantir a celeridade e economicidade processual.

Assim, embora não tenham sofrido maiores alterações com o evento do NCPC, porém, tem havido inúmeras discussões acerca da garantia de cumprimento dos direitos constitucionais do litigante, quanto à ampla defesa e contraditório, quando o próprio texto legal diz que compete ao Julgador aceitar ou não uma prova oferecida, causando grande desconforto e insegurança jurídica para os litigantes.

Portanto, o julgador deve observar, além dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, as garantias constitucionais, para que não venham a incorrer em erros e injustiças, assim, as suas decisões devem ser fundamentadas e motivadas obedecendo o Princípio da Motivação das decisões, expresso na nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

· CÂMARA, Alexandre Freitas. **LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2011, p. 29. Disponível em: <http://directcloud. site/public/b9f954>.

· **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL/1988.** Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

· **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <https:// www.echr.coe.int/Documents/Con vention_POR.pdf>.

· **FRASES DE RUI BARBOSA**. Disponível em: <http://frasedodia.net/rui-barbo sa/?doing_wp_cron=1525197418.7027471065521240234375>.

· GAY, Giovana Andreoli**. A inserção do Novo CPC ao procedimento dos Juizados Especiais.** Reportagem publicada em 16 junho 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/16,mi240 823,11049-a+insercao+do+novo+cpc +ao+procedimento+dos+Juizados+Especiais>.

· **Justiça atrasada não é justiça', por Ruy Barbosa**. Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, 1920. Disponível em: <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2012/12/justica-atrasada-nao-justica-por-ruy-barbosa 479697.html>.

· **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

· **LEI Nº 7.244, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1984.** Disponível em: <http://www.pla nalto.gov.br/ccivil_03/leis/19 80-1988/l7244.htm>.

· **LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001.** Disponível em:< http://www.pla nalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_20 01 /l10259.htm>.

· **LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/_ato 2004-2006/2006/lei/l11419.htm>.

· **LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Disponível em: < http://www.pla nalto.gov.br/ccivil_03 /_ato20 15-2018/2015/lei/l13105.htm>.

· **LEI Nº 13.603 de 09 DE JANEIRO DE 2018.** Disponível em: <http://www.pla nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13603.htm>.

· MATTOS, Raquel Monteiro Calanzani de. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.** Disponível em: <http://biblioteca.unis.edu. br/?wpfb_dl=33>.

· MARTINS, Reno Sampaio Mesquita. **O surgimento dos Juizados Especiais e os seus princípios informativos**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com. br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7979&revista_caderno=21>.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

· MOREIRA, José Carlos Barbosa. **EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL**. Disponível em: http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista 7%20jose%20carlos%20barbosa%20moreira%20-%20efetividade %20do%20proces so%20e%20tecnica%20processual.pdf

· **OAB questiona contagem de prazos em dias corridos em Juizados Especiais.** Reportagem publicada em 25 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo= 356751>.

· POMPEU, Ana. SISTEMA CONFUSO. **Senado aprova projeto sobre prazo apenas em dias úteis para Juizados Especiais.** Reportagem de 29 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/senado-aprova-prazo-apenas-dias-uteis-Juizados-Especiais>.

· SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo.** Publicado em 24 março 2012. Disponível em: < https://www.diritto.it/os-principios-da-celerida de-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>.

· VIDOTI, Thais De Carvalho. **MOROSIDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA ESTADUAL PARANAENSE.** Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/bi blioteca/monografias/Thais%20Vidoti.pdf>.

NOTAS:

[1] Artigo extraído do Projeto de Pesquisa elaborado como requisito parcial à obtenção do grau de Pós-graduada em Direito Processual Civil e Recursos pela Faculdade Educacional da Lapa – FAEL, Polo de Osório, orientado e aprovado pela Professora Prof.ª Valéria Monteschio, Docente na Faculdade Educacional da Lapa- FAEL e Mestre em Políticas Públicas da Educação..

[2] **FRASES DE RUI BARBOSA**. Disponível em: <http://frasedodia.net/rui-barbosa/?doing_wp_cron=152519 7418.7027471065521240234375>. Acesso em: 13 jan 2018.

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito Processual Civil**. 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2011, p. 29. Disponível em: http://directcloud.site/public/b9f954. Acesso em: 03 fev 2018.

[4] MATTOS, Raquel Monteiro Calanzani de. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.** Disponível em: http://biblioteca.unis.edu.br/?wpfb_dl=33. Acesso em 15 fev 2018.

[5] Idem

[6] **Lei 7.244/1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7244.htm>. Acesso em 17 fev 2018

Art. 3º Consideram-se causas de reduzido valor econômico as que versem sobre direitos patrimoniais e decorram de pedido que, à data do ajuizamento, não exceda a 20 (vinte) vezes o salário mínimo vigente no País e tenha por objeto

[7] **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL/1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui cao/constituicaocompilado.htm>. *LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).*

[8] Idem. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

(...)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[9] **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

[10] Idem.

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

[11] Ibidem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[12] **LEI Nº 10.259, DE 12 DE JULHO DE 2001.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_20 01 /l10259.htm>.

Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

[13] **LEI Nº 11.419, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil _03/_ato 2004-2006/2006/lei/l11419.htm>.**

[14] **LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /_ato20 15-2018/2015/lei/l13105.htm>.**

[15] POMPEU, Ana. SISTEMA CONFUSO. **Senado aprova projeto sobre prazo apenas em dias úteis para Juizados Especiais.** Reportagem de 29 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/sena do-aprova-prazo-apenas-dias-uteis-Juizados-Especiais>. Acesso em: 29 abril 2018.

"*Acrescenta o art. 12-A à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para estabelecer que na contagem de prazo para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, serão computados somente os dias úteis*",

[16] **LEI Nº 13.603 de 09 de Janeiro de 2018.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13603.htm>.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 13.603, de 2018)

[17] **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

Quanto ao pedido: Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

§ 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.

Quanto ao mandato do advogado:Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes Especiais.

Quanto à resposta do réu:

Art. 30. A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto argüição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.

Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

Art. 83. Cabem embargos de declaração quando, em sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. (Redação dada pela Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

[18] **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

[19] Ídem.

Art. 31.Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

Art. 17 (...)

Parágrafo único. Havendo pedidos contrapostos, poderá ser dispensada a contestação formal e ambos serão apreciados na mesma sentença

[20] Justiça atrasada não é justiça', por Ruy Barbosa. **Discurso na Faculdade de Direito de São Paulo, 1920. Disponível em: <http://noblat.oglobo.globo.com/artigos/noticia/2012/12/justica-atrasada-nao-justica-por-ruy-barbosa-479697.html>. Acesso em: 17 mar 2018**.

[21] **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Con vention_POR.pdf>. Acesso em: 17 mar 2018

ARTIGO 6° Direito a um processo equitativo 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

[22] **PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS – JUIZA ORIANA PISKE.** Publicado em 20 de março de 2012. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2012/principios-orientadores-dos-Juizados-Especiais-juiza-oriana-piske>. Acesso em 18 mar 2018.

[23] VIDOTI, Thais De Carvalho. **MOROSIDADE PROCESSUAL NA JUSTIÇA ESTADUAL PARANAENSE.** Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Thais%20Vidoti.pdf>. Acesso em: 18 mar 2018.

[24] **LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.**

[25] SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Os Princípios da Celeridade e da Efetividade Processual à luz do Modelo Constitucional do Processo.** Publicado em 24 março 2012. Disponível em: < https://www.diritto.it/os-prin cipios-da-celeridade-e-da-efetividade-processual-a-luz-do-modelo-constitucional-do-processo/>. Acesso em: 18 mar. 2018.

[26] **MOREIRA, José Carlos Barbosa**. EFETIVIDADE DO PROCESSO E TÉCNICA PROCESSUAL. **Disponível em:<http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20jose%20carlos%20barbosa%20moreira%20-%20efetividade%20do%20processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em: 31 mar 2018.**

"A efetividade do processo abarca, dentre outros pontos, a celeridade processual, ou seja, a garantia de que a parte vitoriosa possa gozar, do mínimo de tempo e energia, da utilidade específica que lhe é assegurada pela lei em razão do resultado favorável do processo."

[27] **GAY, Giovana Andreoli.** A inserção do Novo CPC ao procedimento dos Juizados Especiais. **Reportagem publicada em 16 junho 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240 823,11049-A+insercao+do+Novo+CPC+ao+procedimento+dos+Juizados+Especiais>. Acesso em: 31 mar 2018.**

[28] **LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /_ato20 15-2018/2015/lei/l13105.htm>.**

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

[29] **OAB questiona contagem de prazos em dias corridos em Juizados Especiais.** Reportagem publicada em 25 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo= 356751>. Acesso em: 31 mar 2018.

