

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1010

(Ano XIII)

(17/04/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Poder Público não pode suspender alimentação escolar às crianças carentes durante a Pandemia do Covid-19

Carlos Eduardo Rios do Amaral, 04.

ARTIGOS

(Des)Criminalização do Aborto: Alterações sobre a Inteligência do Tema

Carmen Ferreira Saraiva, 06.

A imunidade como exercício político da extrafiscalidade do Estado.

João Batista Mendes Júnior, 31.

Crimes contra o meio ambiente

Victor Manoel de Oliveira Júnior, 43.

A violação dos direitos humanos em mulheres gestantes em cárcere de privada

Bruno Henrique dos Santos Moretti, 84.

A pensão alimentícia e a responsabilidade subsidiária dos avós

Vanessa Medina Cavassini, 97.

Infiltração virtual de agentes e sua aplicação no combate às organizações criminosas

Omar Ali Ayoub, 104.

A recuperação judicial para o produtor rural pessoa física

Leticia Silva Moreira, 136.

Família Homoafetiva: Judicialização “Versus” Omissão Legislativa

Carmen Ferreira Saraiva, 150.

Poliamorismo na Óptica do Código Civil de 2002

Marcos Rodrigues Nunes, 170.

Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil

Nathália Flaviana Cardoso, 188.

A desobrigatoriedade na legislação da atuação de intérpretes de libras em casos de violência doméstica em face de mulheres surdas nas delegacias e juizados especializados.

Ana Thalia da Silva Vitor Soares Diniz, 205.

Crimes contra o patrimônio: Da indisponibilidade à disponibilidade dos bens nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa

Gilmaro Alves Ferreira, 214.

Os desafios no Tribunal do Júri e sua soberania no poder de decisão

Raimundo Mateus Veloso Caldas, 239.

O tratamento diferenciado ministrado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas

Danilo França Falcão Pedrosa, 250.

Direito humano ao desenvolvimento sustentável: a tributação ambiental e o papel do Estado

Francisco Cleiton da Silva Paiva, 258.

A Segurança Pública e a responsabilidade civil do Estado

Ariciel Tebaldi Godoy, 269.

Guerra fiscal e a regularização dos benefícios fiscais de ICMS inconstitucionais

Evandro Careno, 282.

A nadificação numa sociedade líquida

Marcos Antonio Duarte Silva, 304.

A importância da descriminalização do aborto no Brasil

Camila Cardoso Menis, 317.

A exigência de taxa de Administração mínima em editais licitatórios

Danilo França Falcão Pedrosa, 333.

Adolescentes e Criminalidade: Breve Análise à Luz da Teoria das Janelas Quebradas

Giovanna Victória Boscolo Ferreira, 339.

PODER PÚBLICO NÃO PODE SUSPENDER ALIMENTAÇÃO ESCOLAR ÀS CRIANÇAS CARENTES DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:

Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Proclama nossa Constituição Federal de 1988 que o dever de Estados e Municípios com a educação será efetivado, dentre outras obrigações, mediante a garantia de fornecimento de alimentação ao educando (Art. 208, VII). Trata-se, evidentemente, de disposição afinada com o princípio universal da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III).

A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas, ratificada por 196 países, inclusive o Brasil em 1990 (Decreto 99.710/1990), determina que os seus Estados-signatários devem combater a desnutrição infantil, inclusive no contexto dos cuidados primários de saúde, mediante o fornecimento de alimentos nutritivos e de água limpa de boa qualidade (Art. 24).

Como não poderia deixar de ser, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional preconiza que o direito à alimentação escolar e à educação alimentar e nutricional é direito sagrado de nossas crianças (Art. 4º, VIII).

Posto isto, não há dúvidas de que todo o ordenamento jurídico brasileiro determina, assim, que Estados e Municípios são obrigados ao fornecimento contínuo e ininterrupto da alimentação escolar à criança carente mesmo durante a Pandemia do Covid-19. Não se trata de ato discricionário, favor ou marketing político do Agente Público, é obrigação legal deste promover a alimentação escolar infantil, sob pena de incorrer em ato de improbidade administrativa (deixar de praticar ato de ofício, Art. 11, II).

A eventual suspensão ou interrupção das aulas presenciais pelo Poder Público de nenhum modo afasta ou diminui sua responsabilidade pelo fornecimento da alimentação escolar, diária e nutritiva. Todos os Diplomas legislativos citados aqui deixam claro que a alimentação escolar é obrigação relacionada fundamentalmente à assistência à saúde e ao combate às doenças e à desnutrição. A suspensão ou interrupção das aulas presenciais, a par de acertada medida de enfrentamento à Pandemia do Covid-19, não elide a fome. E, para muitas crianças brasileiras, a dor da fome diária é implacável, cruel, não descansa. A escola é a única e última esperança desses pequenos famintos. A "tia" da cantina, o caldeirão industrial pronto para ser servido, é símbolo de vida e esperança dessas crianças pobres.

Desnecessário dizer da crise de desemprego e precarização do trabalho que castiga impiedosamente o país. Seja por conta da Pandemia do Covid-19, seja por

conta de equivocadas políticas públicas de distribuição de renda e de enfrentamento da pobreza, o número de famílias brasileiras sem condições de obter recursos necessários para viver aumenta a cada dia. Nossa população de rua é a prova dos nove dessa realidade.

A fome leva crianças e adolescentes a um caminho maldito e desgraçado não só da desnutrição e dos riscos de doenças. A fome talvez seja a maior porta de entrada, o diabólico chamariz, da exploração sexual infantil e do tráfico de drogas e armas de fogo. O cafetão e o traficante sabem bem disso, o desespero facilita o aliciamento à prostituição e à venda de drogas até o prematuro cadafalso.

Certamente a morte de nossas crianças por fome não pode ser tornar política pública de enfrentamento da pobreza e da marginalização. Deixar alunos carentes sem ter o que comer, privados da alimentação escolar diária, desconstrói o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária. Em última análise, revoga o princípio da prioridade absoluta, ainda insculpido na Lei Maior (Art. 227): "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

A fome não pode esperar.

(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: ALTERAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA DO TEMA

CARMEN FERREIRA SARAIVA: Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP.

Resumo: O ordenamento jurídico está apoiado nos princípios fundamentais, incluindo o direito à vida do nascituro. A legislação positivada criminaliza o aborto, exceto nas hipóteses permissivas de natureza terapêutica, humanitária e de feto anencefálico. Dada a tradição judaico-cristã, há projetos de lei em tramitação tipificando a conduta desde a concepção, bem como outros contrariamente a descriminalizando com base na realidade das práticas inseguras realizadas à parte do sistema de saúde. No aspecto contramajoritário protetivo, a jurisprudência vem afastando a tipicidade penal do aborto eletivo incondicionado no primeiro trimestre de gravidez. Delineadas estão as alterações sobre a inteligência da matéria, que somente pode vir a ser harmonizada a partir da necessária participação popular.

Palavras-chave: Direito à Vida. Aborto. Legislação. Jurisprudência. Conflito.

Resumen: El ordenamiento jurídico está apoyado en los principios fundamentales, incluido el derecho a la vida del feto. La legislación positivada criminaliza el aborto, excepto en las hipótesis permisivas de la naturaleza terapéutica, humanitaria y del embrión anencefálico. Dada la tradición judeocristiana, existen proyectos de ley en proceso que tipifican la conducta desde la concepción, así como otros que la despenalizan con base en la realidad de prácticas inseguras realizadas al margen del sistema de salud. En el aspecto protector contra mayoritario, la jurisprudencia se ha ido alejando de la característica penal del aborto electivo incondicional en el primer trimestre del embarazo. Se perfilan los altercados sobre la inteligencia del tema, que solo pueden armonizarse a partir de la necesaria participación popular.

Palabras clave: Derecho a la vida. Aborto. Legislación. Jurisprudencia. Conflicto.

Sumário: Introdução. 1. Axiologia do Direito à Vida. 2. Delineação Normativa Vigente. 3. Projetos de Lei em Tramitação. 4. Construção Jurisdicional. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema objeto deste artigo circunda-se ao regime jurídico dispensado ao nascituro no aspecto do direito à vida, valor este alçado a princípio fundamental em cotejo com o tratamento conferido ao ato contra a sua integridade que constitua obstáculo ao seu exercício, em especial ao aborto eletivo não previsto em lei. O objetivo que se procura atingir é a análise do esboço legislativo comparativamente ao entendimento jurisprudencial da descriminalização do aborto e a verificação da existência de contraposições de ideias em avanço parametrizadas nas novas concepções teóricas, políticas e sociais.

Essa abordagem contribui para disseminar conhecimentos jurídicos, com destaque para a evolução do movimento do ideal de paz e harmonia propenso a delimitar as condutas tipificáveis como ilícitas e culpáveis estruturado pelo método dogmático do conhecimento a partir da pesquisa teórica.

Examinam-se a construção conjuntural da legislação de regência e os respectivos projetos de lei em tramitação em paralelo com as ideias emergentes consubstanciadas em entendimentos jurisprudenciais.

Nesse contexto, a questão que se espera resolver é o estabelecimento dos traços característicos distintivos ou verossimilhantes entre os elementos identificadores dos mecanismos que propiciam a solução de suposto conflito de desígnios originado da contradição entre a aplicação de princípios teóricos que direcionam as regras normativas e a interpretação das normas constitucionais que emerge dos julgados sobre a estrutura que embasa os direitos humanos.

A axiologia do direito à vida é abordada nos aspectos da conduta ética, estando pautada no princípio fundamental consubstanciado nas normas constitucionais.

Discorre-se a respeito da delineação normativa, dos projetos de lei em tramitação e da construção jurisprudencial sobre a criminalização do aborto e o esboço da sua atipicidade, identificando-se a alteração entre a positividade majoritária e o embate hermenêutico contramajoritário.

1. Axiologia do Direito à Vida

A conduta ética é uma ação social e humana, uma vez que a sociabilidade é uma inclinação natural, finalística e valorativa de uma coletividade em permanente construção de verdadeiros bens que passam de uma geração para outra. O fim é um valor assimilado pela racionalidade humana, seja de forma estética ou teórica pela realização de algo sem visar a outras ações atinentes a princípios, leis e formas, seja de maneira ética ou econômica, pela efetivação de alguma coisa objetivando outras atuações de cunho técnico e decorrentes da necessidade de ter uma razão para o

agir. Nesse sentido, tem pertinência a distinção entre “a atividade que tem por fim formular leis ou realizar formas, e a atividade ética, que se converte necessariamente em normas”.

A valoração de uma conduta tem um fim ético, referencial do bem de cunho, entre outros, religioso, moral, costumeiro ou jurídico. Identifica-se uma conduta religiosa, essencial à compreensão, da existência com base nos valores que influenciam as ações que transcendem o elemento social além dos limites reais da correlação sujeito-objeto. Trata-se de conduta de natureza moral a ação que se dirige a um valor subjetivo revelada pelo fato de o indivíduo espontaneamente ser legislador de si mesmo como sujeito-agente, possibilitando a escolha constitutiva de uma valia axiológica. Os costumes sociais referem-se a regras consuetudinárias de civilidade e de convivência subordinadas ao padrão de juízo que prepondera no seio do coletivo. No Direito, a instância deontológica transubjetiva é a medida do comportamento determinado pela objetividade, isto é, na relação jurídica o valor que se incorpora no proceder social permite e assegura as pretensões das pessoas (REALE, 1999, pp. 375-409).

Baseada na ética das relações interpessoais, a positivação de valores é um sistema autopoietico que prevê instrumentos legais de autoconstrução e um ordenamento jurídico conexo e aberto de regras e princípios. As regras decorrem de proposições organizacionais de natureza instrumental e de preceitos disciplinadores primários, que prescrevem uma conduta, e secundários, que impõem sanção em decorrência da inobservância daquelas. Assim, são de elevado grau de especialidade e concretude. A antinomia é o conflito de preceitos incompatíveis entre si, que pode ser resolvido pelos critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, que evoluiu para o pluralismo metodológico. A anomia ou omissão pode ser: normativa, pela ausência de norma; ontológica, no caso em que a proposição não corresponde à conduta; e axiológica, na hipótese em que há regra que se aplica de forma injusta. A solução para suprir a lacuna é a integração pela “analogia, costumes e princípios gerais de direito”¹ (GARCIA, 2015, pp. 105-115).

Princípios são inspirados nas normas com alto nível de generalização e abstracionismo. Significam o ponto de partida ou a razão que justificam a existência, organização e funcionamento de um sistema jurídico. Caracterizam-se por consubstanciarem valores, serem interferentes por contraposição ou complementação, e ainda autoaplicáveis, autoconceituáveis e onivalentes. Classificam-se em: fundamentais ou gerais de direito, políticos constitucionalmente

¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de dezembro de 1942. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Artigos 2º e 4º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

conformadores, que explicitam valores estruturantes; constitucionais impositivos, que orientam a ação do poder estatal; e garantidores, que têm conteúdo normativo (CARVALHO, 2001, pp. 555-566).

Abraham Lincoln, no Discurso de Gettysburg, em 1863, defende que a democracia é o “governo do povo, pelo povo, para o povo”². Com característica principiológica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, designada “Constituição Cidadã”, convalida-se no regime democrático representativo e participativo nos atos de governo fundamentado na soberania do povo, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo político, com objetivos direcionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia de desenvolvimento, redução das desigualdades e promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação³ (SILVA, 2002, pp. 123-146).

Nos Estados modernos a teoria de freios e contrapesos de Montesquieu, relativa à tripartição de poderes, independentes e harmônicos entre si, foi modulada em conformidade com as realidades sociais e históricas de modo a possibilitar maior interpenetração e a idealização de funções típicas e atípicas. O Poder Legislativo promove a iniciativa da elaboração de leis com as características de serem gerais, abstratas e impessoais. O Poder Executivo deve praticar os atos de chefia do governo, do Estado e da administração, aplicando a lei de ofício. O Poder Judiciário compõe conflitos de interesses nos casos intersubjetivos concretos, atuando no âmbito do direito objetivo. Especificamente, a legiferação edita as normas e a jurisdição as aplica na solução das lides no exercício das funções estatais, respectivamente, majoritária e contramajoritária, se for o caso (SILVA, 2001, pp. 106-112, 507, 539, 550-552).

As normas constitucionais expressam os valores adotados pela sociedade na sua acepção axiológica e se harmonizam exprimindo as prerrogativas e instituições que afiançam a vida em comum das pessoas de forma livre, digna e igual. Essas normas têm a função normogenética de densificação, e o encargo fundamentador que delas afloram é a ideia de Direito e toda a ordem jurídica, propagando, em meio às normas-regras, preceitos de expansionismo a alcançar os novos anseios derivados da incessante construção social. Na incumbência teleológica finalística orientam as ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com demarcação de limites de

2 USA. The Library of Congress. Exhibitions. Gettyburg Adress. Disponível em: <<https://www.loc.gov/resource/mal.4356500/?sp=3>>. Acesso em 25 mar. 2021.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Artigos 1º e 3º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

atuação e vedação de edição de atos que reduzam a sua eficácia. Na hermenêutica direcionam a atividade estatal, fixando os contornos protetivos contra arbitrariedades no exercício do poder estatal (CARVALHO, 2001, pp. 555-566).

A validade, vigência, eficácia e a aplicabilidade dos preceitos de alicerce dependem dos enunciados positivados.

Os princípios explícitos podem ter eficácia plena ou absoluta, porque desde logo entram em vigor e tratam dos interesses, comportamentos ou situações que o próprio legislador constituinte regulamentou. Aqueles previstos em dispositivos de eficácia contida precisam de leis restritivas, embora desde logo produzam efeitos mínimos, e os fixados de eficácia limitada carecem de lei que defina a sua abrangência (BONAVIDES, 2001, pp. 215-227).

As normas principiológicas implícitas são aquelas compatíveis com o regime constitucional vigente, pois “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴. Observando-se o procedimento específico, muitos tratados internacionais de direitos humanos foram admitidos na hierarquia de norma supralegal, ou seja, sob as normas constitucionais e acima da legislação interna, de modo que o status normativo supralegal “dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão”. Ademais, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

equivalentes às emendas constitucionais”^{5 6 7 8 9} (CARVALHO, 2011, pp. 603-606; BULOS, 2002, pp. 358-362).

Os direitos de primeira geração abrangem as liberdades positivas e negativas e ainda as civis e políticas. Aqueles de segunda geração envolvem as liberdades positivas reais e a igualdade. Os de terceira geração primam pela solidariedade. Os de quarta geração abrangem “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos” (MORAES, 219, pp. 25994-26040; BONAVIDES, 2000, pp. 514-526). Nesse mesmo sentido, a Corte Suprema se pronunciou ao declarar que as liberdades clássicas ou negativas estão compreendidas nos direitos civis e políticos de primeira geração, as liberdades positivas ou concretas fazem parte dos direitos da igualdade, culturais, sociais e econômicos de segunda geração, e o princípio da solidariedade e os valores indisponíveis fundamentais compõem os direitos de terceira geração¹⁰.