[30] **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

[31] **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL/1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui cao/constituicaocompilado.htm>.

[32] **LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /_ato20 15-2018/2015/lei/l13105.htm>.

[33] **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l90 99.htm>.

[34] Idem.

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico.

Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado

[35] MARTINS, **Reno Sampaio Mesquita.** O surgimento dos Juizados Especiais e os seus princípios informativos. **Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/Paulo%20Leandro%20Maia?n_link=revis ta_artigos_leitura&artigo_id=7979&revista_caderno=21>. Acesso em: 15 fev 2018.**

[36] **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL/1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui cao/constituicaocompilado.htm>.

[37] https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499596010/recurso-civel-71006756928-rs. Acesso em: 05 maio 2018.

[38] https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574181223/recurso-civel-71007408552-rs/inteiro-teor-574181243. Acesso em: 05 maio 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

MARIA LAURA PEREIRA DA SILVA: Graduanda do Curso de Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo dissecar o processo administrativo fiscal, que se origina sempre que o indivíduo se vale da via administrativa para questionar alguma cobrança de tributo supostamente indevida. Serão abordados os conceitos e natureza do processo administrativo fiscal, suas espécies, seu procedimento, consultas, contagem de prazo e nulidades. O método de pesquisa utilizado consistiu o bibliográfico, com análise documental.

Palavras-chave: Direito Tributário; Processo Administrativo Fiscal; Direito Administrativo; Processo Tributário;

ABSTRACT: The purpose of this article is to dissect the fiscal administrative process, which arises whenever the individual uses the administrative route to question some collection of supposedly undue tax. The concepts and nature of the fiscal administrative process, its species, its procedure, consultations, counting of term and nullities will be approached. The research method used consisted of bibliographical, with documentary analysis.

Keywords: Tax Law; Fiscal Administrative Process; Administrative law; Tax Process;

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e natureza jurídica do processo administrativo fiscal; 3. Espécies do processo administrativo tributário; 3.1 Determinação e exigência do crédito tributário; 3.2 Outros tipos de processo administrativo tributário; 4 Procedimento do processo administrativo tributário; 5. Consulta; 5.1 Quem pode formular consulta; 6. Contagem dos prazos; 7. Nulidades do Processo Administrativo Fiscal; 8. Considerações Finais; Referencias.

1 INTRODUÇÃO

Em consonância com as normas jurídicas vigorantes no ordenamento jurídico brasileiro, a palavra final relativa a uma relação litigiosa é privativa do Poder Judiciário, como decisão de um processo judicial.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entretanto, a própria Constituição Federal permite a existência de um processo administrativo que é um meio de composição de litígios na esfera Administrativa Pública:

> Art. 5°: "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
>
> LV: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;
>
> (...)

Destarte, além da possibilidade da ação judicial, fica resguardado a qualquer indivíduo dirigir-se à Administração Pública na existência de controvérsia em relação a créditos tributários ou não que tenham como credores a própria Administração.

Sempre que o sujeito passivo da obrigação tributária se vale da via administrativa para questionar (impugnar, reclamar) alguma exigência fiscal (lançamento tributário ou auto de infração), para ele considerada ilegal ou indevida, estaremos diante do denominado contencioso administrativo tributário.

A supremacia do interesse público, de acordo com a lei, obriga a Administração a realizar controle da legalidade de seus atos e se alinha como reforço da garantia dos contribuintes. Assim, o processo administrativo tributário é instrumento posto à disposição do contribuinte para obter resposta às suas pretensões, possibilitando a eliminação de conflito com o fisco.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

O processo administrativo tributário consiste no conjunto de atos administrativos (procedimentos) destinados à aplicação de normas materiais de Direito Tributário à relação jurídica entre o fisco e o sujeito passivo da obrigação tributária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Doutrina Hugo de Brito (MACHADO, 2009) que a expressão *processo administrativo fiscal* pode ser utilizada tanto no sentido amplo quanto no sentido estrito. Em sentido amplo significa a unidade de atos administrativos tendentes ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma situação jurídica pertencente à relação fisco-contribuinte. Em sentido restrito, a expressão processo administrativo fiscal designa a espécie do processo administrativo destinada à determinação e exigência do crédito tributário.

O processo administrativo tributário é de natureza administrativa, possuindo as vezes, a natureza jurisdicional. O procedimento administrativo fiscal se inicia pela notificação do lançamento, pelo auto de infração ou pela apreensão de livros e mercadorias.

Deste modo, a atividade administrativa desenvolvida pela autoridade da Administração tributária na composição do processo, no sentido acima indicado, é sempre vinculada. O próprio conceito legal de tributo exige que seja assim. É inadmissível qualquer atividade discricionária no âmbito da Administração tributária.

3 ESPÉCIES DO PROCESSO ADMNISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Em observância da diversidade de critérios que podem ser adotados, diversas podem ser as classificações do processo administrativo fiscal. Hugo de Brito adota em sua doutrina o critério objetivo, e por isto classifica o processo administrativo fiscal em cinco espécies, a saber:

a) determinação e exigência de crédito tributário;

b) consulta;

c) repetição de indébito;

d) parcelamento de débito;

e) reconhecimento de direitos.

3.1 Determinação e exigência de crédito tributário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Espécie mais importante de crédito tributário, é destinada a constituição de crédito tributário e a sua cobrança "amigável". É o processo de lançamento e aceitação do tributo divide-se em duas fases:

a) Unilateral ou não contenciosa

b) Bilateral, contenciosa ou litigiosa.

A fase não contenciosa é essencial no lançamento de ofício de qualquer tributo. Começa com o primeiro ato da autoridade competente para fazer o lançamento, tendente a realização deste. Tal ato deve ser necessariamente escrito, e dele há de ter conhecimento o sujeito passivo da obrigação tributária correspondente. O ato somente terá efeito se for levado ao conhecimento do sujeito passivo da obrigação tributária.

Já a fase contenciosa se inicia com a impugnação do lançamento, vale dizer, com a impugnação da exigência formulada com o ato de infração. Seguem os atos de instrução do processo, como a realização de perícias e diligencias, quando se fizerem necessárias, e o julgamento em primeira instância.

3.2 Outros tipos de processo administrativo tributário

Existem, ainda outros procedimentos administrativos no âmbito da Administração Tributária, tais como o de repetição de indébito, o de parcelamento de dívidas fiscais e o de reconhecimento de direitos.

A repetição de indébito se configura quando efetuado o pagamento indevido de um tributo, tem o contribuinte direito de requerer à autoridade administrativa competente que determine sua restituição. Leciona Hugo de Brito que são raríssimas as situações em que a restituição é realmente efetivada pelo Fisco, todavia, requerido o pedido de restituição pelo sujeito passivo através de Pedido Eletrônico de Restituição (PER) ou em formulário, e desde que demonstrado que o pagamento foi feito indevidamente ou em valor maior do que devido, procedente será o pedido da restituição pleiteada conforme disciplina a Instrução Normativa da SRF n° 900, de 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O parcelamento de débitos fiscais é um outro processo muitas vezes colocado à disposição do contribuinte com o fito de estimular o adimplemento da obrigatória.

Finalmente, o processo administrativo de reconhecimento de direitos destina-se à formalização de isenções e imunidades que estejam a depender de manifestação da autoridade da Administração Tributária.

4 PROCEDIMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

A fase litigiosa terá início com a apresentação da impugnação tempestiva, sendo assim suspendida a exigibilidade do crédito tributário, conforme aduz o art. 151, III do CTN. Impugnação apresentada fora do prazo, contudo, não possui o efeito suspensivo.

A impugnação deve conter o nome da autoridade julgadora, qualificar o contribuinte impugnante, apresentar as razões de fato e de direito que fundamento a insurgência, especificar a sua extensão e apontar as suas diligências e prova pericial pretendidas, com a devida justificação, formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. O art. 16 do dec. 70.235/ 72 é que arrola os requisitos da impugnação. Com a impugnação, devem ser anexados a documentação comprobatória da regularidade da representação do contribuinte (estatutos, atos de eleição e, se for o caso, procuração ao advogado) e a prova documental (elementos contáveis, guias de pagamento).

A instrução probatória administrativa é muito semelhante a do processo civil. A prova documental deve ser apresentada já com a impugnação, sob pena de preclusão.

Pelo fato do processo administrativo ser regido pelo princípio da verdade material, que cabe ao fisco, em face do princípio republicano e da legalidade tributária, exigir o que efetivamente for devido, que é do interesse do próprio fisco reconhecer eventual nulidade ou excesso, de modo a evitar que tal se dê mediante ação judicial com encargos sucumbenciais, que pode ser determinada, inclusive de ofício, a realização de provas para elucidação de fatos e que os documentos que dizem respeito ao cumprimento de obrigações são do conhecimento de ambas, tem a autoridade sustentação constitucional e legal

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

suficiente para levar em consideração documentação acostada posteriormente à impugnação.

O art. 3°, III, da Lei 9.784/99, que cuida do processo administrativo, em geral, permite expressamente a consideração da documentação acostada até o momento do julgamento.

O pedido da prova pericial é apreciado pela autoridade julgadora que pode indeferi-la, se impertinente, prescindível ou impraticável, sem que tal implique violação à ampla defesa. Efetivamente, a menos que a prova fosse decisiva e indispensável para a resolução do conflito, não há o que se falar em cerceamento de defesa, pois este diz respeito à prova útil. A autoridade pode, também, requerera realização de diligências ou perícia de ofício, cabendo-lhe, neste caso, dar oportunidade ao contribuinte à formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

Após ao término da frase instrutória, é concluso para decisão por uma das Turmas da Delegacia de Julgamentos. Importante notar que no processo administrativo fiscal que têm por objeto os créditos da União, tem-se, sempre julgamento colegiado, desde a primeira instância.

4.1 Fase Recursal

Os recursos são dirigidos a um dos Conselho de Contribuintes (hoje denominados de Câmras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), com sede em Brasília.

Tanto o prazo para impugnação como para interposição de recurso é de 30 dias, nos termos dos arts. 15 e 33 do Dec. 70.235/72.

Existe ainda uma terceira instância no processo administrativo fiscal, isso porque, o Procurador da Fazenda Nacional pode interpor recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais em face de decisão unânime de Câmara Superior de Recursos Fiscais em face de decisão não-unãnime de Câmara do Conselho de Contribuintes, quando contrária à lei ou à evidência de prova, além do que o Procurador da Fazenda Nacional e o contribuinte poderão interpor tal recurso em face de sentença que der á lei tributária interpretação divergente da que tenha dado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

outra Câmara do Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, Portaria MF n° 256. De 28 de junho de 2009.

Terminado o prazo de intimação das decisões da Delegacia de Julgamento ou da Câmaras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ou proferida da decisão irrecorrível da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tem-se por concluído o processo administrativo fiscal e definitivamente constituído o crédito tributário.

O prazo para a conclusão do processo administrativo fiscal deve se dar em um prazo máximo de cinco anos, contados da data em que tenha sido iniciada a fiscalização, ou seja, a data da lavratura do Termo de Início de Ação Fiscal de que tenha resultado o lançamento, sob pena de perempção, forte no parágrafo único do art. 173 do CTN. A jurisprudência, contudo, se posiciona no sentido de que não corre prazo decadencial quando a fiscalização se inicie antes do termo previsto no inciso I do caput, conforma já mencionado.

5 A CONSULTA

O processo de consulta tem por fim oportunizar o contribuinte a eliminação de dúvidas relativas à interpretação da lei tributária. Em caso de dúvidas, deverá formular consulta ao Fisco. A consulta deverá ser formulada por escrito e é o instrumento que o contribuinte tem para o esclarecimento de dúvidas quanto a determinado dispositivo da legislação tributária relacionado com sua atividade.

A consulta deve se limitar a fato determinado (concreto), descrevendo de forma objetiva e concisa o objeto e indicando as informações necessárias à elucidação da matéria. Na petição inicial devem ser indicados os dispositivos da legislação tributária que ensejaram a apresentação da consulta e cuja interpretação se requer, como também, a descrição minuciosa e precisa dos fatos.

Para se efetivar a consulta sobre situação determinada e ainda não ocorrida, o consulente deverá demonstrar vinculação com o fato, bem como a efetiva possibilidade de ocorrência de fato gerador relativo a tributos administrativos pela Receita Federal do Brasil. A consulta deverá versar sobre apenas um tributo, exceto nos casos de matérias conexas. Uma vez formulada a consulta, fica vedada a ação contra o consulente, até que seja este intimado da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

resposta e se esgote o prazo nela assinalado para o cumprimento da obrigação cuja existência seja porventura nela afirmada. Segundo a lei federal, todavia, a consulta pode ser declarada ineficaz, o que significa dizer que foi rejeitada liminarmente, por ser incabível.

A resposta a uma consulta não é simples manifestação de um ponto de vista pela autoridade fiscal. Se contrária ao contribuinte, tem o efeito de obriga-lo a assumir o entendimento nela contido, sob pena de sofrer a penalidade cabível, ensejando, por isto, a impetração de mandado de segurança contra a autoridade ou órgão por ela responsável. Se favorável ao contribuinte, vincula a Administração Tributária.

Isto não significa dizer que a Administração Tributária esteja impedida de corrigir erro eventualmente cometido na resposta. Pode, e deve fazê-lo; mas não se deve confundir erro de direito com mudança de critério jurídico. Em qualquer caso, a observância, pelo contribuinte, do entendimento adotado na resposta, exclui a aplicação de penalidade. Tendo havido erro de direito, pode ser cobrado o tributo devido, que não tenha sido pago em face da resposta que o continha. Em se tratando de mudança de critério jurídico, porém, a cobrança do tributo devido só abrangerá o período seguinte à notificação do contribuinte do novo entendimento adotado.

No que se refere aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o processo de consulta sofreu significativas alterações, introduzidas pela Lei 9.430/96. Agora as consultas são solucionadas em instância única. Tanto as decisões que decretem a ineficácia de consultas, como aquelas que se manifestem quanto ao mérito da questão posta pelo consulente, são irrecorríveis, salvo quando houver divergência.

5.1 Quem pode formular consulta

a) sujeito passivo de obrigação tributária principal ou acessória;

b) órgão da administração pública; e

c) entidade representativa de categoria econômica ou profissional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

No caso de pessoa jurídica com mais de um estabelecimento, a consulta será formulada em qualquer hipótese, pelo estabelecimento matriz, o qual deverá comunicar a sua apresentação a todos os demais.

Empresas prestadoras de serviços de contabilidade e assessoria não poderão formular consulta em seu próprio nome no interesse de terceiros.

Em regra a competência para responder às consultas é do órgão regional, será do órgão central da Secretaria da Receita Federal do Brasil somente nos casos de consultas formuladas por órgão central da Administração pública federal, ou por entidade representativa de categoria econômica ou profissional de âmbito nacional.

Existindo divergência entre soluções de consultas sobre a mesma matéria, pode o destinatário da resposta divergente interpor recurso especial para órgão central, no prazo de 30 dias. Também pode provocar a manifestação do órgão central qualquer contribuinte que esteja cumprindo decisão de consulta e tomar conhecimento da resposta divergente daquela que está a obedecer. Por outro lado, todo o servidor da administração tributária tem o dever de representar ao órgão regional quando tomar conhecimento de decisões divergentes.

Como a lei não restringe o recurso ao caso de divergência entre respostas proferidas por órgãos regionais diferente, entende-se que o mesmo é cabível também quando a divergência se estabeleça entre as decisões de um mesmo órgão regional. É possível, porém, que o órgão regional modifique sua orientação em determinada matéria, desde que o faça de modo claro, com indicação da orientação anterior e as razões da mudança. Neste caso, pode ser posto em dúvida em cabimento do recurso.

6 CONTAGEM DOS PRAZOS

Os prazos previstos na legislação tributária devem ser contados em dias corridos. Esta é a regra é estabelecida pelo art. 210 do CTN. Entretanto, mesmo sem ressalva expressa, é razoável entender-se que a a lei ordinária estabelece prazo a ser contado em dias úteis. Prevalece o princípio de quem pode mais pode menos. Se o legislador fixar os prazos com o número de dias que considerar razoável para a prática do ato, pode também dizer que esses dias serão contados em dias úteis.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É uma forma de ampliar o prazo apenas para os casos em que ocorra a intercalação de sábados, domingos e feriados.

A norma albergada pelo art. 210 do CTN vale, pois, como regra aplicável para os casos nos quais a própria norma em que o prazo estabelecido silencie a respeito da forma de sua contagem. Diz o parágrafo único do art. 210 do referido diploma legal que os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que ocorra o processo ou deva ser praticado o ato.