5 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 466343/SP. Ministro Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento 03 de dezembro de 2008. Publicação em 05 de junho de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>>. Acesso em 25 mar. 2021.

6 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 349703/RS. Ministro Relator: Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Publicação em 05 de junho de 2009. “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>>. Acesso em 25 mar. 2021.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 5º , 37, 49 e 84. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

8 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2008. “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

9 BRASIL. Decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018. “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

10 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 22.164-0/SP. Ministro Relator: Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 de outubro de 1995. Publicação em 17 de novembro

Os direitos inerentes à pessoa humana têm vários aspectos, tais como a inserção no contexto social e histórico, não retrocessão, universalidade, interdependência, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, não hierarquização, inalienabilidade e indivisibilidade. Inexiste direito absoluto; no entanto, a dignidade da pessoa humana pode ser assim entendida (SILVA, 2002, pp. 180-182).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê¹¹:

“Art. 1º 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: [...]”

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

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 [...]”.

Assim, a vida, como objeto de direito, abrange a existência simultânea e inseparável do indivíduo e da sociedade, sendo fonte primária de todos os outros bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico pátrio.

Na acepção civilista, a personalidade jurídica da pessoa natural é “a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações”, ou seja, “é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. Em conformidade com a aplicação da teoria natalista, a aquisição da personalidade é constatada pelo nascimento com vida aferível através da atividade do aparelho cardiorrespiratório mediante o exame de docimasia hidrostática de Galeno¹². Embora o nascituro não tenha personalidade jurídica material, seus direitos são salvaguardados desde a concepção, dado que possui expectativa de direito. Poder-se-ia cogitar ainda que na vida intrauterina

de 1995. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur23459/false>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

12 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 2º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

haveria personalidade jurídica em sentido formal no que se refere aos direitos personalíssimos.

Há outras teorias sobre o início da personalidade jurídica ainda com o nascituro. A concepcionista defende que desde a concepção no ventre materno há personalidade não condicional, pois não se confunde com a capacidade. A nidificação consiste na fixação do óvulo fecundado à parede do útero, ocasião em que a personalidade inicia¹³ (GONÇALVES, 2019, pp. 1138-1177). Chama-se ovo “nos dois primeiros meses”, embrião nos “dois meses seguintes”, e feto a partir do quarto mês (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021b, pp. 4728-4751).

O nascituro tem direito à vida desde a constatação da vida intrauterina, e qualquer ato contra a sua integridade pode constituir obstáculo ao exercício de seus direitos. Assim, seja qual for a corrente teórica perfilada, o “nascituro, embora não seja expressamente considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, pp. 111-115). Ainda o direito do nascituro à vida deve ser-lhe proporcionado concomitante à proteção integral à criança ou ao adolescente de ser criado e educado no seio de sua família, ainda que substituta, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência¹⁴. O ordenamento jurídico adota a teoria natalista, que considera destinatária dos direitos fundamentais a pessoa natural nativiva. Por esse motivo, o embrião humano pré-implantado “in vitro” merece proteção jurídica na qualidade de um bem, e assim foram consideradas legítimas as pesquisas com utilização de células-tronco embrionárias humanas^{15 16}.

13 BRASIL. Planalto. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Artigos 3º e 4º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

14 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

15 BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

16 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Ministro Relator: Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 de maio de 2008. Publicação em 28 de maio de 2010. “O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a

Em nossa sociedade o respeito à vida assimila a existência, a integridade física e moral, bem como repele a pena de morte, a eutanásia, a tortura e o aborto.

Vale esclarecer que a objetividade jurídica é a vida do produto da concepção, seja embrião ou feto, que é um ser em formação que tem vida própria e sujeito de direito autônomo da mãe, e assim os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção (BITENCOURT, 2012, p. 392).

A regra assegurada de existir dignamente é a ideia de um viver com qualidade, bem como não interromper o processo vital, a não ser pela morte natural e casos legais inevitáveis. O tema é complexo e deve ser examinado, além dos aspectos jurídicos, sob vários ângulos, entre outros, de saúde, sociais, éticos e morais.

Cabe ressaltar que, segundo os dados censitários de 2010, 91,8% (noventa e um inteiros e oito décimos por cento) da população brasileira adotam valores judaico-cristãos não temporais de pertencimento a algo que transcende o real, inamovível e essencial à compreensão da existência, o que reflete a repelência ao aborto. Desse coeficiente, 86,8% (oitenta e seis inteiros e oito décimos por cento) são cristãos, católicos e evangélicos e 5,0% (cinco por cento) incorporam outros credos¹⁷. Por seu turno, o Ministério da Saúde (MS) aponta que o "abortamento

"direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição." <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

17 BRASIL. **Ministério da Economia**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010 - Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em 25 mar.2021. **Revista de Pós-Graduação em Ciências Social da UFJF**, Juiz de Fora, v. 13, n. 2, 2018. Disponível em:

representa grave problema de saúde pública em países em desenvolvimento, inclusive no Brasil, com sua discussão envolvendo complexo conjunto de aspectos legais, morais, religiosos, sociais e culturais”¹⁸ ¹⁹. Ademais, a Organização Mundial da Saúde (OMS) “alerta que métodos inseguros de aborto matam milhares de mulheres”²⁰.

<<https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12412>> . Acesso em: 26 mar. 2021.

18 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Norma Técnica. Atenção Humanizada ao Abortamento. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Caderno nº 4. Brasília, 2005. “Segundo estimativas da Organização Mundial de Saúde, metade das gestações é indesejada, com uma a cada nove mulheres recorrendo ao abortamento para interrompê-las. Estima-se que na América Latina e no Caribe ocorram anualmente 18 milhões de gestações, sendo que destas 52% não foram planejadas, com 23% terminando em abortamento (AGI, 1999). Para o Brasil, calcula-se que 31% das gestações terminam em abortamento. Estima-se (AGI, 1994) haver ocorrência anual de 1.443.350 abortamentos, com taxa de 3,7 abortos/100 mulheres de 15 a 49 anos, bastante superior aos valores encontrados em países da Europa ocidental, nos quais a prática do aborto é legal e acessível. Atualizados para o período 1994/1996, a incidência estimada de abortamentos provocados no País, apesar do decréscimo, situou-se ainda em patamares elevados, em 1996, entre 728.100 e 1.039.000, estimativa média e máxima, respectivamente (Corrêa & Freitas, 1997).” Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf> . Acesso em 25 mar. 2021.

19 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Anticoncepção de Emergência. Perguntas e Respostas para Profissionais de Saúde. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Caderno 3. “1. O que é Anticoncepção de Emergência? R: A maioria dos métodos anticonceptivos atua de forma a prevenir a gravidez antes ou durante a relação sexual. A Anticoncepção de Emergência (AE) é um método anticonceptivo que pode evitar a gravidez após a relação sexual. O método, também conhecido por “pílula do dia seguinte”, utiliza compostos hormonais concentrados e por curto período de tempo, nos dias seguintes da relação sexual. Diferente de outros métodos anticonceptivos, a AE tem indicação reservada a situações especiais ou de exceção, com o objetivo de prevenir gravidez inoportuna ou indesejada”. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno3_saude_mulher.pdf>. Acesso em 28 mar. 2021.

²⁰ EDGARD JÚNIOR. “ONU alerta que métodos inseguros de aborto matam milhares de mulheres”. ONU News. Publicação em 28 de setembro de 2016. “Um grupo de relatores especiais da ONU de Direitos Humanos alertou que métodos inseguros usados na prática do aborto continuam sendo a causa de milhares de mortes de mulheres no mundo. Os especialistas pediram a todos os países que rejeitem leis e políticas que restringem o aborto e que suspendam todas as medidas punitivas e barreiras discriminatórias ao acesso a serviços de saúde reprodutiva. [...] A Organização Mundial da Saúde afirmou que 22 milhões de abortos sem as medidas de segurança necessárias são realizados todos os anos no mundo inteiro. A agência da ONU calcula que 47 mil mulheres morrem anualmente de complicações causadas por essas práticas inseguras para interromper a gravidez. Os relatores especiais disseram que a “criminalização do aborto e a falta de serviços adequados para o fim de uma gravidez não desejada são formas de discriminação baseada no sexo”. [...] Segundo eles, “as leis que restringem o acesso a um aborto

2. Delineação Normativa Vigente

O legislador positivo deve utilizar-se do princípio da proporcionalidade como referência normativa e parâmetro para não ultrapassar o limite necessário pelo excesso e acabar atingindo os direitos fundamentais, tampouco se omitir sobre o assunto e deixar de assegurar o exercício pela proteção deficiente (MACHADO, 2016, pp. 71-87; BONAVIDES, 2000, pp. 394-397).

A legislação penal pauta-se por “três bases: o respeito à dignidade da pessoa humana, a promoção dos valores constitucionais e a proteção subsidiária dos bens jurídicos”. Trata-se de “ultima ratio” a tutelar os direitos humanos. O conceito material de crime é a “violação de um bem juridicamente protegido”, e em sua definição analítica trata-se de “conduta típica, antijurídica e culpável”. Insere-se no contexto de uma lei imperativa, exclusiva, geral e impessoal (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021a, pp. 1475-1502, 1777-1792 e 5775-5789; MIRABETE, 2000, p. 130; DELMANTO, 2000, p. 18).

O Código Penal trata o aborto eletivo da seguinte forma, com base no fato de que o objeto tutelado é a vida do nascituro²¹:

“Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque [...]

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante [...].

seguro representam uma grave violação dos direitos humanos das mulheres”. Os especialistas explicaram que “as consequências são severas com as mulheres, algumas vezes, pagando o preço com suas próprias vidas”. Pelos dados da ONU, as leis que proíbem o aborto atingem 40% da população global. Os relatores especiais disseram que a proibição não reduz a necessidade nem o número de abortos, apenas aumenta o risco para a saúde de mulheres e meninas que fazem uso dessa prática médica. Os especialistas recomendam “boa prática” encontrada em vários países, onde as mulheres têm acesso a serviços de aborto seguros, durante o primeiro trimestre de gravidez”. [...] Eles citam ainda leis internacionais dizendo que as mulheres podem realizar aborto em casos de risco de morte ou à saúde e em casos de estupro e incesto durante e depois do primeiro trimestre. Os relatores querem também que os países permitam que meninas e adolescentes ponham fim a uma gravidez não desejada, que se levada adiante pode expô-las a um risco maior no futuro.” Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2016/09/1564601-onu-alerta-que-metodos-inseguros-de-aborto-matam-milhares-de-mulheres>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante [...].

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Este regramento identifica o “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” e o “aborto provocado por terceiro” como condutas criminalizadas. Excepcionalmente, é permitido expressamente o “aborto necessário” ou terapêutico, em que há necessidade de salvamento da gestante, e o “aborto no caso de gravidez resultante de estupro” ou humanitário (SILVA, 2001, pp. 196-204). Cabe ressaltar que os abortos naturais, acidentais ou culposos são fatos atípicos, por não existir previsão legal de caracterização de crime (BITENCOURT, 2012, pp. 395-396 e 437; CABETTE NETO, 2012, p. 45).

Os avanços científicos permitem definir com precisão a inviabilidade da vida e a morte cerebral que põe termo à vida humana (BITENCOURT, 2012, p. 390). O Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da função contramajoritária protetiva com efeito “erga omnes”, firmou a descriminalização da antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencefálico, tendo em vista o juízo de ponderação entre os direitos básicos da mulher e a incolumidade física do feto anencéfalo que não tem expectativa de vida extrauterina, conforme decisão definitiva exarada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/2012²². Ademais, está autorizado o uso do fármaco denominado “pílula do dia seguinte” como anticoncepção de emergência que evita a nidação, e assim, por não existir fecundação ou gravidez, constitui exercício regular de direito (ESTEFAM; GONÇALVES, 2021b, pp. 4728-4751).

3. Projetos de Lei em Tramitação

22 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento em 12 de abril de 2012. Publicação em 30 de abril de 2012. “Estado – Laicidade. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Interrupção da Gravidez – mulher – Liberdade Sexual e Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos i e ii, do código penal.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur229171/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

A reprovação social ou censurabilidade de conduta do aborto é um tema cautelosamente examinado pelo Poder Legislativo²³.

O Projeto de Lei nº 236/201224, no contexto do novo Código Penal, inclui no rol de condutas atípicas a comprovada anencefalia e as anomalias incuráveis do feto que inviabilizem a vida intrauterina deste, bem como até a décima segunda semana quando a mulher não apresentar condições psicológicas para o mister.

O Projeto de Lei nº 882/201525 “estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos”:

“Justificativa.

A primeira razão para este Projeto de Lei é, na verdade, uma falta de razões: não há justificativa para que o aborto seguro seja ilegal e as mulheres que o praticam, bem como aqueles e aquelas que as assistem, sejam considerados criminosos ou criminosas. Todos os argumentos que, ao longo do tempo, têm sido oferecidos a modo de justificativa para manter a atual legislação não passam de um conjunto mal articulado de mentiras, omissões e hipocrisias cujo efeito se mede, anualmente, em vidas humanas. Vidas indiscutíveis, seja pela ciência, seja pela filosofia, seja pela religião, de mulheres já nascidas. E o único motivo para isso é a vontade de uma parcela do sistema político e das instituições religiosas de impor pela força suas crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado. [...] No contexto das eleições gerais brasileiras de 2010, a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto apresentou para debate

23 BRASIL. **Senado Federal**. Ato da Comissão Diretora nº 5, de maio de 2015. Anexo. "Missão do Senado Federal. Exercer a representação das Unidades da Federação e as funções legislativa e fiscalizadora, fortalecendo o modelo democrático federativo, incentivando a participação da sociedade e a integração dos Estados, e promovendo, com justiça social, a qualidade de vida do povo brasileiro." Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/transparencia/gestgov/copy_of_planejamento-estrategico-1/PDF/ATC5.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

24 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

25 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 882, de 2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

propostas para a legalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. O intuito era reverter o processo de denúncias, humilhações e ações judiciais em curso, que atingem tanto mulheres que abortaram quanto as trabalhadoras que as atendem e as organizações que lutam pela legalização, assim como fazer avançar a concretização deste direito das mulheres no futuro próximo. [...] Este Projeto de Lei foi inicialmente construído em parceria com o Setorial de Mulheres do Partido Socialismo e Liberdade a partir da Plataforma pela Legalização do Aborto escrita pela Frente Nacional pela Legalização do Aborto e do acúmulo histórico e de luta de tantas feministas que valorizam e querem preservar a vida e a dignidade das mulheres”.

O Projeto de Lei nº 460/2016²⁶ criminaliza o aborto desde a concepção:

“Justificação

A criminalização do aborto buscou conferir proteção à vida humana intrauterina em qualquer dos seus estágios de desenvolvimento. A intenção do legislador foi impedir a interrupção intencional e desmotivada do processo de gestação e, conseqüentemente, a morte dos sempre indefesos e vulneráveis fetos. [...] Esse o contexto, entendendo ser necessária a punição de todos aqueles que de algum modo contribuem para a prática de tão covardes crimes, apresentamos o presente projeto de lei que criminaliza o induzimento e a instigação à prática do aborto, bem como o anúncio de meio abortivo”.

O Projeto de Lei nº 461/2016²⁷ considera aborto “a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação”:

“Justificação [...]

Com a finalidade de resolver esse impasse, apresentamos o presente projeto de lei que, de modo expresso, considera-se

26 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 460, de 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127777>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

27 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei de Lei nº 461, de 2016.” Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127776>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

praticado o aborto, quando haja a interrupção da vida intrauterina em qualquer estágio da gestação”.

O Projeto de Lei nº 11148/201828 prevê a criação do Estatuto do Nascituro:

“Justificação [...]

Ampliar o debate político dos direitos do nascituro é possibilitar que hipossuficientes possam ser amparados por lei, e salvaguardados pelo Estado brasileiro, e permitir que sejam debatidas as várias questões que o envolvem. Ante o exposto, relevante é que o direito do nascituro seja amplamente debatido e salvaguardado, e nesse sentido, a criação do estatuto do nascituro definirá as linhas de amparo ao ser humano em sua forma mais frágil”.

O Projeto de Lei nº 2574/201929 “criminaliza o aborto provocado pela má formação fetal”:

“Justificação [...]