A razão de ser essa norma consiste em garantir ao interessado o prazo por inteiro. Exatamente porque o prazo é contado em dias corridos, e pode, portanto, compreender dias não úteis, o início deve ocorrer de expediente normal na repartição, para que o interessado possa, junto a esta, obter os elementos de que necessita para o preparo da providência que deve adotar no prazo que lhe está sendo concedido. E, por isto mesmo, também o término do prazo já de ocorrer em dia de expediente normal na repartição.

Embora a lei não o diga expressamente, tem como impedimento ao início do prazo qualquer fato que impeça ao interessado o conhecimento dos fatos aos quais diz respeito a cientificação recebida, e a partir da qual, em princípio, o prazo teria início. Assim, se um contribuinte é cientificado da decisão da primeira instância administrativa, em um processo administrativo de lançamento, e não dispõe da decisão na íntegra, o prazo para a interposição do recurso não pode ter início.

Se a notificação já não se fez acompanhar do inteiro teor da decisão que diz respeito, tal decisão deve estar à disposição do interessado na repartição na qual tramita o processo. Se não está, é caso de impedimento ao início do prazo.

7 NULIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

As nulidades do processo administrativo fiscal só devem ser reconhecidas excepcionalmente, quando verificada:

a) Incompetência do servidos que praticou o ato, lavrou termo ou proferiu o despacho ou decisão, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

b) Violação ao direito de defesa do contribuinte em face de qualquer outra causa, como vício na motivação dos atos (ausência ou equívoco na fundamentação legal do auto de infração), indeferimento de prova pertinente e necessária ao esclarecimento dos fatos, falta de apreciação de argumento de defesa do contribuinte.

Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5°, LV, da CF/88. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas instrumentos para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe, à autoridade administrativa ou judicial, verificar, pois, se implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Rege-se, pois, pelo princípio da instrumentalidade das formas.

Ademais, não se declara qualquer nulidade quando se pode decidir o processo administrativo ou judicial, quanto à questão material, a favor do sujeito passivo. A declaração de nulidade, pois, é excepcional, só tendo lugar quando o processo não tenha sido apto a atingir os seus fins sem ofensa aos direitos do contribuinte. Declarada a nulidade, ficará restrita ao próprio ato viciado e aos posteriores que dele dependam ou que tenha, decorrido, nos termos, aliás, do que se faz no âmbito civil (arts. 248 e 249 do CPC).

É sempre importante lembrar que anulação do lançamento por vício formal reabre o prazo decadencial (Art. 173, II, do CTN.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, procurando sempre manter a coerência entre as premissas firmadas e nossa argumentação pessoal, concluímos a presente pesquisa com a plena convicção de termos alcançado os objetivos inicialmente traçados, que se traduzem justamente na produção de um texto conciso e objeto

O Decreto nº 70.235/72 rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União. Entretanto, somente com a promulgação, em 1988, da Magna Carta, é que o processo administrativo, tornou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instrumento ainda mais útil para solução de conflitos entre os cidadãos e o Estado (lato sensu), tomou grande relevância, posto que foram incluídos dentre os direitos fundamentais.

O processo administrativo fiscal, ou também chamado de processo administrativo tributário, tem início com a impugnação do lançamento, vez que antes dele, tinha-se procedimento fiscal. Contudo, entendemos ser desnecessária e ultrapassada tal diferenciação após a CF/88, devendo-se falar tão somente em processo administrativo.

O Processo Administrativo Fiscal, no âmbito federal, é regido pelo Decreto nº 70.235/72 (algumas de suas disposições foram alteradas (incluídas) pelas Leis nº 8.748, de 1993; nº 9.532, de 1997, nº 9.784 de 1999 e nº 11.196, de 2005), o qual trata, dentre outras questões, da determinação e exigência dos créditos tributários da União, onde encontram-se delineados os trâmites de todas as fases processuais administrativas, desde a oferta da impugnação à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, aos recursos cabíveis ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF[68] e pela Lei nº 9.784/1999[69], promulgada após a CF/88.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Paula Peres Falcão. **A impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário**, das decisões administrativas desfavoráveis ao Fisco. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 248, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4972>. Acesso em: 22 out. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. II vol. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. BONILHA. Paulo Celso B. Da Prova no Processo Administrativo Tributário. Dialética. 2.ed., São Paulo: 1997.

BOTALLO, Eduardo Domingos (co-autor). Justiça Tributária: 1º Congresso Internacional de Direito Tributário - IBET, Max Limonad, São Paulo: 1998. _____. Curso de **Processo Administrativo Tributário**. 2ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRITO, Edvaldo. **Problemas de Processo Judicial** Tributário, v. 3, coordenado por Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo: Dialética, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 17 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

CAVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivação no Direito Tributário**. Vol. I. São Paulo: Noeses: 2011.

FERRAGUT. Maria Rita**. Presunções no Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 2001.

HOFFMANN, Susy Gomes. **"Breves considerações sobre as provas no Processo Administrativo Tributário"**. Interpretação e Estado de Direito: III Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2006. Machado, Schubert de Farias. A Decisão Definitiva no Processo Administrativo Tributário e o Ingresso da Fazenda Pública em Juízo / Revista Dialética de Direito Tributário n° 76, São Paulo: Dialética, 2001.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial**). 4.ed. São Paulo: Dialética, 2005. MELO, Eduardo José Soares de. Processo Tributário Administrativo: Federal, Estadual e Municipal. 1ª ed, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

www.conteudojuridico.com.br

EUTANÁSIA: DIREITO DE MATAR OU DIREITO DE MORRER

BRENO HENRIQUE MARQUES JARDIM: Bacharelando do Curso de Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis - SP.

MARCO ANTONIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: Trata-se do procedimento da Eutanásia, salientando a diferença entre as modalidades ativa e passiva, voluntária e involuntária, seu desenvolvimento histórico e sua importância para a estrutura jurídica. Fazendo através de uma abordagem sob o panorama médico e da concepção jurídica no direito brasileiro e no direito comparado, evidenciando o impasse concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Indagações sobre a eutanásia são bastante subjetivas. Isto posto, a finalidade do trabalho é analisar não somente as questões constitucionais, com também os valores morais sob a visão popular, estabelecendo a tentativa de esclarecimento perante conceitos, classificações e posicionamentos aqui apresentados.

Palavras-chaves: Eutanásia. Concepção jurídica. Valores morais. Dignidade da pessoa humana. Direito à vida.

ABSTRACT: It is the Euthanasia procedure, emphasizing the difference between the active and passive, voluntary and involuntary modalities, their historical development and their importance to the legal structure. Doing through an approach under the medical and legal concept in Brazilian law and comparative law, highlighting the impasse concerning the principle of the dignity of the human person and the right to life. Inquiries about euthanasia are quite subjective. Thus, the purpose of the work is to analyze not only constitutional issues, but also moral values under the popular view, establishing an attempt to clarify concepts, classifications and positions presented here.

Key-words: Euthanasia. Legal concept. Moral values. Dignity of human person. Right to life.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1. Evolução Histórica. 1.2. Natureza Jurídica. 1.3. Disposição Legal. 1.4. Código de Ética Médica. 2. DIREITO COMPARADO. 2.1. Efeitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

da aplicação da Eutanásia no Brasil. 2.2. Ética e Religião. 2.3. Melhoria na regulamentação do projeto de lei N° 125/96. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

EUTANÁSIA – termo originário do grego, o qual unifica duas palavras: *EU* = bom + *THANATOS* = morte. De acordo com o dicionário Aurélio, é "a teoria que defende o direito a uma morte sem dor a doentes incuráveis". Relacionando adjetivos, obtemos também termos como morte calma, morte harmoniosa, morte sem angústia, morte boa, morte sem sofrimento, morte fácil e morte digna.

Conceito de Eutanásia, segundo a doutrinadora Diniz (2011, p. 438):

> [...] Deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento.