É inaceitável a possibilidade de que a eugenia, prática de estados totalitários do século passado, avance em supostas brechas, neste caso inexistentes, da Lei brasileira. No caso das gestantes contaminadas pelo vírus Zica, por exemplo, apenas um percentual delas poderá vir a dar à luz crianças com microcefalia e, ainda assim, em gradações variadas, o que em hipótese alguma pode excluir a essas crianças do direito à vida, seja qual for a severidade das limitações que venham a apresentar. Nessa toada, em futuro próximo o aborto poderá vir a ser discutido no Judiciário no caso de fetos diagnosticados com síndrome de Down, ou com deficiências outras, que sejam identificadas ainda na gestação. Este é um perigo que não podemos admitir. Aceitá-lo, seria admitir a barbárie”.

Essas propostas harmonizam-se com a teoria concepcionista e buscam criminalizar o aborto eletivo, como interrupção da vida intrauterina, em qualquer

28 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 11148, de 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188483>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

29 BRASIL. **Congresso Nacional**. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2574, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136519>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

estágio de gestação, inclusive na hipótese de malformação. Assim, no caso da descontinuidade da gravidez efetivada voluntariamente pela gestante até o primeiro trimestre com vista a assegurar a sua integridade física e moral, o direito fundamental à vida do nascituro tem maior relevância nessa circunstância.

O Projeto de Lei nº 434/2021³⁰ institui o Estatuto do Nascituro na esteira de sua proteção integral, prevendo que a “personalidade civil do indivíduo humano começa com a concepção” e alçando o aborto a crime hediondo:

“Justificação [...]”

O aborto constitui uma grave violação da Lei Natural, cujos primeiros princípios fundamentam o código moral de todos os povos e culturas, sendo o direito à vida universalmente reconhecido como o mais importante, não estando submetido às variações de usos e costumes: trata-se de um princípio constitutivo da própria consciência moral do ser humano, um valor inegociável. [...]

Trata-se, no mesmo sentido, de uma forma especialmente danosa de violência contra o corpo e a psique da gestante, sendo frequentes as complicações decorrentes da realização de procedimentos abortivos (algumas levando a hemorragias, infecções, doença inflamatória pélvica, e, em alguns casos, até mesmo ao óbito), e muito recorrentes os diagnósticos de depressão e o desenvolvimento de transtornos graves de personalidade em mulheres que realizaram ou consentiram com a realização de procedimentos provocadores da morte de seus próprios filhos em fase de gestação. Ademais, deve-se ressaltar a notória aversão moral de parcela majoritária da população brasileira à realização de procedimentos abortivos (bem como à legalização dessa prática), constatada em inúmeros levantamentos divulgados por institutos de pesquisa nos últimos anos, dentre os quais citamos o mais recente, do Instituto Paraná Pesquisas, de 25 de janeiro de 2021, que apresenta uma taxa de rejeição, dentre os entrevistados, de 79% para a legalização do aborto no Brasil. Reprovado pela população, o aborto também o é formalmente pelo Estado

30 BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 434, de 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270201>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

brasileiro, signatário, junto com outras 24 nações integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, documento que declara existir o direito à vida desde o momento da concepção. A ausência de dispositivos claros e de normas que assegurem os direitos do nascituro constitui, portanto, uma grave violação de compromissos já assumidos pelo Estado brasileiro, capaz de instaurar a insegurança jurídica e prejudicar a ordem constitucional brasileira. Do mesmo modo, a inclusão do Estatuto do Nascituro em nossa legislação por parte do Congresso Nacional constitui uma corajosa reafirmação das atribuições constitucionais do Poder Legislativo (cumprimento do dever que, de acordo com o inciso XI do artigo 49 da Constituição Federal, compete exclusivamente às duas Casas Legislativas), postas em xeque por um ativismo judicial que pretende transferir indevidamente aos Tribunais Superiores (em especial o Supremo Tribunal Federal) certas discussões relacionadas à competência legislativa, dentre elas a nefasta legalização do aborto no Brasil”.

Assim, a interrupção eletiva da gravidez vem sendo objeto de ampla discussão nas duas Casas legislativas, com posicionamentos de confronto altercados.

4. Construção Jurisdicional

A judicialização decorre da provocação do Poder Judiciário a respeito de “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, sem prejuízo das funções atribuídas ao Poder Legislativo e Poder Executivo, comprovando a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” e a “expansão da jurisdição e do discurso jurídico”³¹. Pode-se entender a sua importância, sobretudo como fórum argumentativo e representativo da discussão ampla de debate público de questões que se destacam como de interesse individual ou coletivo que aborda temas sociais relevantes pelo aspecto da ordem jurídica validada pelos direitos

31 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial. Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2. n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

fundamentais, o que não pode ser entendido como um desprestígio das instâncias políticas, de acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição³².

As demandas que identificam parâmetros de intervenção legítima nas políticas públicas se baseiam em critérios protetivos presentes nos princípios fundamentais de adequação. Esse mecanismo objetiva a solução de questões relevantes atinentes aos anseios sociais. Pode-se cogitar uma outorga para as instituições judicantes de parcelas das funções estatais que originariamente seriam de competência política própria dos Poderes Executivo e Legislativo, que têm recuado diante das suas responsabilidades.

No exercício de sua função típica, o STF julga questões relevantes de grau elevado de complexidade técnica ou mesmo temas que envolvam desacordo político ou moral, e portanto estaria imiscuindo-se em uma seara para a qual tem a devida capacidade institucional, situação essa que não pode ser equiparada à utilização de um instrumento de desestabilização da separação dos poderes. Nessa esteira, vem a judicialização proativa ou ativismo judicial protetivo precipuamente para garantir a efetividade de direitos fundamentais explícitos e implícitos ao preenchimento de lacuna e ao enfrentamento de norma infraconstitucional, a partir da exegese baseada na supremacia das normas constitucionais. Ocorre que essa parcela de autoconcentração do Poder Judiciário, que deve se distinguir de uma instância hegemônica que cumula função legislativa e função executiva, preserva incólume o sentido clássico e dogmático da cláusula da separação dos poderes³³.

Legítima é a construção de um sentido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, quando a norma possibilite interpretações variadas substanciais ou contenha indefinições no exercício da função contramajoritária protetiva. No caso em que há uma grande gama de sentidos interpretativos, deve-se evidenciar o conjunto sistemático, atentando-se para a circunstância de que normas

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza**, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em 28 mar. 2021.

constitucionais potencializam a construção da atividade interpretativa e a judicialização de matérias relevantes para a sociedade³⁴.

A interrupção da gravidez voluntária sem previsão na legislação é objeto de judicialização, pois a interpretação dos valores da sociedade avança no tempo. Em algumas oportunidades, o STF foi instado a enfrentar o tema em casos de descriminalização de condutas típicas.

Os direitos da autonomia, reprodutivo, sexual, de igualdade, de integridade psíquica e física da mulher interpretados pelo princípio da proporcionalidade penal conferem licitude à interrupção da gestação por vontade própria no primeiro trimestre de gravidez. Procura-se evitar fatos notórios como óbitos, automutilação e lesões graves. A motivação pautou-se pela inconstitucionalidade da tipificação da conduta de gestante que interrompe a gravidez nos primeiros três meses de forma voluntária. O princípio da proporcionalidade entre os custos sociais e os benefícios deve ser o alicerce interpretativo dos direitos fundamentais da igualdade e da autonomia sexual ou reprodutiva da mulher, de modo a acautelar a integridade física e psíquica no exercício de sua capacidade de escolha. Essa postura visa minimizar os casos de óbito e lesões graves daquelas mulheres carentes com acesso somente ao sistema público de saúde. Em contrapartida, ao invés de criminalizar a conduta, cabe ao Estado propiciar a educação sexual, o acesso a instrumentos de contracepção e resguardar o exercício da maternidade. Ademais, essa conduta é lícita em quase todos os países democráticos desenvolvidos.

Nesse caso, embora sem efeito “erga omnes”, a partir da incorporação de direitos fundamentais, o espaço tradicional de legislador negativo em sua conotação principiológica é ampliado pela supremacia das normas constitucionais, pela vinculação de poder legiferante a estes direitos humanos e ainda pelo afastamento de certas opções do espaço político, preservando um ambiente de segurança democrática. Há uma carga valorativa de complexidade prática e teórica, sendo que a postura deliberada de ocupação de espaço não convencional em situações extremas com interpretações interativas é imprescindível para normatizar determinados avanços sociais (SILVA, 2001. p. 554-559 e CARVALHO, 2011. p. 1148-1157).

A reconstrução ou releitura das normas constitucionais trata-se de um exercício saudável entre a lei e o caso concreto. As razões dessa função típica residem

34 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 101, 102, 103, 103 e 103-A . **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

na base sólida de que a norma somente adquire seu sentido de fato na medida em que é interpretada à luz do caso concreto e da legislação de incidência.

O plano de costumes, qualificado como valores sociais, está sendo reexaminado no desenvolvimento argumentativo para a fixação de novos paradigmas éticos e morais, com a adoção de técnicas interpretativas ampliativas sem detrimento dos direitos fundamentais relevantes e principiológicos do Estado Democrático de Direito.

O espaço de liberdade que emerge dessa matéria, com apelo a tolerância e respeito, dada a extensão dos debates como nunca antes vista, viabiliza a garantia do princípio da pluralidade para que especialistas multidisciplinares apresentem argumentos sobre as mais diversas posições. Procura-se, assim, tornar proveitoso o diálogo entre os interlocutores para subsidiar a construção da regra pautada no conhecimento das várias teses a partir das quais divergências são apresentadas de forma explícita, clara e congruente.

Relevante é desmistificar que a judicialização, em se tratando de descriminalização do aborto, seja uma ingerência institucional. Contramajoritária é a circunstância de a função judicial invalidar, com fundamento nos valores constitucionais em favor da democracia, os atos emanados da função política majoritária legislativa. Por não se aliar a nenhuma coalizão majoritária, a atuação ativista é a exceção, e não há enfraquecimento do Poder Legislativo. Pelo contrário, o Poder Judiciário o fortalece e tem uma postura de preservação das normas vigentes (POGREBINSCHI, 2011, pp. 60, 105, 161; BARROSO, 2012, pp. 14-17).

O STF, pelo sistema difuso ou incidental, na emblemática decisão proferida no “Habeas Corpus” nº 124306/2017³⁵, que vem balizando diversas decisões, assim se pronunciou:

“Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a

35 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 124306/RJ. Ministro Relator: Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento em 09 de agosto de 2016. Publicação em 17 de março de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal — que tipificam o crime de aborto — para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e

desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus”.

Esse posicionamento vem reforçar a necessidade de efetivação de políticas públicas de saúde menos repressivas; muito antes, pelo contrário, de maior aconselhamento adequado de apoio às gestantes e à família. Embora a tradição judaico-cristã condene o aborto, é possível uma harmonia entre a posição contrária ao aborto e a descriminalização dessa conduta eletiva, quando realizada até a décima segunda semana de gestação³⁶.

Considerações Finais

O supraprincípio da dignidade da pessoa humana, no direito pátrio e comparado, privilegia o direito à vida do nascituro e a liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Esses preceitos não são absolutos, e assim devem ser interpretados de forma conjugada, uma vez que entre eles não há hierarquia. Em caso de conflito, deve-se privilegiar a sua relativização como vetor da máxima observância dos direitos envolvidos, conjugando-os com mínima restrição em sentido “pro societate”. As normas constitucionais, explícitas e implícitas, consubstanciam valores da sociedade e orientam as ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, vedando a edição de atos tendentes a aboli-los.

O ordenamento jurídico adota a teoria nativista, já que a pessoa natural é dotada de personalidade jurídica capaz de ser titular de direitos e de contrair obrigações, salvaguardados os direitos do nascituro desde a concepção, e por consequência repele o aborto.

A interrupção do processo vital é tema complexo e deve ser examinado sob vários aspectos, entre outros, jurídicos, de saúde, sociais, éticos e morais. Se por um prisma a maioria da população brasileira adota os preceitos judaico-cristãos notadamente avessos ao aborto, pelo ponto de vista de utilização de procedimentos alheios ao sistema de saúde formal há métodos inseguros que propiciam a automutilação, lesões graves e óbitos de mulheres.

36 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581/DF. Ministra Relatora: Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em 04 de maio de 2020. Publicação em 05 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>>. Acesso em 28 mar. 2021.

O ordenamento jurídico criminaliza o aborto provocado pela gestante ou por terceiros, excepcionando expressamente aqueles necessários para seu salvamento, humanitários nos casos resultantes de estupro ou a antecipação do parto no caso de feto anencefálico.

Há projetos de lei em tramitação acrescentando entre as condutas atípicas a hipótese em que a mulher não se mostra psicologicamente apta à continuidade da gravidez no primeiro trimestre, e ainda pela sua legalização. De modo diverso, outras tantas proposições criminalizam o aborto desde a concepção, ou seja, em qualquer estágio de gestação, inclusive equiparando o nascituro à pessoa natural para todos os efeitos legais, amparando-o como ser humano em sua forma incipiente.

Dada a relevância da questão, com base na liberdade sexual e na integridade psíquica e física da mulher, em sede incidental, a jurisprudência fixou o entendimento de afastar a tipificação penal da interrupção eletiva da gestação no primeiro trimestre para que esta seja efetivada de modo seguro nos moldes adotados em vários países desenvolvidos no mundo.

No plano de costumes em referência, verifica-se a complexa controvérsia sobre a questão e a diversidade de entendimentos entre a posição majoritária conservadora perfilada pelo ordenamento jurídico positivado e a atitude incipiente protetiva contramajoritária adotada em sentido iluminista e diametralmente oposta.

Essa incompatibilidade de ideias entre os poderes estatais instituídos é o cerne da problemática do movimento do ideal de paz e harmonia sobre o tema, fazendo-se necessária uma ampla discussão da matéria no seio da sociedade. Indispensável é a participação em audiências públicas com as comunidades organizadas, acadêmicas e jurídicas com o escopo de consolidar os valores da sociedade brasileira, pois o tema relaciona-se com princípios fundamentais, questões de ética, moral e saúde pública. A dialética, como debate entre interlocutores comprometidos com a democracia, é imprescindível na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (e-pub).

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal. parte 2. dos crimes contra a pessoa.** 12. ed. São Paulo: Saraiva.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição.** Rio de Janeiro:Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002..

CARVALHO. Kildare Gonçalves. **Direito constitucional. teoria do estado e da constituição. direito constitucional positivo.** 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria geral do direito civil.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal. parte geral.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021a. (e-pub)

_____. **Direito penal. parte especial.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021b. (e-pub)

GAGLIANO. Pablo Stolze. e PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo código de direito civil. parte geral.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito.teoria geral do direito. didática diferenciada.** 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1 v. (Sinopses Jurídicas) (e-pub).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Luis Fernando Pires. **Noções elementares da legística.** 2. ed. Série Ciência da Legislação v. 1. Brasília: Editora, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub).

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito de democracia no brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 216.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil. teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2020. v 1. (e-pub)

A IMUNIDADE COMO EXERCÍCIO POLÍTICO DA EXTRAFISCALIDADE DO ESTADO.

JOÃO BATISTA MENDES JÚNIOR:

Pós graduado em Direito Público, Constitucional e Consumidor pela Faculdade Legale, São Paulo/SP. Graduado em Direito pela UPE (Universidade de Pernambuco). Advogado.

Resumo: O presente trabalho aborda a perspectiva da imunidade tributária como instrumento para influenciar comportamentos trazendo à tona seu caráter extrafiscal ainda pouco trabalhado. Ao se referir à benesse constitucional o destaque ainda paira sobre sua característica intrínseca de amputar a competência, impedindo a incidência que em termos práticos resulta no não pagamento do tributo. Entretanto, pontuaremos a faceta da extrafiscalidade que exerce impacto direto na vida do contribuinte.

Palavras-Chave: Imunidade tributária. Extrafiscalidade.

Abstract: The present work addresses the perspective of tax immunity as an instrument to influence behaviors, highlighting its extra-fiscal character, which is still little worked. When referring to constitutional benevolence, the highlight still hovers over its intrinsic characteristic of amputating competence, preventing the impact that in practical terms results in the non-payment of the tax. However, we will highlight the facet of extrafiscality that has a direct impact on the taxpayer's life.

Keywords: Tax immunity. Extrafiscality.

Sumário: Introdução. 1. Noções sobre a origem da Imunidade Tributária. 2. O fundamento Constitucional das imunidades em geral. 3. A extrafiscalidade e seus elementos políticos. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O sentido epistemológico do vocábulo "imunidade" advém do latim *immunitas, immunitate*, assinalando como a "negação de *munus*". Neste diapasão, compreende-se como a desobrigação de se suportar uma condição onerosa. A expressão "*munus*", também da língua indo-europeia, carrega consigo a sinonímia da palavra imposto, bem como, o significado de dívida ou favor. O termo "*munitus*" segue o radical de "*múnus*" e traz o sentido de "algo protegido por uma barreira".