Inicialmente, é oportuno classificar a Eutanásia em quatro categorias:

• Eutanásia ativa – ato resoluto de provocar a morte sem sofrimento, por misericórdia (*modus procedendi*). Caracterizada pela capacidade por meio de algum método pré-determinado capaz de causar a morte instantânea e indolor;

• Eutanásia passiva – ato resoluto de deixar de prolongar, por meios artificiais e extraordinários, uma vida irreversivelmente condenada, uma vez que os tratamentos paliativos delongam o sofrimento do doente em estado terminal;

• Eutanásia Voluntária – o indivíduo expressa seu desejo de morrer;

• Eutanásia Involuntária – sem expressão da vontade do enfermo (inconsciência, demência, deficiência mental grave), um grupo de pessoas, comumente a família, decide pôr fim a vida daquele que sofre.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

1.1. Evolução Histórica

Outrora, a Eutanásia foi utilizada como justificativa para inúmeras e diversas barbáries. Assim aconteceu na Europa, em meados do século XX, onde se falava em Eutanásia, associando-a com a eugenia, que é a eliminação de pessoas portadoras de deficiências, deformidades ou doenças incuráveis. Empregou-se, também, o conceito da Eutanásia como justificativa do programa nazista, estabelecido pelo terceiro reich alemão no código "Aktion T4", em 1939, o qual buscava, inicialmente, o extermínio dos que tinham uma "vida que não merecia ser vivida", um procedimento entendido como "higienização social", já que há evidências

suficientes para se concluir que nesta prática não existia o interesse real de diminuir o sofrimento.

Todavia, é importante destacar que esta última prática e suas vertentes não devem ser associadas ao fenômeno concreto da Eutanásia, que já era adotado por algumas sociedades antigas como forma de livramento da dor e sofrimento. Em torno desse ideal, temos, por exemplo, reflexos da antiga Roma, onde os próprios doentes procuravam os médicos apenas a fim de obter o alívio que se dava mediante a morte.

Não obstante, em tempos ainda mais longínquos, encontramos tal debate na Grécia antiga, quando importantes filósofos se posicionavam sobre os aspectos da prática de abreviar a própria vida. Platão assumiu posição favorável ao que hoje chamamos de Eutanásia, sustentando que o prolongamento de uma vida em determinadas situações vai de encontro com a condição de finitude. Assim também pensou Sócrates, para quem não se deve viver a qualquer custo ou escapar da morte para viver, mas é preciso, acima de tudo, viver bem.

Na Idade Moderna, num contexto pós Revolução Industrial, os constantes progressos biotecnológicos e a consequente evolução da Medicina, impõem uma nova forma de se encarar a morte (GREGÓRIO, 2000).

A Inglaterra, no ano de 1931, adiantou-se em uma proposta de legalização da Eutanásia voluntária. O assunto foi discutido até 1936, ano em que a proposta foi rejeitada. Contudo, essa atitude inovadora modelou a base da proposta Holandesa, surgida alguns anos depois.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No ano de 1968, a Associação Mundial de Medicina posicionou-se contra a Eutanásia. Desde então, vários países tentaram propor projetos de legalização, sendo este um assunto demasiado delicado - tanto cultural, quanto religiosamente – motivo pelo qual as propostas, em regra, não prosperam.

Apesar disso, em abril de 2002, a Holanda tornou-se o primeiro país a legalizar a Eutanásia e o suicídio assistido (que é o suicídio praticado com a ajuda de um médico que, de forma intencional, disponibiliza para a pessoa as informações, ou os meios necessários para cometer o suicídio, incluindo aconselhamentos sobre doses letais de medicamentos e prescrição ou fornecimento dos mesmos)por óbvio, sob uma série de condições. Poucos meses depois e ainda no mesmo ano, a Bélgica acompanhou a Holanda e também legalizou a Eutanásia.

Na Suíça e na Alemanha, embora proíbam a Eutanásia, ambos reconhecem como legal a prática do suicídio assistido desde que não exista a ajuda de terceiros.

Nossas pátrias vizinhas não possuem leis específicas, assim como o restante dos países da América do Sul, porém, no Uruguai há a possibilidade de dispensa de pena no caso isolado do denominado “homicídio piedoso”.

No Brasil, existiu o projeto de lei n. 125/96 - inédito até o momento – no qual se falou acerca da legalização da Eutanásia. Tramitou no Congresso e nunca foi posto em votação. Segundo o Deputado Federal Marcos Rolim, “ninguém quer discutir a eutanásia porque isso traz prejuízos eleitorais”. Portanto, O Código Penal Brasileiro de 1940 proíbe a Eutanásia, reconhecendo-a como “homicídio privilegiado”.

Considerando todo o debate, desde seus primórdios até o presente momento, em aspectos gerais, a questão da Eutanásia não progrediu muito, tampouco de forma clara a ponto de apontar uma posição certa e definitiva. Sempre dividida em um universo de opiniões, é capaz de perpetuar em controvérsias.

1.2. Natureza Jurídica

A morte concreta perante a possibilidade de morrer é, em si, uma certeza inequívoca ao ser humano. Segundo Freud (1974):

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> A morte é a indelével certeza da condição humana, embora quase sempre recalcada, constituindo intrínseca peculiaridade do *Homo sapiens sapiens*, o único vivente que tem consciência da sua própria finitude.

Dessa forma, sendo a fiúza que é, a morte não necessita de maiores garantias, ao contrário da vida, esta sim que é zelada e resguardada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5°, *caput.*

Todavia, a premissa de que, durante nosso tempo como seres viventes, estamos sujeitos a males graves, sofrimento, dor e enfermidades permanentes, faz nascer a inquestionável percepção da fragilidade da vida.

Neste contexto, trazemos à tona o assunto Eutanásia. A existência deste assunto só será possível uma vez que é retirado de um questionamento que afronta o próprio direito à vida, o direito fundamentado na dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1°, III, CF.

Assim, na esteira dos problemas evocados pelo passamento está a questão do processo de morrer, completamente imbricado em aspectos como sofrimento e qualidade (ou precariedade) de vida (PESSINI, 2001).

Neste ponto, encontramos um impasse, fixando alguns questionamentos relevantes. Até que ponto nossa vida nos pertence? Em termos de sobrevivência, vale a pena manter uma vida a qualquer custo?

Moraes (2007) afirma que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu resguardo impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. Além disso, o direito à vida consiste em um conteúdo que o impede de ser configurado como um direito de liberdade de dispor da própria vida, ou seja, direito à morte.

Adotando este entendimento, os opositores à prática da Eutanásia responsabilizam o Estado quanto ao dever de preservar a vida humana, sendo esta um bem jurídico supremo (COELHO, 2001). Ainda segundo Coelho, uma doença que hoje é irreversível, amanhã pode não ser mais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Portanto, para os contrários à prática da Eutanásia, não há justificativa plausível para a realização da mesma. A dor não pode ser uma justificativa aceitável para que vidas sejam ceifadas (BARATA, 2012).

Por outro lado, ao observarmos, também, ao que se opõe a manter uma vida a qualquer custo, encontramos, pois, aquele que já não vive mais com sua dignidade.

Segundo Horta (1999):

> Quando a vida física é considerada o bem supremo e absoluto, acima da liberdade e da dignidade, o amor natural pela vida se transforma em idolatria. A medicina promove implicitamente esse culto idólatra à vida, organizando a fase terminal como uma luta a todo custo contra a morte.

Neste contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana necessariamente deve ser incorporado e equiparado de forma intrínseca ao próprio direito à vida.

Sobre a dignidade, nas palavras de Sarlet (2001):

> É inerente aos homens, inata a sua natureza de ser humano, é direito constitucional, sua aplicação e eficácia são imediatas, não pode ser alienada, não sofre prescrição, é bem fora do comércio, e a partir da Constituição Federal de 88 torna-se clausura pétrea. Observa-se que ela é irrenunciável, inalienável, e deve ser reconhecida, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Isso posto, leva-se em conta a incessante e penosa dor, a angústia que se retira do paciente, sua vivacidade e também sua moral, sua dignidade.

Logo, retirar do ser humano sua dignidade, em nome de um direito absoluto, não é muito diferente do que sentenciá-lo à própria morte, em vida (COELHO, 2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Diante do elucidado, é relevante perceber a importância de ambos os direitos fundamentais, inseparáveis entre si, uma vez que as garantias mínimas apresentadas em cada um reforçam a necessidade implícita de complementação.

Já disse Kirk (1994), "e como uma mesma coisa, existem em nós a vida e a morte, a vigília e o sono, a juventude e a velhice: pois estas coisas são aquelas, e aquelas, quando mudam, são estas".

1.3. Disposição Legal

Nunca o Brasil formalizou qualquer legislação explícita acerca da Eutanásia. O mais próximo que chegamos para tanto foi o projeto de lei nº 125/96, que propunha a legalização da Eutanásia perante o parecer de uma junta de cinco médicos atestando a inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. Além disso, a prática deste procedimento deveria ser solicitada pelo próprio paciente; em caso de inconsciência, a própria família poderia requerer.

Contudo, a Eutanásia é tipificada pelo Código Penal Brasileiro como Homicídio Privilegiado (Art. 121, §1°, CP) e Instigação ou Auxílio ao Suicídio (Art. 122, CP):

> Art. 121 - Matar alguém.
>
> (...)
>
> §1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
>
> Art. 122 – Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça.

Com a alegação de ser um ato com valor moral, no que se refere a interesses particulares do agente - compaixão ou piedade, por exemplo - há ainda uma atenuante de pena, dada pelo artigo 65, III, CP:

> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III- ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

No Brasil, a Eutanásia é tratada como crime, pois é conduta típica, ilícita e culpável, independente de haver consentimento do paciente, ou seja, a permissão do paciente para que o ato seja feito não desqualifica o crime. Não está prevista em lei a exclusão da tipicidade da conduta com essa manifestação.

1.4. Código de Ética Médica

Em 09 de novembro de 2006, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução 1.805/2006, a fim de normatizar a prática da ortotanásia, que consiste em deixar que o paciente terminal tenha uma morte pelo seu processo natural, sem utilização de meios para prolongar sua vida. Já em 13 de abril de 2010, entrou em vigor o Novo Código de Ética Médica, Resolução 1.931/2009, que observa em seu texto, no Capítulo I, na seção de princípios fundamentais, o respeito à autonomia dos pacientes.

> XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas. (Res. 1.931/2009, do CFM)

O Código de Ética Médica proíbe explicitamente a prática de Eutanásia e distanásia. Esta última é o contrário da Eutanásia, já que consiste no prolongamento exagerado da vida por meios artificiais. Essa busca de recuperação a qualquer custo acaba por estender o sofrimento e agonia do paciente.

Ambas as práticas são correlativas perante a ética médica.

É vedado ao médico:

> Art. 41 - Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
>
> (..)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

> XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. (Res. 1.931/2009, do CFM)

Quanto à ortotanásia, o Código de Ética Médica não considera a prática um ato ilícito, desde que respeitada à vontade do paciente ou do representante legal.

Portanto, se considerando a vontade do paciente, o profissional de medicina não utilizar de medicações e/ou procedimentos invasivos para prolongar a vida do paciente em estágio terminal e este vir a óbito sem a participação direta do profissional, então não há crime.

Consequentemente, a prática de qualquer modalidade de eutanásia, em que há participação direta do profissional médico, será considerada ato ilícito, conforme diz o preâmbulo da Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1.805/2006:

> Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (Res. 1805/2006, *caput*, CFM)

É o que também diz o Código de Ética Médica:

> Art. 41 (...) Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (Res. 1.931/2009 CFM).

A ortotanásia tem aspecto regulamentar, pois assegura o direito a uma morte digna, interposto pelos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia privada.

É desta maneira que o Novo Código de Ética garante ao paciente o direito a morrer sem sofrimento, permitindo a sequência natural da morte. Ao médico, cabe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

apenas os cuidados paliativos para assegurar que o paciente tenha uma morte digna.

> O médico não pode nem deve, de forma alguma e em nenhuma circunstância, contribuir ativamente para a morte do paciente, pois isso se contrapõe ao seu compromisso profissional e à sua formação moral. (FRANÇA, 2007, p. 499).

2. DIREITO COMPARADO

O primeiro país a demonstrar pensamento liberal e legalizar absolutamente a prática da Eutanásia foi a Holanda, em 2002, alterando seu Código Penal e excluindo as ilicitudes do artigo 293.

> A lei altera o Código Penal. São inseridas exclusões de ilicitude no Código Penal, art. 293. O médico passa a poder, de acordo com as circunstâncias previstas pela Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, art. 2º, praticar a eutanásia. A lei não se aplica a quem não for médico. Ela só beneficia os médicos que comunicarem o ocorrido. Para que a prática de eutanásia seja considerada lícita, devem ser observados, de acordo com o art. 2º, § 1º, uma série de requisitos. O médico deve estar convencido de que se trata de "uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente" (art. 2º, § 1º, "a"). Ele também deve estar convencido de que as dores do paciente são "sem perspectiva e insuportáveis" (art. 2º, § 1º, "b"). O paciente deve ter sido esclarecido sobre "a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas" (art. 2º, § 1º, "c"). Deve-se chegar à conclusão de que "não havia outra solução razoável" para o paciente (art. 2º, § 1º, "d"). Deve-se consultar ao menos "um outro médico independente" (art. 2º, § 1º, "e"). Ele deve ver o paciente e ter redigido seu parecer sobre a necessidade de eutanásia. A eutanásia deve ser executada "cuidadosamente sob o ponto de vista médico" (art. 2º, § 1º, "f"). (ALBUQUERQUE, 2008, p. 361).

Contudo, os debates envolvendo a Eutanásia na Holanda ocorriam desde 1973, decorrentes do famoso caso de Postma, no qual uma médica que foi acusada de praticar Eutanásia (na época caracterizada como homicídio) em sua mãe, que

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estava doente e clamava constantemente para que a doutora lhe cessasse a angústia.

O caso se propagou, gerando diversas manifestações, fazendo com que a jurisprudência do país se tornasse mais branda, produzindo parâmetros gerais para a prática da Eutanásia, estando ela não autorizada. Esta realidade se estendeu até 2001, quando enfim foi legalizada.

Diniz (2006, p. 388) nos traz:

> A eutanásia na Holanda, apenas poderá ser praticada se o paciente não tiver a menor chance de cura e estiver submetido à insuportável sofrimento. O pedido deve vir do próprio paciente e tanto ele quanto seu médico devem estar convencidos de que não há alternativa confirmada por parecer de outro médico e por uma comissão de especialistas.

O Uruguai foi o primeiro país do mundo a estabelecer aos juízes a possibilidade de isentar de pena as pessoas que praticaram a Eutanásia, desde 1934, no seu Código Penal (Lei n. 9.914). O país consente com a prática, mas não a legaliza.

Assim, diferentemente de outros países no Uruguai, aplicam pena diminuída ao homicídio piedoso, que seria a Eutanásia, o artigo 37 do Código Penal Uruguaio faculta ao juiz a exoneração da pena a quem realizou este tipo de procedimento, desde que preencha três condições básicas: tenha antecedentes honráveis; seja realizado por motivo piedoso e a vítima tenha feito reiteradas súplicas. (GOLDIM, 1997).

Como os estados membros dos Estados Unidos têm uma autonomia legislativa, pode-se afirmar que há regiões que permitem formas de Eutanásia e outras que não o fazem. Oregon foi o primeiro estado a legalizar, em 1984, o suicídio assistido. Todo o paciente deste estado que, diagnosticado com doença terminal, solicita voluntariamente, pode obter a prescrição de medicamentos para findar sua vida.

Seguindo os passos do estado acima, Washington e Vermont também descriminalizaram o suicídio assistido. Na Califórnia, só foi autorizado depois que uma mulher com câncer no cérebro, em estado terminal, se mudou para o Oregon,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

a fim de praticar o suicídio assistido já que na Califórnia não se permitia o ato. Com toda a repercussão, o estado se tornou o quinto a consentir esta prática.

Montana e Novo México não possuem leis específicas para a autorização da Eutanásia, porém para alguns pacientes, acordos judiciais podem ser feitos.

Contudo, mesmo que em alguns dos estados formas de Eutanásia sejam permitidas, em geral, ela é proibida, e se não ocorrer dentro destes estados, pode acarretar penalização, ainda que com a manifestação favorável do paciente.

2.1. Efeitos da aplicação da Eutanásia no Brasil

Perante a evidência de que a prática da Eutanásia não deve ser tradada com pouca importância e sim com ainda mais seriedade e deferência – já que incide diretamente sobre dois dos princípios fundamentais - exige-se uma estrutura regulamentar extremamente sólida e livre de aberturas que possibilitem a má interpretação.

Porquanto, seria necessário adotar demasiada cautela quanto à regulamentação da Eutanásia, pois esta deve ser uma opção em caso específico e não uma opção aberta, menos ainda uma imposição. Sob o pressuposto de que a prática da Eutanásia seja legalizada no Brasil, deve-se questionar se a sociedade está preparada para tal prática, posto que o posicionamento da população ainda é contraditório, ou seja, ao passo que se acredita na autonomia e dignidade humana, em um mesmo contexto os cidadãos pressupõem a primazia do direito à vida.