Assim, no sentido amplo, *Im-munis* – na qualidade daquele que goza da *Immunitas* – seria aquele livre da tributação, que usufrui de privilégio (REIS JÚNIOR, 2010).

Logo, a imunidade é tida como uma benesse, onde se busca proteger uma situação desejada pelo legislador. Esmiuçaremos no desenvolver do presente artigo a aplicação desse instituto conjuntamente com a extrafiscalidade mostrando a íntima relação entre eles para favorecer comportamentos dos contribuintes e assim estabelecer uma igualdade material com prevalência dos princípios basilares esculpidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

1. Noções sobre a origem da Imunidade Tributária.

O Estado, como instituição indispensável à existência de uma sociedade organizada, depende de recursos para sua manutenção e para a realização dos seus objetivos. Isso independe da ideologia que inspire as instituições políticas, tampouco do seu estágio de desenvolvimento. A tributação é inerente ao Estado, seja totalitário ou democrático. Independentemente de o Estado servir de instrumento da sociedade ou servir-se dela, a busca de recursos privados para a manutenção do Estado é uma constante na história (PAULSEN, 2014, p.15).

Nessa linha de raciocínio, a primeira observação recai para a necessidade do Estado de fazer face às despesas oriundas da execução de suas finalidades, se valendo de guerras de conquistas, extorsões de outros povos, doações voluntárias, fabricação de moedas metálicas ou de papel, exigência de empréstimos, rendas produzidas por seus bens e suas empresas, imposição de penalidades, entre outros. Essas diversas formas aquisição de receita eram tidos como tributos (HARADA, 2015, p. 313 e 314).

Paulatinamente, ante a evolução das despesas públicas, com o fim de atender as necessidades inerentes a Sociedade, restou inevitável ao Estado a utilização de sua força coercitiva para a retirada parcial das riquezas dos particulares, sem que existisse qualquer forma contraprestação. Se valendo, assim, de uma fonte regular e permanente de custeio público para o financiamento das atividades estatais (HARADA, 2015, p. 313 e 314).

Com essa cobrança, através da interferência no patrimônio privado, por parte do Estado se viu necessário um manejo na capacidade de tributar - e seu corolário, de não-tributar -, estabelecendo uma das mais antigas formas de distinguir pessoas e atividades. É uma forma de implementação de políticas, seja de cunho fiscal ou de ordem econômica. No Império Romano era possível visualizar diversas espécies de impostos, bem como isenções. Temos como exemplo A *Lex Vicesima Hereditatum et Legatorum* que impunha a cobrança de um imposto com alíquota de

5% sobre o valor das heranças ou legados, recaindo, principalmente, sobre os legados a amigos e as heranças dos celibatários (MEIRA, *apud*. SCAFF p. 01).

Eram isentos os 'parentes próximos' e os bens de pequeno valor. Tal incidência estava de acordo com a política econômica do Imperador Augusto, que se caracterizava pela preocupação em 'amparar a família numerosa, proteger os casamentos, punir os adultérios, gravar os celibatários e os casais sem filhos' (MEIRA, *apud*. SCAFF p. 01).

Nota-se que a ideia de proteção da família por meios de políticas econômicas caracteriza, de certo modo, um aspecto extrafiscal, visto que transpassava a mera arrecadação. De forma sucinta e preambular ao tópico 3, a extrafiscalidade tributária implica na escolha de um outro fim (geralmente social), como mais importante do que a arrecadação fiscal.

Adiante, o Império Romano, para se consolidar, trabalhava para abranger a capitação de mais e mais recursos face aos problemas 'de caixa' do Império, Antonino aumentou a alíquota para 10% e estendeu a cidadania romana a todos os habitantes de seu território através do edito de Caracala (212 a.C.), com intuito de ampliar as arrecadações do Império. Percebe-se que figuram no contexto romano relações corriqueiras da atualidade, como deliberações de cunho estatal com o propósito de aumento de alíquota, otimização na arrecadação de tributos e ausência de certas pessoas do campo da tributação (MEIRA *apud* FACURY SCAFF p. 01).

Tanto em Roma como no resto do mundo, os problemas relacionados à tributação, desde cedo despertaram a necessidade de compatibilização da arrecadação com o respeito à liberdade e ao patrimônio dos contribuintes. Por envolver imposição, poder, autoridade, a tributação deu ensejo a muitos excessos e arbitrariedades ao longo da história. Muitas vezes foi sentida como simples confisco. Não raramente, a cobrança de tributos envolveu violência, constrangimentos, restrição a direitos (PAULSEN, 2014, p.15).

Neste cenário, já é possível encontrar elementos basilares de um sistema tributário contemporâneo, mesmo que de forma incipiente. Verificamos que a íntima ligação histórica da tributação e da imunidade tributária é evidente, pois esta é uma espécie de desoneração daquela.

Acrescenta-se, também, que a evolução tributária estabeleceu o tributo como categoria jurídica e o obrigado o status de cidadão-contribuinte. Razão pela qual é conferido a condição de juridicamente obrigado nos termos e limites da lei, devendo compulsoriamente contribuir para os gastos públicos na proporção de seus haveres, na medida legal (NOGUEIRA, 1995, p. 06).

Conclui-se que a imunidade era concernente a noção de "benesse fiscal" a um certo nicho de privilegiados. O fato de livrar-se do encargo de pagar tributos tinha como base, precipuamente, na diferenciação das classes sociais, sendo agraciado indiscriminadamente como favor aos amigos e protegidos do soberano. Ocorria o privilégio tributário, onde a influência política se manifestava em prol das classes tidas como superiores.

Nesse ínterim, com o passar dos tempos, não mais existindo razão para a diferenciação de classes, os privilégios fiscais foram sofrendo radical transformação, figurando, a partir de então, a fundamentação jurídica com base nos supremos interesses sociais (REIS JÚNIOR, 2010).

2. O fundamento Constitucional das imunidades em geral.

Em uma perspectiva nacional, a Constituição Federal do Brasil de 1988 atribui à União, aos Estados e aos Municípios o poder de tributar certos fatos ou situações especificadas no texto constitucional. A parcela de poder imputada a cada Estado-Membro para instituir tributos denomina-se competência tributária. A competência tributária, no entanto, é resultado da análise conjunta de duas espécies de normas jurídicas. São elas as normas que atribuem poder ao Estado para instituir tributos por meio da especificação dos fatos e situações que se tornam suscetíveis de tributação, bem como, as normas que subtraem poder do Estado sobre determinados fatos e situações que se tornam insuscetíveis de tributação. Tem-se que essa porção de poder do Estado para instituir tributos é a decorrência do poder que se lhe atribui menos o poder subtraído, com fulcro na Constituição (ÁVILA, 2010, p.217).

A existência do Estado está diretamente ligada a obtenção de um bem comum. Diante disso, existem prerrogativas que tornam certa sua posição de privilégio nas relações jurídicas envolvidas, pois, com a supremacia do interesse público em detrimento do privado, convém admitir em determinadas situações a preponderância do ente nas suas relações com os particulares, gozando de certo privilégio no ordenamento jurídico. Percebe-se nitidamente essa primazia na possibilidade de cobrança de tributos, visto que o Estado possui o poder de, por ato próprio, ou seja, a lei, obrigar os particulares a se solidarizarem com o interesse público mediante a entrega compulsória de um valor em dinheiro (ALEXANDRE, 2015, p. 82).

Fica evidente a amplitude conferida ao Estado, entretanto esse poder não é ilimitado. Essa relação jurídico-tributária não é simplesmente uma relação de poder, tendo em vista as consequências a serem suportadas pelo particular com interferência direta na propriedade privada, o legislador constituinte originário

estabeleceu limites ao exercício de tal poder, estipulando diretrizes presentes na Constituição Federal (ALEXANDRE, 2015, p. 82).

Nos moldes da Constituição Federal, que confere aos entes federativos a aptidão da competência tributária, estipula-se, também, uma demarcação de possível atuação que seria justamente a limitação ao exercício. Diante dessa limitação ao poder de tributar surgem os princípios constitucionais tributários e, como decorrência, as imunidades tributárias, estas amparadas por outros princípios que fundam os aspectos sociais e democráticos da Carta Magna (AMARO, 2006, p. 106).

Em virtude da soberania que o Estado exerce em seu território dentre outros poderes, tem ele o poder de tributar. Contudo, no Estado Democrático de Direito onde todo o poder emana do povo cabe aos constituintes como representantes para efetivar o exercício do poder, de tal sorte que no caso da tributação, o poder de tributar se convola em direito de tributar, ou seja, no caso da Federação, cada esfera de governo somente poderá instituir o tributo para o qual recebeu da Constituição a respectiva competência, esta competência que terá de ser exercida dentro das limitações pré-estabelecidas, conferindo uma base para a segurança jurídica pretendida pela Sociedade (NOGUEIRA, 1995 p. 118 e 119).

Apesar do caráter impositivo que, aparentemente, a expressão “poder de tributar” carrega consigo, no tocante a seara financeira e tributária não se deve interpretar como poder de mando, mas sim, um poder de direito com respaldo jurídico, ante invasão patrimonial ocorrida em face do povo e a atuação da soberania estatal para atender as despesas e necessidades coletivas. A soberania fiscal é parte da soberania do Estado. Em atenção a soberania que o Estado tem sobre as pessoas e coisas de seu território, tem ele também a possibilidade de direito e de fato de exigir tributos (NOGUEIRA, 1995, p. 117).

Nessa toada, os princípios constitucionais servem como diretrizes de elaboração das leis tributárias, para concretizar os interesses tributários do Estado condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da constituição. Assim, as imunidades expressas aduzem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da constituição (COÊLHO, 2015, p. 135).

A estrutura constitucional que traz a imunidade opera na hipótese de incidência, elidindo certos fatos ou aspectos. Aliás, os dispositivos legais de isenção funcionam da mesma maneira. A diferença é que a imunidade radica na Constituição, enquanto a isenção decorre da lei menor, complementar ou ordinária. Teologicamente a imunidade liga-se a valores caros que se pretende sejam

duradouros, enquanto a isenção veicula interesses mais comuns, por si sós mutáveis. Mas imunidade e isenção são categorias legislativas diferentes. Do ponto de vista da norma, só cabe dizer se ela incide ou não incide. Imunidade e isenção são fatores legislativos que condicionam as normas tributárias, cooperando na formação das mesmas (COÊLHO, 2015, p. 140).

Em outras palavras a norma imunizante, aprimorada pelo legislador constituinte, em nome do “ cidadão – destinatário”, visa preservar valores políticos, religiosos, sociais e éticos, colocando a salvo da tributação certas situações e pessoas (físicas e jurídicas). Compreende-se que existem estruturas fundamentais ao regime que não serão perturbadas pela tributação, em homenagem à norma imunizadora. Diante disso, a preservação desempenhada pelo instituto da imunidade deve abranger de uma forma que tais preceitos sejam garantidos mesmo com a mutação constitucional (SABBAG,2010 p. 281).

Neste raciocínio, a condição duradoura que a imunidade carrega consigo é um obstáculo à tributação do rol elencado no texto constitucional.

Mister se faz assinalar, que essa condição não tem caráter imutável, a rigidez traduz-se fundamentalmente na atribuição às normas de uma capacidade de resistência à derrogação superior à de qualquer lei ordinária (CANOTILHO, 2003, p. 215).

Assim, com um procedimento de revisão específico ou até mesmo uma interpretação diferente da empregada é possível dar um novo enfoque a limitação de tributar. A dicotomia entre rigidez/flexibilidade não postula necessariamente uma alternativa radical; exige-se, sim, uma articulação ou coordenação das duas dimensões, pois, se por um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional, os princípios estruturantes, que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas (CANOTILHO, 2003, p. 215, 216).

Em suma, não quer a Constituição que determinadas situações materiais sejam oneradas por tributos, tendo por fundamento a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes, que faz com que se ignore a eventual capacidade econômica revelada pela pessoa, proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não-tributabilidade das pessoas ou situações imunes (AMARO, 2006 p. 151).

No tocante a dimensão normativa, é de grande importância explicitar a espécie normativa sob o prisma da exteriorização, pois, as imunidades possuem a dimensão normativa de regra, na medida em que descrevem o comportamento a ser

adotado pelo Poder Legislativo, traçando limites quanto ao conteúdo das normas que não terão possibilidade editar (ÁVILA, 2010, p.218).

Pertinente também, a perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, as regras de imunidade tem a seguinte caracterização: em relação ao nível em que se situam, é classificada como limitação de primeiro grau, uma vez que se encontram no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; no que diz respeito ao objeto, qualificam-se como limitações negativas, ao passo que proíbem a tributação de determinados fatos; quanto à forma, revelam-se como limitações expressas e materiais, posto que, sobre serem expressamente previstas na Carta Magna de 88, predeterminam o conteúdo do exercício de competência pelos entes federados (ÁVILA, 2010, p.219).

Destarte, o poder de tributar não tem caráter absoluto, limita-se por regramentos que vêm refrear o exercício arbitrário da tributação, amoldando-o de acordo com a carga valorativa ínsita ao texto constitucional. De modo reflexo, a Constituição Federal define o *modus operandi* do exercício desse poder, que deverá se dar de forma justa e equilibrada, sem provocar danos à liberdade e à propriedade dos contribuintes (SABBAG, 2010, p. 55 e 56).

Por esse modo, Roque Antonio Carrazza, defende que “no Brasil, por força de uma série de disposições constitucionais, não há falar em poder tributário (incontrastável, absoluto), mas, tão-somente, em competência tributária (regrada, disciplinada pelo Direito), visto que a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo” (2011, p.531).

Conclui-se, a imunidade tributária ajuda a delimitar o campo tributário e com suas regras tem como consequências a demarcação das competências tributárias (CARRAZZA, 2011, p.771).

3. A extrafiscalidade e seus elementos políticos.

A transformação das funções e deveres do Estado vem se evidenciando no decorrer do tempo e evolução dos povos. Assistimos a uma crescente e constante intervenção do poder público em quase todos os setores da atividade dos particulares, principalmente na esfera econômica. Este intervencionismo estatal direto no domínio econômico resultou na reformulação total da noção, alcance e conceito de finanças públicas. O Estado atual não necessita de recursos somente para cobrir suas despesas de administração. (NOGUEIRA, 1995, p. 184)

Como salienta Maurice Duverger, citado por Ruy Barbosa Nogueira:

Para este Estado moderno, as finanças públicas não são apenas um meio de assegurar a cobertura de suas despesas de administração; mas também, e sobretudo, constituem um meio de intervir na vida social, de exercer uma pressão sobre os cidadãos, para organizar o conjunto da nação" (1995, p.184).

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, os tributos se estabelecem como meios para a obtenção de recursos por parte dos entes políticos. Ademais, como na quase totalidade dos Estados modernos, a tributação predomina como fonte de receita, de modo que se pode falar num Estado Fiscal ou num Estado Tributário, assim compreendido o estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos (NABAIS, *apud*: PAULSEN, 2014, p.26 e 27).

Prefacialmente, insta salientar os tipos de finalidades relacionadas a classificação doutrinária de tributos. Sabe-se que o Direito Tributário tem a finalidade, precípua, de arrecadar recursos para suprir as necessidades das despesas públicas e que esta atividade decorre da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular. (GOUVÊIA, 2006, p. 40)

No Estado Democrático de Direito, obediente ao regime constitucional, valorizando-se a livre iniciativa e o direito de propriedade, adotados pelo sistema econômico do capitalismo, cujas regras impedem, ou limitam severamente a atividade econômica estatal exacerbada, seja como proprietário dos meios de produção, seja como agente econômico, é axiomático adotar-se a tributação como forma de obtenção de recursos para financiar a concretização dos fins estatais. Havendo fundamentos econômicos, históricos, políticos e sociais para a tributação, com vistas ao provimento de recursos para o Estado, é possível traduzi-los no fundamento jurídico-principiológico que denominamos "fiscalidade" (GOUVÊIA, 2006, p. 40 e 41).

Exercício semelhante leva à conclusão da existência da extrafiscalidade como princípio de legitimação da incidência tributária. Há séculos os países adotam o imposto de importação como meio de proteger suas economias; o imposto de exportação também possui história antiga, como instrumento destinado a regular o mercado interno de bens. Os esforços de guerra têm inspirado o manejo de impostos finalísticos há gerações. A evolução do Estado Social, com o surgimento dos direitos humanos de segunda e terceira gerações, levou o Estado a instituir tributos finalísticos, com vistas à efetivação desses direitos, sendo as contribuições previdenciárias os exemplos mais antigos (GOUVÊIA, 2006, p. 42).

Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, que visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais.