Além disso, as possibilidades de interpretações diversas poderiam sujeitar pedidos de Eutanásia por doentes reversíveis ou casos similares de pessoas as quais a Eutanásia não deve abranger. Por isso, a legislação, se fosse criada e aprovada, deveria definir criteriosa e detalhadamente as situações passíveis de Eutanásia, bem como o procedimento a ser adotado.

Quanto ao Estado, presume-se que haveria significativa economia de dinheiro público, uma vez que o SigTap – Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS, define que o valor de uma diária para adultos em UTI (III) custa R$ 508,63 para o SUS. Em UTI (II), o valor é de R$ 478,72 e na UTI (I) é de R$ 139,00. Vale ressaltar que ainda incide sobre esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

paciente o custo de medicamentos, assistência médica e enfermagem durante 24 horas, ininterruptamente, equipamentos específicos para diagnósticos e tratamento e assistência laboratorial.

De acordo com o Hospital Salvatoriano Divino Salvador e Fundação da Saúde Participativa da Região de Videira, de Santa Catarina, um paciente na UTI – Unidade de Terapia Intensiva, custa, em média, R$ 1.100,00 por dia. Neste sentido, manter uma vida em determinadas condições custa caro, todavia, essa inferência não deve propiciar uma injunção a qual incumbe ao Estado a decisão de realizar ou não a Eutanásia. Assim, ainda que ciente da economia proporcionada pela prática, não cabe ao Estado qualquer tipo de influência ou opinião, sendo que o ato de deliberar sobre a realização da Eutanásia compete exclusivamente ao paciente e/ou seus familiares.

2.2. Ética e Religião

É bastante visível na sociedade atual uma subdivisão que, embora não seja a única, contribui para a divisão ideológica. À parte a legalidade da Eutanásia, há outros fatores que também influenciam o modo de pensar da população quanto essa prática. Podem ser apontados como principais potenciais de influência a ética médica e a religião.

O culto idólatra à vida, defendido pela ética médica, e os conceitos conservadores dogmatizados pela esmagadora maioria das religiões corroboram para a contrariedade e falta de interesse no debate sobre a eutanásia.

2.3. Melhoria na regulamentação do projeto de lei N° 125/96

O projeto de lei n° 125/96, proposto pelo senador Gilmar Borges no dia 05 de junho de 1996, foi o único, até o dia corrente, disposto a tratar, de forma objetiva conceitos sobre Eutanásia, dispondo a ementa: "Autoriza a prática da morte sem dor nos casos em que especifica e dá outras providências".

No entanto, o projeto tramitou na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal entre julho de 1996 e janeiro de 1999, sendo arquivado em 29 de janeiro de 1999, nos termos do artigo. 332 do RISF - Regimento Interno do Senado Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Embora o projeto de lei n° 125/96 não tenha prosperado, considera-se bastante importante essa discussão. Levando-se em conta o resgate do estabelecido pelo projeto citado, entende-se que este precisa de revisão detalhada e inserções relevantes se quiser ser novamente colocado em pauta.

Neste sentido, conhecendo o referido projeto de lei que estabelece, como critério principal, a análise técnica acerca da enfermidade definitiva por uma junta de cinco médicos, entende-se ser necessário, também, a inclusão na regulamentação da análise técnica de um psiquiatra, a fim de proporcionar maior lidimidade à prática, provando que a intenção do paciente é genuína e não influenciada pela dor do momento ou por doença de caráter depressivo.

3. CONCLUSÃO

A Eutanásia já é praticada desde primórdios longínquos da raça humana, todavia, nos dias atuais, questões éticas fazem necessário um olhar mais apurado sobre esse assunto.

Por ser um tema polêmico e controverso, é pouco debatido, pois afronta princípios éticos, religiosos, médicos e jurídicos. A presente análise será direcionada mormente na esfera jurídica, eventualmente aludindo outros âmbitos.

A abordagem principal centra-se nos debates de direito pertinentes aos princípios voltados à liberdade de escolha de uma morte digna e ao direito à vida.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 versa sobre a proteção do direito à vida em seu artigo 5°, *caput*, assim como acerca da dignidade da pessoa humana, presente no artigo 1°, III.

Sobre este enfoque, a Eutanásia é circundada pelo conflito entre dois princípios fundamentais, onde um não deve se antepor ao outro.

Quanto à violação de direitos, o que seria mais desumano a uma vida ou sobrevida: permitir que um indivíduo morra de forma propositada ou prolongar o tratamento que não mais lhe alivia o sofrimento?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Pretende-se, então, uma elucidação sobre a eutanásia perante o direito à vida e a dignidade desta através da morte, analisando a conformidade Constitucional.

O presente trabalho dirige seu foco, não com a pretensão de solucionar ou acabar com as articulações acerca da Eutanásia, mas sim buscar a reflexão sobre o conhecimento das veredas do próprio assunto, tendo como linha base estudar as posições quanto à constitucionalidade do instituto, procurando fomentar o assunto, que se preocupa com a maneira mais adequada de se lidar com a morte dolorosa e iminente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, V. S. **A Integração Ensino-serviço no Contexto dos Processos de Mudança na Formação Superior dos Profissionais da Saúde.** Rev. bras. educ. med., vol. 32, n. 3, 2008, pp.356-362. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-55022008000300010>. Acesso em: nov. 2018.

BARATA, R. S. **Eutanásia:** morte digna ou homicídio? Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3114, 10 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20818>. Acesso em: 7 set. 2018.

COELHO, M.S. **Eutanásia**: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais**.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2412>. Acesso em 30 out. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.805/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2006. Seção 1, p. 169.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.931/2010. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 2009. Seção I, p. 90. 28

Dicionário Aurélio de Português online. **EUTANÁSIA**. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/eutanasia>. Acesso em: out. 2018.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 388.

DINIZ, M. H. **O Estado Atual do Biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, G. V.. **Direito Médico**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 499.

FREUD, S. **Nossa Atitude para com a Morte**: obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. 14, Rio de Janeiro: Ed. Imago, 1974.

GOLDIM, J.R. **Eutanásia no Brasil**. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanbra.htm>. Acesso em: nov. 2018.

GOLDIM, J. R. **Breve Histórico da Eutanásia.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/euthist.htm>. Acesso em: nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

GOLDIM, J. R. **Eutanásia.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanasi.htm>. Acesso em: ago. 2017.

GREGÓRIO, S. B. **Vida e Morte**. São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www.ceismael.com.br/artigo/artigo096.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

HORTA, M. P. **Eutanásia:** Problemas éticos da morte e do morrer. Revista Bioética, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: <http://jornalmedicina.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/290/429>. Acesso em: 7 set. 2018.

KIRK, G. S.; RAVEN, J.E; SCHOFIELD, M. **Os Filósofos Pré-socráticos:** história crítica com seleção de textos**.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

MORAES, A. **Direito Constitucional Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007. Disponível em: <http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000796216>. Acesso em: out. 2018.

PESSINI, L. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Edições Loyola, 2001.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível Am: < http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/2/7.pdf>. Acesso em: nov. 2018.

SIQUEIRA-BATISTA, R.; SCHRAMM, F. R. **Euthanasia: Along the Road of Death and Autonomy**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232004000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: nov. 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - LEGALIDADE DA APLICAÇÃO NO BRASIL

CAMILA BATTANOLI MEDEIROS: Graduação em Direito - UNISUL. Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal - UNAR. Advogada e servidora pública estadual.

Resumo: O presente artigo tem a intenção de demonstrar a legalidade da aplicação do instituto da audiência de custódia nos procedimentos criminais brasileiros, tendo em vista os pactos internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil e a Resolução n. 213/215 do CNJ.

Palavras chave: audiência de custódia; pactos internacionais; direitos humanos; Resolução n. 213/2015, CNJ.

Sumário: Introdução; 1. Previsão Legal. 2. Audiência de Custódia. 3. Resolução n. 213/2015 do CNJ. 4. Medidas Contrárias. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Alvo de críticas por grande parte da população e deputados que questionam a sua legalidade, a audiência de custódia está em prática no Brasil desde a expedição da Resolução n. 213, em 15 de dezembro de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A principal crítica é sobre a legitimidade do CNJ ao expedir tal recomendação, tendo em vista não ser composto por representantes da população, como os membros do legislativo.

O presente trabalho tem a intenção de demonstrar a legalidade na expedição da Resolução n. 213/2015 pelo CNJ, bem como a obrigatoriedade de aplicação pelos juízos criminais brasileiros.

1. PREVISÃO LEGAL

A audiência de custódia é prevista no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (PIDCP), e no art. 7º, item 5, da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica).

Em dezembro de 1991 o Congresso Brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 226/1991, aprovou o PIDCP e depositou a Carta de Adesão na Secretaria Geral da ONU em janeiro de 1992. No mesmo ano, foi expedido o Decreto n. 592/1992, determinando sua execução.

A CADH foi aprovada pelo Congresso Brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 27/1992. O Brasil depositou a carta de adesão em setembro de 1992 e, ainda em 1992 foi expedido pelo executivo o Decreto n. 678/1992, promulgando a CADH.

Desta forma, fica claro que além da assinatura dos Pactos, eles passaram pela aprovação do Congresso Nacional, que expediu os Decretos Legislativos n. 226/1991 e 27/1992. Posteriormente, tais Decretos foram promulgados, e passaram a ter força normativa no Brasil.

Sendo o Brasil signatário da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, está obrigado a cumprir todos os tratados internacionais que se comprometer, sem invocar qualquer direito interno para justificar seu descumprimento.

Corroborando com esse entendimento, o STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais n. 347, decidiu que todos os juízes devem realizar as audiências de custódia.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O texto do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro prevê, em seu artigo 306, caput, que a prisão de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz, e em seu §1º, que o auto de prisão em flagrante será remetido ao juiz em até 24 (vinte e quatro) horas.

Não há previsão, no CPP, da apresentação física do preso à autoridade judicial.

O art. 9. 3, da CADH dispõe que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida à presença do juiz ou outra

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, sem demora, porém, não determina um prazo certo que considere razoável.

Por interpretação do art. 306, §1º, CPP, o entendimento é que a apresentação imediata do preso à autoridade judiciária deverá ocorrer no prazo máximo de 24 horas após o encaminhamento do auto de prisão em flagrante, que ocorre em 24 horas. Portanto, o prazo máximo para a apresentação do preso será de 48 horas.

A autoridade competente para realização da audiência de custódia é somente a judiciária, não existindo no ordenamento pátrio outra autoridade habilitada para exercer funções judiciais.

Caso não ocorra a apresentação do preso à autoridade judiciária no prazo de 48 horas a prisão será considerada ilegal, devendo haver a soltura da pessoa através do relaxamento da prisão.

Salientamos, contudo, que a medida é pré-processual, portanto, o relaxamento da prisão não causará qualquer nulidade ao processo.

A audiência de custódia é um eficaz instrumento para a concretização dos Direitos Humanos no Estado brasileiro. Era comum observar, antes de sua aplicação, que diversos presos provisórios só tinham contato físico com o juiz na Audiência de Instrução e Julgamento, o que podia levar meses, quiçá anos, após a prisão.

Essa demora para o contato físico entre preso e juiz levava a inúmeras prisões injustas, que auxiliavam demasiadamente para o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Ademais, o fato de o preso ter um contato visual com o juiz possibilita a responsabilidade do agente estatal que vier a cometer qualquer tipo de abuso físico no ato da prisão.

Da mesma forma, a audiência de custódia é capaz de evitar a ocorrência de desaparecimento forçado do preso. O precedente do Caso Velásquez Rodrigues vs Honduras, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerou que a prisão de uma pessoa sem sua condução, sem demora, à presença da autoridade judicial consiste em privação arbitrária de liberdade e dificulta o controle da legalidade da prisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, pode-se dizer que, entre as finalidades da audiência de custódia, encontram-se a limitação de desaparecimentos forçados; evitar a ocorrência do crime de tortura; e proporcionar melhor avaliação pelo magistrado da efetiva ocorrência do flagrante.

Conforme dados veiculados pelo CNJ, no ano de 2017 foram realizadas 258.485 audiências de custódia no país. Dessas audiências, 115.497 pessoas foram soltas, dando um total de 44,68% de presos liberados após a realização da audiência. Isso demonstra a importância do instituto no nosso país.

Quando o magistrado entra em contato com o preso e com o fato ele possui mais informações para decidir e isso o proporciona chances para proferir melhores decisões.

3. RESOLUÇÃO N. 213/2015 DO CNJ

O Conselho Nacional de Justiça é previsto na Constituição Federal como órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A), e é composto por 15 membros, do Poder Judiciário, do Ministério Público, advogados e cidadãos. Exerce o controle da atuação administrativa e financeira do judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, dentre outras atribuições (art. 103-B, CF).

Diante do descumprimento do Poder Judiciário brasileiro frente aos pactos internacionais firmados, o CNJ expediu a Resolução n. 213/2015 para dar efetividade à audiência de custódia.

Apesar da regulamentação desse importante instituto ter ocorrido de maneira administrativa pelo CNJ, e não por lei aprovada pelo Poder Legislativo, sua força normativa é latente, visto que, conforme exposto, os pactos firmados pelo Estado brasileiro possuem natureza cogente.

Dessa forma, frente à inércia do Poder Legislativo de adaptar o Código de Processo Penal aos pactos firmados, o Conselho Nacional de Justiça acabou tendo que, mesmo tardiamente (23 anos depois do Decreto n. 592/1992), buscar uma solução para garantir a aplicabilidade do instituto no país.

A Resolução regulamentou o procedimento da audiência de custódia, determinando a forma de realização de seus atos. Dentre as medidas determinou

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

que o preso tem direito de entrevista reservada com seu advogado, ou defensor público, sem a presença dos policiais.

Estarão presentes na audiência o representante do Ministério Público e o defensor do preso. O juiz procederá conforme o art. 8º da Resolução, fazendo a inquirição do preso e dando oportunidade para as partes fazerem reperguntas. Após, decidirá nos termos do art. 310, CPC.

Ressalta-se que a audiência de custódia deve ser realizada em todo tipo de prisão, seja cautelar ou definitiva.

4. MEDIDAS CONTRÁRIAS

De encontro a todo o exposto, foi apresentada pelo deputado Eduardo Bolsonaro proposta de projeto de lei para que seja anulada a Resolução n. 213/2015 do CNJ, a qual aguarda se incluída em pauta pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados.

A medida não há de ser eficaz, visto que, conforme já exposto, o comprometimento do Brasil em realizar as audiências de custódia já foi concretizado através dos pactos firmados. Portanto, a obrigatoriedade do instituto dispensa sua implantação pelo Poder Legislativo.

Por fim, é de se frisar que o Senado aprovou, em novembro de 2016, o Projeto de Lei do Senado n. 554 de 2011, que visa alterar o §1º, do art. 306 do CPP, para acrescentar a obrigatoriedade da apresentação do preso ao juiz em audiência de custódia. O projeto foi encaminhado para a Câmara e espera-se que, em breve, seja aprovado.

CONCLUSÃO

A audiência de custódia é instituto previsto em Pactos Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, ratificados pelo legislativo e promulgados pelo executivo. A partir do momento que o Brasil se compromete internacionalmente, o cumprimento dos pactos é obrigatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

O Conselho Nacional de Justiça, visando dar efetividade aos pactos firmados expediu a Resolução n. 213/2015, regulamentando a forma de execução do instituto e o tornando obrigatório em todo território nacional.

Diante de todo o exposto, fica nítida a legalidade da aplicação da Resolução n. 213/2015 do CNJ, que regulamentou o procedimento da audiência de custódia.

REFERÊNCIAS

ADPF n. 347. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29, acesso em 22 de maio de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Eduardo Bolsonaro anula resolução do CNJ sobre audiências de custódia.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/507727-PROJETO-DE-EDUARDO-BOLSONARO-ANULA-RESOLUCAO-DO-CNJ-SOBRE-AUDIENCIAS-DE-CUSTODIA.html, acesso em 20 de maio de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados Estatísticos e Mapa de Implantação.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil, acesso em 20 de maio de 2019.

DECRETO n. 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, acesso em 15 de maio de 2019.

DECRETO n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm, acesso em 22 de maio de 2019.

DECRETO n. 7.030, de 14 de dezembro de 2019. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Disponível

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.592198

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm, acesso em 22 de maio de 2019.

DECRETO-LEI n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso em 22 de maio de 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRAGA, Mirtrô. **A obrigatoriedade do tratado na ordem interna**. Revista de Informação Legislativa nº 162, abr./jun. 2004.

PAIVA, Caio Cezar. HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

RESOLUÇÃO n. 213, de 15 de dezembro de 2015. **Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059, acesso em 22 de maio de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 913 de 06/07/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454