Também pertencem a essa categoria os denominados direitos econômicos, que pretendem propiciar os direitos sociais. Enquanto no individualismo apresentado na primeira dimensão, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social, o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos (TAVARES, 2011, p. 502 e 503).

Já a terceira dimensão é marcada pelos interesses coletivos ou difusos. Interesses que demandam uma participação intensa do cidadão, já que é um fenômeno do maior interesse na experiência jurídico-política contemporânea, não sendo apenas o produto de uma livre opção política, mas o fruto, ou um dos frutos, do capitalismo avançado, e de novos valores, considerados pós-burgueses, tais como o interesse pelo meio ambiente, qualidade de vida etc. Posiciona, por sua vez, uma série de interrogações e de problemas à função dos juízes nos confrontos sociais e nas relações entre a sociedade e os poderes públicos, quer à administração pública e seus meios, mediante os quais ela pode explicar a sua atividade, sob o pressuposto de recursos e de confrontos entre interesses individuais e coletivos (ANTUNES *apud* TAVARES, 2011, p. 504).

Assim, economistas estudam os efeitos dos tributos tanto na regulamentação dos mercados quanto no desempenho das economias nacionais. Verifica-se, sem maiores esforços, que os diversos ramos do saber humano encontram justificativas para a tributação que se afastam da mera arrecadação de recursos para o Estado, vale dizer, justificativa extrafiscal. Eis a extrafiscalidade como princípio, decorrente da supremacia do interesse público, que fundamenta, juridicamente, a tributação com fins diversos do puramente arrecadatório (GOUVÊA, 2006, p. 42).

O princípio anteriormente citado deve ser compreendido, também, como princípio implícito na ordem constitucional brasileira, já que a Constituição é repleta de situações que impõem a superioridade do Estado com vistas a atingir seu fim, que é a satisfação do interesse público.

Nesse sentido, entende-se que são diversas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, com direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da

Administração pública perseguíveis pelo Poder Público. (OSÓRIO, *apud*. BAPTISTA, 2011).

De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado. (OSÓRIO, *apud*. BAPTISTA, 2011)

Desta feita, podemos extrair que conforme o objetivo visado pela lei de incidência seja prover de recursos a entidade arrecadadora ou induzir comportamentos, diz-se que os tributos têm finalidade arrecadatória (ou fiscal) ou finalidade regulatória (ou extrafiscal). Assim, se a instituição de um tributo visa, precipuamente, a abastecer de recursos os cofres públicos, ou seja, a finalidade da lei é arrecadar, ele se identifica como tributo de finalidade arrecadatória. Se, com a imposição, não se deseja arrecadar, mas estimular ou desestimular certos comportamentos, por razões econômicas, sociais, de saúde etc., diz-se que o tributo tem finalidades extrafiscais ou regulatórias. Já que objetivam elementarmente a intervenção na conduta dos contribuintes (AMARO, 2006, p. 89).

Oportuno se torna dizer da finalidade parafiscal do tributo, compreendido quando a lei tributária nomeia sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos arrecadados para o implemento de seus objetivos. Como exemplo, podem ser citadas as contribuições previdenciárias que, antes da criação da Secretaria Previdenciária, eram cobradas pelo INSS (autarquia federal), que passava a ter, também, a disponibilidade dos recursos auferidos. Tem-se aí a finalidade parafiscal da tributação (ALEXANDRE, 2015, p. 76).

Corroborando, ainda há que se observar que extrafiscalidade desenvolve-se não só por intermédio da imposição tributária como também por isenções, imunidades e incentivos que procuram estimular atividades de interesse público. (CAMPOS, *apud*. AMARO, 2006, p. 89).

Neste raciocínio, poderia o legislador, por exemplo, intervir para promover a saúde, direito de todos e dever do Estado (Art. 196 da CF), isentar os hospitais da COFINS (contribuição para seguridade social que incide sobre a receita) ou isentar a produção de remédios do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), (PAULSEN, 2014, p. 28).

Seguindo esta toada, temos a imunidade cultural que visivelmente tem a proposta de incentivar a educação, cultura e possibilitar a manifestação do

pensamento nos moldes dos dispositivos legais esculpidos na Constituição Federal de 1988.

Esta intervenção, no controle da economia, é realizada pelo Estado sobretudo por meio de seu poder impositivo, necessário a implementação, soberana, das políticas públicas. É, pois, no campo da Receita, que o Estado transforma e moderniza seus métodos de ingerência. O imposto deixa de ser conceituado como exclusivamente destinado a cobrir as necessidades financeiras do Estado. É a regulamentação de atividades que estipulam o caráter extrafiscal do Imposto. (NOGUEIRA, 1995 p. 184 e 185)

CONCLUSÃO

Conclui-se que o tributo não é instrumento a ser utilizado de forma aleatória, senão na busca de valores constitucionais. Não basta, pois, o legislador identificar os elementos socioeconômicos a serem estimulados, descuidando dos desígnios constitucionais. De outro giro, são os objetivos constitucionais que preenchem o conteúdo da extrafiscalidade. A Constituição é rica em disposições prescritivas, ou normas programáticas e chega, em alguns momentos específicos a reconhecer explicitamente a possibilidade de utilização do instrumento tributário nas políticas públicas. (GOUVÊA, 2006, p. 81)

Restando constatado que a extrafiscalidade, utilizada como forma de ingerência estatal na economia, denota uma configuração dupla, onde se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalística do tributo, bem como, permanece como categoria autônoma de ingresso público, a gerar prestações não-tributárias. A extrafiscalidade, diluída na fiscalidade, desempenha diversas atividades de política econômica. Entre elas configura-se o desestímulo ao consumo de certos bens nocivos à saúde, como o álcool e o fumo objeto de incidência seletiva do IPI e ICMS, igualmente, o incentivo ao consumo de algumas mercadorias (GOUVÊA, 2006).

Portanto, a intervenção estatal utilizando o elo entre a extrafiscalidade e a imunidade confere um incentivo ao desenvolvimento social/econômico, com um estímulo de uma determinada conduta atendendo as necessidades visadas pelo constituinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito**. Revista do TCE, Belo Horizonte, v. 31. n. 1, 2013. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/721>>. Acesso em 13 de maio de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARRAZZA Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A Extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

HADARA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 6^a ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2014.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. **Imunidade tributária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2613, 27 ago. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17284>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

SCAFF, Fenando Facury. **Cidadania e Imunidade Tributária**. 1 de junho de 2006. Disponível em : www.mppr.mp.br/arquivos/File/3civel/estudos/Cidadania.doc. Acesso em: 23 jan. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 9^a ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE

VICTOR MANOEL DE OLIVEIRA JÚNIOR:

Bacharelado em Direito do Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: Este trabalho teve como objeto de estudo a Lei 9.605/98, que visa sobre os crimes ambientais de um modo em geral e em especial sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Buscou se aqui mostrar a aplicabilidade da referida lei no que se refere ao cumprimento das tutelas penais aplicadas à empresa poluidora, como forma de evitar a reincidência, punindo não somente as pessoas físicas, que praticam crimes ambientais, como também as principais poluidoras, que são as empresas. Para a elaboração deste, partiu-se da hipótese de que a sentença que homologa a composição dos danos ambientais tem eficácia de título executivo. Podendo ser executado quando do seu descumprimento. Na busca de melhor compreender este fenômeno empreendeu-se de leituras nas diversas legislações que tratam do assunto em questão, tais como doutrinas, Constituição Federal de 1988, Decretos e Jurisprudências. Os estudos mostram que apesar do avanço propiciado pela Lei 9605/1998, esta ainda não está sendo aplicada em sua totalidade, na medida em que muitas empresas preferem pagar a multa a ela imposta, do que parar com seu empreendimento.

Palavras-Chave: Meio Ambiente; Crimes Ambientais; Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas.

ABSTRACT: The purpose of this work was to study Law 9605/98, which deals with environmental crimes in a general way, and especially on the criminal liability of the legal entity. The purpose of this study was to show the applicability of the aforementioned law with regard to compliance with criminal sanctions applied to the polluter company, as a way of avoiding recidivism, punishing not only physical persons, who commit environmental crimes, but also the main polluters, who are the companies. For the elaboration of this, it was based on the hypothesis that the sentence that homologates the composition of the environmental damages has effectiveness of executive title. It can be executed when you do not comply. In the search for a better understanding of this phenomenon, readings were made in the various legislations dealing with the subject in question, such as doctrines, Federal Constitution of 1988, Decrees and Jurisprudence. The studies show that despite the progress made by Law 9605/1998, this is still not being applied in its entirety, since many companies prefer to pay the fine imposed on it, than to stop with their enterprise.

Keywords: Environment; Environmental Crimes; Criminal Liability of Legal Entities.

INTRODUÇÃO

Este trabalho teve como objeto de estudo a Lei 9.605/98, que visa sobre os crimes ambientais de um modo em geral e em especial sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Buscou-se aqui mostrar a aplicabilidade da referida lei no que se refere ao cumprimento das tutelas penais aplicadas à empresa poluidora, como forma de evitar a reincidência, punindo não somente as pessoas físicas, que praticam crimes ambientais, como também as principais poluidoras, que são as empresas.

Para a elaboração deste, partiu-se da hipótese de que a sentença que homologa a composição dos danos ambientais tem eficácia de título executivo, podendo ser executado quando do seu descumprimento. Na busca de melhor compreender este fenômeno empreendeu-se de leituras nas diversas legislações que tratam do assunto em questão, tais como doutrinas, Constituição Federal de 1988, Decretos e Jurisprudências.

Os estudos mostram que apesar do avanço propiciado pela Lei 9605/1998, esta ainda não está sendo aplicada em sua totalidade, na medida em que muitas empresas preferem pagar a multa a ela imposta, do que parar com seu empreendimento, nosso país é conhecido por suas proporções continentais, uma enorme variedade climática, um gigantesco patrimônio ambiental e a maior diversidade biológica do planeta, a conservação de tais recursos às portas do novo milênio é, todavia, cada vez mais desafiadora.

À medida que se consolidam demandas direcionadas ao resgate da enorme dívida social existente em nosso país, cresce proporcionalmente a pressão sobre a utilização dos recursos naturais disponíveis, tais como a expansão da fronteira agrícola e o extrativismo.

Garantir, pois, que a utilização dos recursos naturais seja feita de forma apropriada, de acordo com os pressupostos fundamentais do desenvolvimento sustentável, é nossa missão e desafio.

1. BASE CONCEITUAL DE DIREITO AMBIENTAL

O conceito de Direito Ambiental entre os doutrinadores são os mais diversos, sobre o tema podemos citar Edis Milaré, que assim o define:

Direito do Ambiente é o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do

ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.

Para Fernandes Neto:

“Direito Ambiental é o conjunto de normas e princípios editados objetivando a manutenção de um perfeito equilíbrio nas relações do homem com o meio ambiente”.

Conforme Mukai:

Direito Ambiental é um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito reunidos por sua função instrumental para a disciplina do comportamento humano em relação ao seu meio ambiente.

O conceito que mais se aproxima da definição correta do que seja o Meio Ambiente em si, é tratada pela Constituição Federal de 1988, positivada na Lei de Crimes Ambientais 6938/81, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente, que dispõe em seu artigo 3º Para os fins previstos nesta lei entende-se por:

“È o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas”.

Como podemos perceber por meio de alguns dos conceitos do que seja direito ambiental, podemos afirmar que este ramo do direito é sistematizador. Samantha Buglione dispõe:

Do conceito jurídico de meio ambiente deduz-se constituir um bem de massa que rompe com a idéia de apropriação individual e instaura a necessidade de limitação das condutas individuais que tendam ao dano ambiental.

O ramo de direito ambiental ainda é muito recente, ainda esta em solidificação conceitual, mas é um ramo do direito que caminha a passos largos, não se pode mais falar em direito ambiental de forma autônoma, sem interligarmos a outros ramos do direito, pois como falam alguns conceitos, e a própria Constituição Federal de 1988, é um bem comum do povo, precisa ser preservado para as presentes e futuras gerações. Hodiernamente se faz necessária uma política efetiva urgente

para proteção global do planeta, e sem sombras de dúvidas, essa proteção depende de uma forma consistente do direito ambiente.

1.1. Classificação do Meio Ambiente

Em virtude do amplo conceito de meio ambiente, na busca de facilitar uma maior identificação com a atividade degradante e o bem imediatamente agredido, Fiorillo e Abelha classificaram o meio ambiente da seguinte forma:

“Meio ambiente natural, Meio ambiente artificial, Meio ambiente cultural e Meio ambiente do trabalho”

O “meio ambiente natural” envolve o solo, a água, o ar atmosférico, a flora e fauna.

Ele é protegido pelo caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988 e imediatamente pelo § 1º, I e VII desse mesmo artigo. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público”:

I – “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

O “meio ambiente artificial” é compreendido pelo espaço urbano constituído consistente no conjunto de edificações (chamado espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto). O meio ambiente artificial recebe tratamento constitucional em diversas passagens, podendo ser encontrado no art. 182, ao iniciar o capítulo referente à política urbana e no inciso XX do art. 21, que prevê a competência material da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; e, ainda no inciso XXIII do art. 5º todos da Constituição Federal de 1988.

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Art. 21 –

“Compete à União”: XX – “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”; Art. 5 - XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”.

O “meio ambiente cultural” é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere pelo sentido de valor especial. O bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania.

O conceito de meio ambiente cultural vem previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 216 e seus incisos, que constitui princípio fundamental norteador da República Federativa do Brasil, que dispõe:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza matérias e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

O “meio ambiente do trabalho” é constituído pelo local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais (remuneradas ou não), cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc). Caracteriza-se, ainda, pelo complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que a frequentam.

O meio ambiente do trabalho recebe tutela da Constituição Federal de 1988 no inciso VIII do art. 200, que estabelece:

Art. 200 - “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei”: VIII – “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

1.2. Crimes Ambientais

Antes de adentrarmos nos crimes ambientais propriamente dito, citaremos a matéria intitulada “A lei da natureza”, produzida pelo Procurador Geral do IBAMA, Ubiracy Araújo, e publicada no site:

A natureza é sábia, Sábia, abundante e paciente. Sábia porque traz em si o mistério da vida, da reprodução, da interação perfeita e equilibrada entre seus elementos. Abundante em sua diversidade, em sua riqueza genética, em sua maravilha e em seus encantos, E é paciente.

Não conta seus ciclos em horas, minutos e segundos, nem no calendário gregoriano com o qual nos acostumamos a fazer planos, cálculos e contagens. Sobretudo é generosa, está no mundo acolhendo o homem com sua inteligência, seu significado divino, desbravador, conquistador e insaciável. Às vezes, nesse confronto, o homem extrapola seus poderes e ela cala. Noutras, volta-se, numa autodefesa, e remonta seu império sobre a obra humana, tornando a ocupar seu espaço e sua importância.

No convívio diuturno, a consciência de gerações na utilização dos recursos naturais necessita seguir regras claras que considerem e respeitem a sua disponibilidade e vulnerabilidade. E assim chegamos ao que as sociedades adotaram como regras de convivência, às práticas que definem padrões e comportamentos, aliadas a sanções aplicáveis para o seu eventual descumprimento: as leis. Mais uma vez nos valem das informações da própria natureza para entender como isso se processa.

Assim como o filho traz as características genéticas dos pais, as leis refletem as características do tempo/espaço em que são produzidas. Nesse sentido podemos entender como a Lei de Crimes Ambientais entra no ordenamento jurídico nacional.

Se, como já foi dito, a natureza é abundante, no Brasil possuímos números incomparáveis com quaisquer outros países no que se refere à riqueza da biodiversidade, com enfoque amplo na flora, fauna, recursos hídricos e minerais. Os números são todos no superlativo.

Sua utilização, entretanto, vem se processando, a exemplo de países mais desenvolvidos, em níveis que podem alcançar a predação explícita e irremediável, ou a exaustão destes recursos que, embora abundantes, são em sua grande maioria exauríveis. Daí a importância desta Lei. Condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente passam a ser punidas civis, administrativa e criminalmente. Vale dizer: constatada a degradação ambiental, o poluidor, além de ser obrigado a promover a sua recuperação, responde com o pagamento de multas pecuniárias e com processos criminais.

Princípio assegurado no Capítulo do Meio Ambiente da Constituição Federal que está agora disciplinado de forma específica e eficaz. É mais uma ferramenta de

cidadania que se coloca a serviço do brasileiro, ao lado do Código de Defesa dos Direitos do Consumidor e do Código Nacional de Trânsito, recentemente aprovado.

Aliás, ao se considerar a importância do Código de Trânsito, pode-se entender a relevância da Lei de Crimes Ambientais. Se o primeiro fixa regras de conduta e sanções aos motoristas, ciclistas e pedestres, que levam à diminuição do número de acidentes e de perda de vidas humanas, fato por si só digno de festejos, a Lei de Crimes Ambientais vai mais longe. Ao assegurar princípios para manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ela protege todo e qualquer cidadão.

Todos que respiram, que bebem água e que se alimentam diariamente. Protege, assim, a sadia qualidade de vida para os cidadãos dessa e das futuras gerações. E vai ainda mais longe:

Protege os rios, as matas, o ar, as montanhas, as aves, os animais, os peixes, o planeta! Afinal, é a Lei da Natureza e, como dissemos, a natureza é sábia.

A humanidade precisa urgentemente tutelar o meio ambiente em nome da sustentabilidade do ser humano, pois, a proteção ao meio ambiente é justificada pela necessidade de que a humanidade tem de desfrutar dos recursos naturais, assim como do patrimônio cultural, artístico, dentre outros.

O planeta atravessa uma fase em que os homens experimentam a escassez de recursos naturais que sempre tiveram a seu dispor e, paralelamente, têm suficiente conhecimento científico para saber que sua sobrevivência depende inteiramente de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável.

O fato de ser o meio ambiente um bem de uso comum do povo, conforme definição constitucional constante no art. 225, caput, da Constituição Federal, justifica a punibilidade pelos danos a ele causados. Assim sendo, conclui-se:

Que a proteção ambiental está intimamente ligada ao direito à vida, tanto quanto o próprio art. 121 do Código Penal o está, bem como os diversos dispositivos legais vigentes que incriminam condutas lesivas à vida.

O entendimento dominante da doutrina é que a responsabilização penal da pessoa jurídica se deve à evolução histórica do direito, sendo que os conceitos penais tradicionais, baseados na culpabilidade, são teorias conservadoras.

1.3. Classificação dos Crimes Ambientais

Os crimes ambientais, segundo “Sirvinskas”, são os chamados ilícitos penais. Trata-se de uma classificação doutrinária útil na interpretação da norma penal. A classificação mais usada é:

“Crime Comum” – são crimes praticados por qualquer pessoa. Como por exemplo, o previsto no artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Próprio” – é aquele praticado por pessoa certa, determinada, pessoa que esteja investida em cargo, função ou emprego público. Exemplo: delitos praticados por funcionário público; “Crime de Mão Própria” – este somente poderá ser praticado pela própria pessoa. Podemos citar como exemplo, o delito previsto no artigo 66 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime de Dano” – neste caso, é necessário que a lesão se efetive a um bem jurídico tutelado pela lei penal. Por exemplo: o delito previsto no artigo 66 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime de Perigo” – este se consuma com a mera possibilidade de ocorrência do dano. É a exposição de um bem jurídico a perigo de dano. Como exemplo: o crime previsto no artigo 54 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Material” – Se consuma, com o resultado efetivo, ou seja, com a produção do resultado. Por exemplo: o previsto no artigo 39 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Formal” – neste caso, não se exige um resultado, sendo possível mesmo assim a sua ocorrência. Por exemplo: o delito previsto no artigo 51 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime de Mera Conduta” – é aquele crime em que o legislador descreve somente a conduta inicial sem a exigência de um resultado. Como por exemplo: o delito previsto no artigo 52 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Comissivo” – é aquele praticado por conduta ativa. Por exemplo: cortar árvores em florestas de preservação permanente, art.39 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Omissivo” – neste caso o agente pratica o crime por omissão. Exemplo: o delito previsto no artigo 66 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Omissivo Próprio” – é aquele em que o agente não tem o dever jurídico de agir, não respondendo pelo resultado. Responde sim pela conduta omissiva, tão somente. Por exemplo: o delito previsto no artigo 2º da Lei de Crimes Ambientais;

“Crime Comissivo Impróprio ou Comissivo por Omissão” – é aquele em que o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado e não o faz, exemplo: artigo 48 da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Instantâneo” – é aquele cuja consumação se dá no momento de sua prática. Por exemplo:

O delito previsto no artigo 62, I, da Lei de Crimes Ambientais; “Crime Permanente” – sua consumação se prolonga no tempo. Por exemplo: o delito previsto no artigo 38 da Lei de Crimes Ambientais.

2. LEGISLAÇÃO AMBIENTAL

A legislação por meio de dispositivo expresso na Constituição Federal de 1.988 acolheu a possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas por crimes ambientais, conforme está dispostos no artigo 225, § 3º:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Essa responsabilidade penal também se verifica por atos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia familiar (CF, art. 173). O constitucionalista Moraes¹³, em seu livro “Direito Constitucional”, dispõe que a Constituição Federal prevê:

Regras de garantia (art. 5º, LXXIII), competência (arts. 23, 24 e 129, III), gerais (arts. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII; 216, V e 231 § 1º) e específicas (art. 225) que consagram constitucionalmente o direito ao meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro.

Também é o posicionamento do constitucionalista da Silva¹⁴, que reconhece o capítulo do meio ambiente como um dos mais importantes da Constituição Federal, mostra que ela impõe, preponderantemente, condutas preservacionistas, mas, também, medidas repressivas, tais como a responsabilização nas esferas cível, administrativa e criminal, destacando-se a possibilidade de responsabilizar-se penalmente as pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade de seus dirigentes.

No entendimento de da Cruz, que, nos casos dos referidos artigos, a Constituição Federal visa imputar a responsabilidade penal às pessoas jurídicas por extensão em relação ao comportamento de seus dirigentes, responsáveis,

mandatários ou prepostos, posto que, através da vontade destes, e somente assim, pode uma pessoa jurídica incidir na prática de condutas lesivas ao meio ambiente. A justificativa, pura e simplesmente, está correta, mas o fato de não poder delinquir senão através de seus dirigentes, sócios, prepostos, ou representantes, implica a atuação das pessoas jurídicas em co-autoria necessária com as referidas pessoas naturais e não a impossibilidade de sua responsabilização.

O jurista Reale Júnior, dispõe que a intenção do legislador era suprimir do texto constitucional a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Para Reale, deve ser o texto constitucional interpretado da seguinte forma: “penais e administrativas. As pessoas físicas ou jurídicas sujeitam-se respectivamente a sanções”.

Tal compreensão parece inadequada a partir do momento em que, dez (10) anos após a entrada em vigência da Constituição Federal de 1.988, uma lei sobre crimes ambientais, a Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605/98 - LCA) entra em vigor com o mesmo espírito trazendo, inclusive, as respectivas sanções penais.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica está consolidada no art. 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Posteriormente, a Lei dos Crimes Ambientais, em seu art. 2º, complementou o dispositivo constitucional supracitado, inserindo e consolidando a idéia do concurso de pessoas: “Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade. [...]”.

A mesma lei, no art. 3º, caput, reafirmou a responsabilidade tríplice da pessoa jurídica: As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente [...], e, para evitar maiores discussões oriundas de tentativas de interpretação de lei, tornou, no parágrafo único deste artigo, independentes a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas:

A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato. O que se pode verificar é que, em virtude de distorções do texto constitucional, muitas vezes, denúncias oferecidas contra pessoas jurídicas, por crimes ambientais, não são recebidas, sob o argumento de que a Lei dos Crimes Ambientais é inconstitucional. O que ocorre é que o legislador constituinte, ao criar a norma que permite a responsabilização penal da pessoa jurídica, não deu atenção ao fato de que falta, ao nosso sistema penal vigente, adequação para comportar este tipo de responsabilização.

Entender que a Constituição Federal visa imputar a responsabilidade penal às pessoas jurídicas por extensão em relação ao comportamento da pessoa natural, posto que, através da vontade desta, e somente assim, pode uma pessoa jurídica incidir na prática de condutas lesivas ao meio ambiente, é uma distorção de um dispositivo muito claro. Há entendimentos contrários a essa responsabilidade penal, como o do jurista Luis, pois seu entendimento está atrelado ao direito penal tradicional, que realmente não comporta esse tipo de responsabilidade.

Este sistema de direito penal, por outro lado, também não é mais adequado à época em que vivemos, e demanda alterações e evolução para que, assim, seja capaz de, efetivamente, tutelar todos os bens jurídicos indispensáveis ao exercício do direito à vida, conforme o seu entendimento. As mudanças devem ser bem recebidas uma vez que:

“a evolução de uma sociedade, inclusive a evolução de seu sistema econômico, está intimamente ligada a mudanças no sistema de valores que serve de base a todas as suas manifestações”.

Ao invés de vislumbrarmos possível inconstitucionalidade na incriminação da pessoa jurídica autora de delito contra o ordenamento urbano ou patrimônio cultural, temos é de defender avanços legislativos no sentido de serem agregados à Lei dos Crimes Ambientais, tipos penais que tutelem o uso do solo urbano e protejam o respeito aos planos diretores dos municípios.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Pois, a partir do momento em que se reconhece que a Constituição Federal buscou proteger o meio ambiente, inclusive tratando-o como bem de uso como do povo, o entendimento dado às normas constitucionais deve ser sempre no sentido da preservação ambiental.

Na verdade, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve vigorar não só por estar prevista no texto constitucional e por ter seguido os trâmites legais até chegar ao papel, mas pela importância da tutela penal ao bem de uso comum do povo, tão necessário à sobrevivência humana. Tal aceção pode ser reforçada pelos argumentos depois da introdução da Lei dos Crimes Ambientais, a qual visa inibir a macrocriminalidade, pois o legislador não tem razão para colocar palavras vazias no texto legal. Por consequência, é necessário que os mais resistentes às inovações que a responsabilização penal da pessoa jurídica traz ao sistema normativo construam

uma nova visão que comporte este instrumento de repressão a atos lesivos ao meio ambiente, considerando as razões pelas quais foi instituído.

2.1. Inovações da Lei

Antes Depois Leis esparsas, de difícil aplicação. A legislação ambiental é consolidada; As penas têm gradações adequadas e as infrações são claramente definidas. Pessoa jurídica não era responsabilizada criminalmente.

Define a responsabilidade da pessoa jurídica inclusive a responsabilidade penal - e permite a responsabilização também da pessoa física autora ou co-autora da infração. Pessoa jurídica não tinha decretada liquidação quando cometia infração ambiental. Pode ter liquidação forçada no caso de ser criada e/ou utilizada para permitir, facilitar ou ocultar crime definido na lei.

E seu patrimônio é transferido para o Patrimônio Penitenciário Nacional. A reparação do dano ambiental não extingua a punibilidade A punição é extinta com apresentação de laudo que comprove a recuperação do dano ambiental Impossibilidade de aplicação direta de pena restritiva de direito ou multa A partir da constatação do dano ambiental, as penas alternativas ou a multa podem ser aplicadas imediatamente. Aplicação das penas alternativas era possível para crimes cuja pena privativa de liberdade fosse aplicada até 02 (dois) anos. É possível substituir penas de prisão até 04 (quatro) anos por penas alternativas, como a prestação de serviços à comunidade.

A grande maioria das penas previstas na lei tem limite máximo de 04 (quatro) anos. A destinação dos produtos e instrumentos da infração não era bem definida. Produtos e subprodutos da fauna e flora podem ser doados ou destruídos, e os instrumentos utilizados quando da infração podem ser vendidos. Matar um animal da fauna silvestre, mesmo para se alimentar, era crime inafiançável.

Matar animais continua sendo crime, no entanto, para saciar a fome do agente ou da sua família, a lei discriminaliza o abate, maus tratos contra animais domésticos e domesticados era contravenção. Além dos maus tratos, o abuso contra estes animais, passa a ser crime. Não havia disposições claras relativas a experiências realizadas com animais.

Experiências dolorosas ou cruéis em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, são considerados crimes, quando existirem recursos alternativos. Pichar e grafitar não tinham penas claramente definidas. A prática de pichar, grafitar ou de qualquer forma conspurcar edificação ou monumento urbano, sujeita o infrator a até um ano de detenção, A prática de soltura de balões não era punida de forma clara.

Fabricar, vender, transportar ou soltar balões, pelo risco de causar incêndios em florestas e áreas urbanas, sujeita o infrator à prisão e multa. Destruir ou danificar plantas de ornamentação em áreas públicas ou privadas era considerado contravenção.

Destruição, dano, lesão ou maus tratos às plantas de ornamentação é crime, punido por até 01 (um) ano. O acesso livre às praias era garantido, entretanto, sem prever punição criminal a quem o impedisse. Quem dificultar ou impedir o uso público das praias está sujeito a até 05 (cinco) anos de prisão.

Desmatamentos ilegais e outras infrações contra a flora eram consideradas contravenções. O desmatamento não autorizado agora é crime, além de ficar sujeito a pesadas multas. A comercialização, o transporte e o armazenamento de produtos e subprodutos florestais eram punidos como contravenção. Comprar, vender, transportar, armazenar madeira, lenha ou carvão, sem licença da autoridade competente, sujeita o infrator a até 01 (um) ano de prisão e multa.

A conduta irresponsável de funcionários de órgãos ambientais não estava claramente definida. Funcionário de órgão ambiental que fizer afirmação falsa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados em procedimentos de autorização ou licenciamento ambiental, pode pegar até 03 (três) anos de cadeia. As multas, na maioria, eram fixadas através de instrumentos normativos passíveis de contestação judicial. A fixação e aplicação de multas têm a força da lei. A multa máxima por hectare, metro cúbico ou fração era de R\$ 5 mil. A multa administrativa varia de R\$ 50 a R\$ 50 milhões.

3. TUTELA CONSTITUCIONAL

A CF/88 traz em seu bojo vários dispositivos esparsos tratando de questões ambientais, além de dedicar um capítulo especialmente ao meio ambiente. Constitucionalmente o meio ambiente veio a ser protegido na Tutela Constitucional Ambiental de 1988 que dedicou no Título da Ordem Social, um capítulo inteiro sobre meio ambiente (art. 225, parágrafos e incisos), e completou com outros dispositivos esparsos. Trata-se de um ramo do direito sintonizado e entrelaçado com outros institutos incorporados pelo constituinte, entre eles:

A função social da propriedade (art. 5,XXIII e art. 182 e 186), as competências legislativas e administrativas (art. 23 e 24), a ordem econômica (art.170), a cultura (art. 216), e tantos outros de forma implícita. 20 Dispositivos esparsos: Alguns dispositivos esparsos são as chamadas normas de garantia: ações processuais que podem ser utilizadas em juízo para exigir do Estado e dos particulares

o cumprimento dos direitos individuais, coletivos e difusos (MA), são elas: a) Art. 5º, LXXIII – ação popular; b) Art. 5º, LXXI – mandado de injunção; c) Art. 5º, LXX – mandado de segurança coletivo; d) Art. 129, III – função do Ministério Público: inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do meio ambiente; e) Art. 103. Relaciona os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Trata de Bens, competência material e legislativa, ordem econômica, saúde, função social da propriedade, etc...

a) Art. 20, II – São bens da União terras devolutas indispensáveis à preservação do meio ambiente; b) Art. 216, V – referência a conj. Urbanos e sítios ecológicos, como bens do patrimônio cultural brasileiro.

Art. 21, XIX – Competência Exclusiva da União para instituir o sistema nacional de Gerenciamento e recursos hídricos, entre vários outros incisos - diretrizes para o desenvolvimento urbano, usinas nucleares, garimpagem; Art. 22 - Competência privativa da União para legislar – água, energia, jazidas, minas; Art. 23, VI – Competência Administrativa; Art. 24, VI, VII e VIII – Competência Legislativa em relação ao meio ambiente; Art. 30 – Competência do município para legislar; Art. 170, VI – reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica. Art. 200, VIII – Ao Sistema Único de Saúde, compete além de outras atribuições colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o de trabalho; Art. 91, § 1º, III – atribuição do Conselho de Defesa Nacional opinar sobre o efetivo uso de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente fronteiras e nas áreas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, entre eles: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

Art. 220, § 3º, II – dispõe que compete a Lei Federal dispor sobre meios legais que garantam às pessoas e a família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente; Art. 231, §1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

4. DO MEIO AMBIENTE-TUTELA CONSTITUCIONAL – CF/88

Meio Ambiente – Tutela Constitucional Ambiental de 1988:Título VIII, Capítulo VI – Ordem Social, art. 225 e parágrafos. Três conjuntos de normas (José Afonso):

1 - Caput: norma-princípio; 2 - § 1º – Trata da incumbência do poder público para a garantia de efetividade da proteção ambiental do direito enunciado no caput; 3 - outros § § - determinações particulares; Primeiro conjunto = Norma –princípio: Art. 225, caput CF/88: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Segundo conjunto = Instrumentos para efetivação do caput. § 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a

integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (zoneamento, Ucs, etc.); IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (EIA/RIMA); VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; Legislação ordinária: Lei n . 9.795/99; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Terceiro conjunto = determinações particulares, § 2.º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei; § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. § 4.º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5.º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6.º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

5. DIREITO ADQUIRIDO MATÉRIA AMBIENTAL

Noções preliminares referente ao direito adquirido:

O direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são garantias , da Tutela Constitucional Ambiental, que versa sobre os direitos e garantias

individuais, de modo que há limitação material explícita impeditiva à existência de reforma constitucional que viole tais direitos subjetivos, senão vejamos: Art. 5º XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” O Direito Adquirido nada mais é do que uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, mas ainda não consumado, sendo, pois, exigível na via jurisdicional se não cumprido pelo obrigado voluntariamente.

O titular do direito adquirido está protegido de futuras mudanças legislativas que regulem o ato pelo qual fez surgir seu direito, precisamente porque tal direito já se encontra incorporado ao patrimônio jurídico do titular – plano/mundo do dever-ser ou das normas jurídicas – só não fora exercitado, gozado – plano/mundo do ser, ontológico. O titular do direito adquirido extrairá os efeitos jurídicos elencados pela norma que lhe conferiu o direito mesmo que surja nova lei contrária a primeira.

Continuará a gozar dos efeitos jurídicos da primeira norma mesmo depois da revogação da norma. Normas de Direito Ambiental = Normas de Direito Público = que regem relações entre as pessoas e o Estado. Tratam de direito supra-individual = difuso.

Nos termos do julgado (Apelação Cível Nº 70006370035, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chechi, Julgado em 26/01/2006), em matéria ambiental: “A lei nova apanha as situações em curso, já que os conceitos de “irretroatividade” e de “direito adquirido”, como sustenta ARNALDO RIZZARDO (2003, p. 93 e 94), não se harmonizam com as questões de interesse público, inclusive às relativas ao direito de propriedade”, in verbis: “(...) ninguém adquire direitos contra o interesse público, o qual prevalece sempre sobre o interesse privado”. Na verdade, não se trata propriamente de retroatividade. É que as normas administrativas, de direito público, como pondera Pontes de Miranda, “não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que lhe reconhece, é normal, o efeito do presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal”. O mesmo doutrinador acentua que não são retroativas, mas também incidem desde logo, (...) “as leis que exigem autorização

administrativa para certo fato ou ato, bem como as que a dispensam, ou a modificam, as leis de direito público relativas à propriedade e ao seu exercício (construções perigosas, higiene, medidas necessárias à defesa nacional, servidões públicas)". O mesmo raciocínio se aplica às inovações legais que são postas no mundo jurídico para proteção ou preservação ambiental. Significa dizer que entre o direito adquirido e o meio ambiente, o último tem prevalência. Por fim, em seu art. 173, atribui responsabilidade, tanto individualmente ao agente da Pessoa Jurídica, quanto à própria Pessoa Jurídica, em caso do Estado desenvolver atividade econômica com desrespeito aos princípios da ordem econômica, donde se inclui o respeito ao meio ambiente. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.(...) § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL - ADMINISTRATIVA E PENAL NO DIREITO AMBIENTAL

A Responsabilidade Civil remonta ao surgimento do direito e toma feições jurídicas com o direito romano, iniciando-se com a vingança privada, quando os homens faziam justiça pelas próprias mãos. Diniz conceitua-se a responsabilidade civil como a "aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato ela pertencente ou simples imposição legal".

A responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente gira em torno do princípio do Poluidor Pagador, diz o princípio 16 da Declaração "Rio/92" Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992:

"As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, considerando o critério de

que o que contamina deve, em princípio, assumir o custo da contaminação, com a devida consideração ao interesse público e sem distorcer o comércio ou investimentos internacionais”, ou seja, aquele que polui deve reparar os danos decorrentes de sua ação ou omissão.

A responsabilidade civil é do tipo objetiva, em decorrência ao artigo 225, & 3º da Constituição Federal, onde preceitua:

“... obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente”, sem exigir qualquer elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil. 22 O artigo 14, & 1º da Lei nº 6.938/81, foi recepcionado pela Constituição Federal, ao prever a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e também a terceiros. Além disso, a responsabilidade civil pelos danos ambientais é solidária, conforme aplicação subsidiária do artigo 942, caput, segunda parte, do Código Civil.

A Responsabilidade Administrativa decorre do ilícito administrativo, definido na legislação competente, ocasionado por servidor público no exercício de suas funções. O servidor que ocasiona um ilícito, após a comprovação da infração, fica sujeito a penas disciplinares.

Sua conduta pode se configurar tanto em ilícito administrativo, como num ilícito civil ou penal. Quanto às infrações ambientais, tem-se que este, igualmente, pode se configurar tanto administrativo, como penal ou civil. De tal modo que, em se tratando de ilícito ambientais, podem ser citadas, como espécies de sanções administrativas, a multa, o embargo administrativo de obra, a suspensão ou interdição de atividade, a perda ou restrição de incentivos fiscais, entre outras, dispostas na Lei 6.938/81, artigo 14. O que é infração Administrativa? (Lei 9.605/98, art. 70):²³ “Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Exemplos:

Ação: matar animal silvestre; Omissão: não fazer o acero (desmatamento ao redor da propriedade). Sanções administrativas são penalidades impostas por órgãos vinculados direta ou indiretamente a entes estatais, nos limites das competências estabelecidas com o objetivo de impor regras de condutas a todos. Decorrem do poder de polícia da administração, que, no caso, está vinculado à

defesa de interesses difusos. Qualquer atividade lesiva ao meio ambiente sujeita os infratores à reparação dos danos causados, a responsabilidade administrativa e a sanções penais.

A Responsabilidade Penal, diferentemente da civil, ocorre quando um indivíduo acarreta um dano, ou uma lesão à sociedade, infringindo uma norma de direito público. Conforme conceitua Alonso:

“é a violação pelo delinqüente da norma jurídica de direito público, provocando um prejuízo para a sociedade, cuja reação é a imposição da pena, que constitui o seu instrumento de defesa”.

Objetiva o Estado à reparação do dano sofrido pela sociedade, resultante da violação da ordem jurídica, impondo ao agente causador a reparação por meio de sua ressocialização e repressão a outros eventuais danos. Nossa Carta Magna prevê, em seu artigo 225 & 3º que aquele que causar dano ao meio ambiente, ficará sujeito a sanções penais e administrativas, independentemente d obrigação de reparar os danos causados.

Tal inovação constitucional tratou, por tanto, de fixar as três espécies de responsabilidade, preceituando sanções de natureza civil, administrativa e penal. Para Leite:

“o objetivo da tutela penal em matéria ambiental, é a proteção do meio ambiente em todas as suas formas, inibindo as ações humanas lesivas a este ou à proteção jurídica de interesses relevantes da sociedade”.

7. TUTELA E RESPONSABILIDADE PENAL (Lei da natureza - 9 96 60 05 5/ /9 98 8))

O homem primitivo não agredia a natureza de forma discriminada. Apenas procurava extrair do meio aquilo que era necessário ao seu sustento. Suas necessidades básicas eram poucas. Por isso, não agredia o meio ambiente, até então, não havia de se falar em agressão à natureza, Na idade média e na contemporânea, especialmente no período da Revolução Industrial, começaram efetivamente as agressões à natureza, cuja extensão, ainda hoje é uma grande ameaça ao Meio Ambiente.

Quanto aos seus efeitos nocivos, é bastante variável, podendo atingir tão-só o meio local, o regional ou até comprometer o equilíbrio biológico do próprio

planeta. Estas agressões podem se constituir em simples emanações de fumaças das fabricas de produtos químicos, ou das nuvens de pó produzidas numa fabrica de cimento. No período da Revolução Industrial a conscientização da necessidade de proteção ao meio ambiente se espalhou ao mundo todo, através de várias entidades não governamentais.

As pessoas acordaram e passaram a levantar a bandeira protetiva ao meio ambiente, pois é dele que o homem tira seu sustento para sua sobrevivência. O futuro da humanidade está intimamente ligado à preservação do meio em que vivemos. A preocupação com o meio ambiente foi tanta que o legislador constituinte resolveu reservar-lhe um capítulo inteiro na Constituição Federal. A Constituição Federal traz a proteção ao meio ambiente, de maneira objetiva, impondo ao causador do dano uma sanção tanto na esfera cível e penal, como na administrativa, (art.5º, par. 3º, da CF). Administrativamente, ela prevê multas, para evitar a degradação ambiental.

As penalidades cabíveis em caso de transgressão ao meio ambiente estão previstas nos artigos 70 a 76 da Lei 9.605/98. Tais dispositivos foram regulamentados pelo Decreto n. 3.179/99, alterado pelo 3.919/01, que acrescentou o artigo 47-A. As multas são fixadas no regulamento desta lei e corrigidas periodicamente, sendo, no mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta) reais e no máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões) de reais.

Na esfera civil o legislador protege o meio ambiente por meio de ação civil pública, imposta contra o causador do dano, objetivando quando possível à restauração da flora ou da fauna, se for obrigação de fazer ou não fazer, ou o ressarcimento em pecúnia dos danos causados e irrecuperáveis.

Surgiu então a necessidade da tutela penal, como meio mais severo e eficaz de reprimir as degradações ambientais. Trata-se de uma prevenção geral e especial. Nos dias presentes, a tendência do mundo moderno, é a responsabilização da pessoa física e jurídica que cometa crimes ambientais.

O bem jurídico protegido é o patrimônio ambiental, sem esta proteção não podemos falar em vida sobre o planeta terra. A água, o solo, o ar, são os bens jurídicos mais importantes depois do homem, e são essenciais ao equilíbrio natural. Procura-se proteger o meio ambiente, utilizando-se todos os instrumentos necessários, tendo como aliado o próprio direito penal.

Não há dúvida que a educação ambiental é o melhor caminho para se tutelar o meio ambiente, mas enquanto esta conscientização não se concretiza, precisamos dispor dos meios legais que temos para garantir a sobrevivência das presentes e futuras gerações. Abordaremos agora, a questão da Tutela e Responsabilidade Penal, englobando notas de aula sobre aula de Direito Ambiental.

Onde está sistematizada a responsabilidade penal? Art. 225, § 3º CF/88 § 3º
- As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A lei 9605/98 sistematizou os crimes ambientais, permanecendo aplicáveis os das legislações extravagantes que não foram expressamente revogados. Tratamento mais orgânico e sistêmico deve-se fazer uso da tutela penal quando ocorrer situações que agridam os valores fundamentais da sociedade, após esgotarem-se os mecanismos da responsabilidade civil e administrativa. Qual é o objetivo da responsabilidade penal? Qual é o Bem jurídico protegido? O bem jurídico protegido é meio ambiente em toda a sua amplitude, na abrangência do conjunto. Por meio da responsabilidade penal, pune-se àquele que pratica crimes contra o meio ambiente. Quem pode ser sujeito ativo e passivo do dano ambiental são:

Ativa: pessoa física e jurídica; Passiva: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e a coletividade. A Lei 9605/98 dispõe ainda: Art. 2º - Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Ação ou omissão, o art. 2º retrocitado, admite cumulativamente a responsabilidade penal, da pessoa jurídica, física – autoras, co-autoras ou partícipes. Também responsabiliza àquela que tem conhecimento da conduta criminosa de outrem e deixa de impedir a sua prática (omissão).

Pessoa jurídica: Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Condicionantes para a responsabilização da pessoa jurídica: 1 - que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; 2 - no interesse ou benefício da sua entidade. Obs.: se o Ilícito penal ambiental visar à satisfação dos interesses dos

dirigentes, sem vantagem ou benefício para a pessoa jurídica – essa deixa de ser agente do tipo e passa a ser meio utilizado para a realização do ato. Tratamento constitucional e infraconstitucional: Promovendo significativa mudança no paradigma tradicional, a Constituição Federal, expressamente, admitiu a responsabilização da pessoa jurídica. (Art. 173, §5º e Art. 225, §3º).

A Lei 9605/98, no seu art. 2º e 3º, registra-se, ainda que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, na medida em que a empresa, por si mesma, não comete crimes (art. 3º, § único da Lei 9605/98). Desconsideração da pessoa jurídica: Art. 4ª. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente.

Aquele que se esconder por detrás de uma sociedade, seja qual for, para praticar atos delituosos contra a qualidade do meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, deverá responder administrativa, civil e penalmente por eles, com aplicação do instituto da 'desconsideração da pessoa jurídica'. CF/88, art. 225, § 3º e art. 14, § 1º Lei 6938/81 (tirar a cobertura da pessoa jurídica, aplicando a sanção penal, administrativa e civil ao individual. E os Índios? Sempre que o índio cometer um ilícito penal ao meio ambiente, por exemplo, a caça de animal silvestre (art. 29 CA), precisa indagar se ele está integrado com outros grupos, então, se:

- a) Isolado - sua ação pode ser considerada como exercício regular de um direito, excluído, portanto, a ilicitude (CP, art. 23, III), juntamente com a Lei 6.001/73, o Estatuto do Índio.
- b) Vias de integração (grau de contato com cultura) – será preciso avaliar seu grau de adesão aos modos de existência dos demais setores da vida nacional.
- c) Integrado – Em regra é responsabilizado. Não será fácil reconhecer tal exclusão de ilicitude para livrá-lo da responsabilidade penal. Na hipótese de ser tutelado da FUNAI, a jurisprudência vem entendendo que deve ser assistido pelo órgão, sob pena de nulidade do processo (TJSP, RT 566/301, E TJMS, RT 600/392). No caso de ser totalmente aculturado (passou pelo processo de transformação cultural) e com desenvolvimento mental completo, entende o STF ser plena sua

imputabilidade, inclusive admitindo decreto de prisão preventiva (RT 614/393).

- b) A responsabilidade penal é determinada pela culpabilidade, não fugindo à regra, os crimes ambientais, portanto, podem ser punidos a título de dolo ou culpa. –Crime doloso (art. 15, inc. I CP) – ocorre quando o agente quer ou assume o resultado. Ex. Pesca. –Crime culposo (art. 15, II CP) - o agente deu causa por negligência, imprudência ou imperícia. Ex. posto de combustível que contamina córrego. Como identificar se um crime ambiental é culposo ou doloso? Culposo: é ele expresso em lei e Doloso: quando a lei é silente. (Ex. art. 54, § 1 da Lei 9605/98). Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos a saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1 . Se o crime e culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Contravenção Penal: infração penal de menor potencial ofensivo .

Apenados até 1 ano. –Diz-se prisão simples (não reclusão ou detenção).

–Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico. (art. 3º do Dec.-lei. 3.688/41).

Teoria adotada: Crimes de dano: aquele crime que só se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico. Crime de perigo: se consuma com a simples possibilidade de dano, consagrado pela Lei 9605/98, visto que, o dano muitas vezes é irreversível. (mera conduta). art. 54: “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana...”

O legislador descartou a necessidade da ocorrência do dano, bastando apenas à probabilidade de ocorrer. Ainda que na

esfera penal seja admitida a teoria do crime de perigo, para acumular a responsabilidade civil é necessária a ocorrência do dano efetivo. Quais são as sanções Penais Previstas? Para a imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará o que determina o art. 6º da Lei 9.605/98: -a gravidade do fato: meio ambiente e saúde pública -os antecedentes do infrator: já ter outro inquérito ou benefício de suspensão -a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Pessoas Físicas Sanção penal pessoa física: Privativa de Liberdade, Restritiva de Direito e Multa.

Privativa de liberdade: Tradicionais reclusão e detenção, para os ilícitos penais e, prisão simples, para as contravenções;

Restritiva de Direito: As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando nos casos em que: I tratar-se de crime culposos; II for aplicada a pena privativa de liberdade até quatro anos; III a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime (art. 7º, I e II). Terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída. Assim, somente os arts. 35, 40, 54, §§ 2º e 3º, e 56, §2º, não admitiriam a substituição da pena de prisão pela restritiva de direito, caso fosse aplicada à pena máxima de 05 anos. As penas restritivas de direito são: art. 8º: I - Prestação de serviços à comunidade; serviços em Ucs, jardins, parques...(arts. 8º I e 9º); II - Interdição temporária de direitos: - proibição de o condenado contratar com o Poder Público, - de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios - de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos (arts. 8º, II e 10); III - Suspensão parcial ou total de atividades; quando estas não estiverem obedecendo as prescrições legais (arts. 8,III e 11); IV - Prestação pecuniária: consiste no pagamento em dinheiro a vítima ou a entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor

pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator (arts. 8º,IV e 12); V - recolhimento domiciliar. O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória. (arts. 8º, V e 13).

Pena de Multa:

A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada ate três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida (art. 18).

Pessoas Jurídicas Sanção penal:

Multas; Restritivas de Direitos; Prestação de Serviços a Comunidade e Liquidação forçada. Conforme determina o art. 21, as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente as pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3 , são: I - multa; Aplica-se a regra comum estampada no art. 18; Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada ate três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

Restritivas de direitos:

I - Suspensão parcial ou total de atividades; A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas a proteção do meio ambiente (art.22, I e § 1º); II - Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar (art.22, II e § 2º); III - Proibição de contratar com o Poder Publico, bem como dele obter subsídios,

subvenções ou doações - A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos (art.22, III e § 3º).

Prestação de serviços à comunidade, poderá ocorrer através de:

- a - custeio de programas e de projetos ambientais;
- b - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
- c - manutenção de espaços públicos;
- d - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Liquidação Forçada

A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Ex: (Pet shop para venda de pássaros nativos).

Tipos Penais em Espécie:

- a) crimes contra a fauna art. 29 a 35; Ex. pescar em período no qual a pesca seja proibida - art. 34 CA.
- b) crime contra a flora art. 38 a 52 e 53, prevê as causas especiais do aumento da pena; Ex. cortar árvore em floresta considerada de PP, sem autorização de autoridade competente - art. 39 CA.
- c) crimes de poluição art. 54; Ex. disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura... art. 61 CA
- d) crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural art. 62 e 65; Ex. pizar, grafitar edificação ou monumento urbano - art. 65 CA
- e) crimes contra a administração ambiental art. 66 a 69. Ex. conceder licença de forma ilegal - art. 67 CA.

Em penal, na maioria dos crimes se faz necessário o tipo objetivo - núcleo do tipo. Em ambiental, normalmente as normas penais são:

Em branco e Aberto.

A) Norma Penal em Branco:

Dependem de complementação de outros dispositivos legais e extralegis (aspecto técnico, complexo e

multidisciplinar). Complementação através: a) por disposição prevista na mesma lei; b) por disposição contida em outra lei, c) por disposição emanada de outro poder, ou seja, de um ato administrativo. Obs: em direito penal, em regra usa-se leis para complementação homogênea e portarias para complementação heterogênea (outro órgão complementa). Exemplos: – art. 29 § 4º, I e VI - não estão discriminadas as espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção - todo ano o IBAMA solta uma lista determinando as espécies; – art. 34 caput” e § único, I e II- pesca em período de piracema; todo ano é divulgado qual o período de piracema; – art. 36 - espécies em extinção de peixes; quais espécies? – art. 45 - madeira de lei, classificada pelo Poder Público; poder público tem que classificar;– art. 56 – exigências estabelecidas em lei; a lei estabelece quais as exigências – e outros mais.

B) Tipo penal aberto:

A norma permite a inserção de situações análogas. Por força do princípio da legalidade ou da reserva legal (CP, art. 1º), a norma penal deve descrever por completo as características do fato, a fim de que o agente possa defender-se. Em matéria de direito penal ambiental isso nem sempre é possível. Muitas das condutas lesivas ao meio ambiente não permitem uma descrição direta e objetiva, Exemplo: (Crime Penal: Homicídio, tem a descrição mais clara possível: matar alguém). Crime ambiental: crime de poluição, cujas formas são múltiplas e se modificam permanentemente. (Art. 54: “causar poluição em níveis tais que...”).

C) Elemento normativos do tipo:

Os elementos normativos dizem respeito à antijuricidade e são designados por expressões como: –indevidamente (art. 151 CP) –sem justa causa (art. 153 CP) –sem consentimento de quem de direito (art. 164 CP) –sem licença da autoridade competente entre outros (art. 29 da Lei 9605/98). Exemplo: realizar desmate tanto pode ser ilícito penal como fato atípico, porquanto o desmate não

só pode ser proibido como também permitida, mediante licença ambiental única – LAU. Na Lei 9605/98 é possível encontrarmos várias dessas expressões nos seus dispositivos penais, arts. 29,44,45,46,§ único, 51,52,55,56,60,63 e 64.

Excludentes a) Causas excludentes de ilicitude (art. 23 CP). a.1) estado de necessidade – situação de absoluta necessidade. Ex. - imagine v/c passeando por uma floresta e aparece uma onça na sua frente, o que v/c faria? a.2) legítima defesa – situação em que o agente pratica para se defender. Requisitos: agressão injusta, atual ou iminente. Além de ameaça a direito próprio ou alheio; situação não provocada voluntariamente pelo agente e inexistência de dever legal de enfrentar o perigo. Ex. matar um cachorro que está sendo utilizado por outra pessoa para me atacar. a.3) estrito cumprimento do dever legal. Ex. policial matar animal que ataca criança. a.4) exercício regular do direito. Ex. penal pai dar pequenos castigos ao educar o filho. Ambiental: adestrador dando pequenas pancadas.

A Lei 9605/98 determinou no Art. 37 que não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente. Também não configurará crime quando houver autorização competente ou o animal for caracterizado nocivo (art. 46, inc. II e IV da Lei 9605/98 e art. 3º, §2º da Lei 5.197/67).

B) Culpabilidade:

Elementos que compõem a culpabilidade: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude: “O princípio de que em matéria penal não se pode invocar a ignorância da lei não abrange os casos em que algum

elemento integrante da norma, como regra ocorre com as chamadas normas penais em branco, exija informação técnica mais profunda do agente”(JUTACrim 72/361).

Ex. pessoa com barco de pesca com todos os petrechos necessários para uma boa pescaria, é pego no pantanal na época da piracema. MT e MS.)

C) Exigibilidade de conduta diversa.

São excludentes de culpabilidade: 1 - erro de proibição: a pessoa desconhece o caráter criminoso daquilo que pratica. Ocorre muito em ambiental em decorrência das normas penal em branco. art. 21 CP. 2 – coação moral irresistível; 3 - inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou orça maior, entre outras mais.

8. RESPONSABILIDADE PENAL E PENAS APLICÁVEIS AS PESSOAS JURÍDICAS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma realidade no mundo, sendo adotada por diversos países ao lado da tradicional responsabilidade individual, bem como das penalidades de caráter civil, tributário e administrativo. A redação do projeto da Constituição de dezembro de 1987 não deixava dúvidas acerca da introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica na legislação pátria. Entretanto, a aceitação da responsabilidade dos entes coletivos já não pode causar estranheza, no estágio atual da ciência penal, e pelas experiências existentes em outras nações que a adotam. É evidente, outrossim, que os parâmetros desta responsabilidade não podem ser os da responsabilidade individual, da culpa propugnados pela Escola Clássica, a qual sustentava que somente o Homem pode ser sujeito ativo de crime.

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas só pode ser entendida no âmbito de uma responsabilidade social. A pessoa jurídica atua com fins e objetivos distintos da dos seus agentes e mesmo proprietários, contudo a responsabilidade daquela não deve excluir a destes quando for o caso. Assim é que o Legislador introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito Brasileiro com relação aos delitos ambientais dispostos na lei nº. 9.605/98. Esta lei veio a por uma pá de cal nas discussões acerca da sua introdução ou não no Brasil.

A atual legislação brasileira já admite, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por prática de atividades que ocasionam danos ao meio ambiente. A justificativa por responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas se deve ao fato de

que as grandes poluidoras são as empresas, e não somente a pessoa natural, ou seja, a pessoa física.

A intenção dos legisladores ao responsabilizar as pessoas jurídicas, se deu pelo fato de que não podemos deixar de punir aquele que pratica qualquer conduta delituosa, para não estimularmos a prática de crimes pela impunidade, pois além de punir, é necessário que os verdadeiros causadores dos danos respondam. Nos termos da Lei 6.938/81, a pessoa jurídica é penalmente responsável, dessa forma é interessante ela ter sanções quando da prática destes crimes, pois além de lesar o meio ambiente de fato, juridicamente ela é considerada a maior poluidora.

Outro fato importante, é que se a pessoa jurídica teve benefício com a degradação, ou o visou, maiores são as razões para que ela responda por suas condutas delituosas. O doutrinador “Rocha” 28 dispõe sobre o assunto:

“responsabilização penal de uma pessoa jurídica desestimula a prática de ilícitos, posto que constitui marca negativa para a sua imagem, podendo esta marca obstar a celebração de futuros contratos”. Não podemos mais justificar que a pessoa jurídica não pode sofrer sanções penais, pois, ela não é sinônima de restrição de liberdade, tipo de pena inaplicável à pessoa jurídica. Aliás, poucas vezes as pessoas naturais que cometem crimes ambientais são punidas com prisão, pois conforme dispõe a Lei de Crimes Ambientais, em seus artigos 7º e 16, essas penas privativas da liberdade podem ser substituídas por restritivas de direitos, quando forem aplicadas a crimes culposos, com duração inferior a quatro anos, e em se tratando de pena privativa de liberdade não superior a três anos, pode esta ser condicionalmente suspensa. Desse modo, tendo em vista que poucos crimes ambientais, como os previstos nos artigos 35, 40 e 54 da citada lei, praticados por pessoas naturais, podem ter pena privativa de liberdade superior a quatro anos, é razoável deduzir que, raramente, a pena privativa de liberdade é aplicada às pessoas naturais, o que não suprime o caráter de sanção criminal das penas restritivas de direito que poderão vir a substituí-las.

A Lei de Crimes Ambientais prevê, em capítulo especial, as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, não se trata de sanções administrativas ou civis, posto que estão dispostas na Lei de Crimes Ambientais e se aplicam às pessoas jurídicas.

São elas: multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o poder público, prestação de serviços à comunidade e liquidação forçada.

Na aplicação da multa, leva-se em conta a situação econômica do infrator. Este fato nos remete a mais uma vantagem da possibilidade de responsabilizar-se a pessoa jurídica. Normalmente sua situação econômica tende a ser bem melhor do que a situação econômica de seus representantes. A crítica que se faz, é que a multa cominada à pessoa jurídica não ganhou disciplina própria:

Aplica-se a regra do art. 18 da citada lei, que retoma as normas do Código Penal, o que faz com que a multa possa não ser condizente com o faturamento da empresa. Há entendimentos contrários, pois para alguns doutrinadores o legislador foi prudente ao fixar a sanção pecuniária máxima nos moldes do Código Penal. Eles sustentam que os valores podem ser significativos até mesmo para empresas de grande porte e que já são suficientes para exercer a função preventiva.

A pena de multa, tão criticada por sua suposta ineficácia, no caso da pessoa jurídica, pode ser uma das sanções mais eficazes, visto que muitos delitos ambientais são cometidos pelos entes coletivos com o intuito de reduzir custos, ou aumentar margens de lucro, tais como o despejo de resíduos tóxicos sem qualquer tratamento, a utilização de agrotóxicos não permitidos, extração ilegal de madeira, pesca com equipamentos não permitidos, entre tantas outras atividades lesivas ao meio ambiente e, via de consequência, à saúde humana. Se um crime é cometido por ambições financeiras, uma pena que envolva prestação pecuniária pode mostrar-se eficaz.

O caráter da multa é penal, e não administrativa, traz vantagens processuais à defesa do infrator e, ademais, sua aplicação deixa marcas negativas e indesejáveis à pessoa jurídica, marcas estas que podem obstar a celebração de futuros contratos. Nesse sentido, a tutela penal do meio ambiente visa a não reincidência na prática de crimes ambientais. Quanto às penas restritivas de direitos, o juiz deve agir com cuidado quando as impuser, mantendo-se atento à equidade, pois essas restrições acabarão sendo as verdadeiras e úteis sanções, à proporção que remetem à reparação do dano, quando for possível.

A questão que levanta dúvidas refere-se ao prazo de duração da pena restritiva de direitos, que, de acordo com o art. 55 do Código Penal, limita-se à

duração da pena privativa de liberdade substituída, sendo que, muitas vezes, os efeitos do crime prolongam-se mais no tempo, mas não há como impor sanção superior ao máximo permitido por lei, devendo ser o acompanhamento da recuperação integral feito por meio de ação civil pública. A suspensão parcial ou total das atividades é aplicada sempre que as leis de proteção ambiental estiverem sendo desrespeitadas, visando uma espécie de ressocialização, à medida que conduz a pessoa jurídica à adequada e não prejudicial inserção social. Desse modo, a pessoa jurídica volta a desenvolver suas atividades, na comunidade na qual exerce importante função econômica, porém, de acordo com as normas de proteção ambiental.

A proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações pelo prazo de até dez anos aplica-se quando normas, critérios, e padrões ambientais são descumpridos, também visando à mudança da política da empresa, no sentido de estar esta apta a desenvolver suas atividades sem lesar o meio ambiente, bem de uso comum do povo.

A prestação de serviços à comunidade consiste em custear programas e projetos ambientais, executar obras de reparação de áreas degradadas, manter espaços públicos e contribuir com entidades ambientais ou culturais públicas.

9. A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA JUSTIÇA NOS CRIMES AMBIENTAIS

A Constituição da República de 1.988 outorgou ao Ministério Público a defesa dos direitos difusos da sociedade, sendo que as ações para reparar danos ambientais não prescrevem, ao contrário das ações individuais, que prescrevem no prazo de 03 (três) anos.

A citada Constituição em seu artigo 129, III, dispõe que a proteção do meio ambiente uma função institucional do Ministério Público, o titular exclusivo das ações penais públicas. Desse modo o Ministério Público buscará o exercício do "jus puniendi" independentemente de qualquer representação, posto que as ações penais decorrentes de crimes previstos na Lei de Crimes Ambientais são públicas incondicionadas, nos termos do art. 26 da referida Lei. Em relação à competência do Ministério Público estadual, cabe dizer que, na redação original da Lei de Crimes Ambientais o art. 26 tinha um parágrafo único, que foi vetado.

Este parágrafo dizia que o processo e julgamento dos crimes previstos naquela lei caberiam à Justiça Estadual, com a intervenção do Ministério Público estadual, sempre que praticados em municípios que não fossem sede de vara da Justiça Federal, devendo os recursos, no entanto, ser encaminhados ao Tribunal Regional Federal correspondente. Ocorre que a Constituição Federal, quando trata

da competência da Justiça Federal, não refere ser esta competente para processar e julgar as ações penais por crimes ambientais, sendo que a competência da Justiça Federal deve ser atribuída pela Constituição, e a competência estadual, remanescente. A Justiça Federal passa a ser competente se o dano atingir bens pertencentes à União, por força do art. 109, IV, bem como de suas entidades autárquicas e empresas públicas.

A competência se dá por exclusão: Quando não existem varas federais em todo o território brasileiro, as varas estaduais fazem às vezes. Desse modo, cabe à Justiça Federal julgar crimes que afetem diretamente a União. Assim, a competência para processar e julgar crimes ambientais não é necessariamente da Justiça Federal, posto que nem sempre o dano ambiental afetará diretamente a União.

O Ministério Público Estadual, como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, exclusivo titular da ação penal pública, a quem compete o exercício de diversas formas de defesa do meio ambiente, deve, então, denunciar as pessoas jurídicas que cometem crimes ambientais.

Os Crimes contra a fauna – em princípio da Justiça Estadual (JE), e excepcionalmente, da Justiça Federal (JF) nos casos em que os espécimes atingidos estiverem protegidos em área da União, por exemplo, um parque nacional ou reserva indígena. Pesca predatória (art. 34) :

A regra geral é competência da Justiça Estadual, porque, assim como a fauna silvestre, os peixes são res nullius e, ademais, há previsão no Código de Pesca que o Estado possui o domínio público dos animais e vegetais que se encontrarem nas águas dominiais. Quanto à pesca predatória, só será deslocada a competência para a Justiça Federal se ocorrer nos rios e lagos ou unidades de conservação da União, nas 12 milhas do mar territorial brasileiro.

No que tange à poluição de rios e lagos, a competência será da Justiça Estadual sempre que não se tratar das águas pertencentes à União. Será da Justiça Federal quando envolver interesse da União. Ex.

O jornal Correio do Estado, de Campo Grande/MS, 12.02.1998, noticia problema atinente à pesca irregular no rio Paraguai, por pescadores do país vizinho.

O fato é crime no Brasil (Lei 9605/98, art. 34, inc. II), mas não é no Paraguai. Portanto, somente no caso dos pescadores avançarem na parte brasileira do rio, caberá à JF processar e julgar o ilícito penal.

Os crimes contra a flora são em regra da Justiça Estadual, sempre que atingir árvores pertencentes a particulares, ao Estado ou ao Município, muito embora o art. 225 § 4º da Constituição Federal atribua à Floresta Amazônica, Serra do Mar, Mata Atlântica, Pantanal e Zona Costeira, caráter de patrimônio nacional, não se desloca à competência para a Justiça Federal porque patrimônio nacional é comum a todos os brasileiros, não se confundindo com o patrimônio da União e, assim, cabe a toda a coletividade zelar por ele, salvo quando houver interesse da União (crime no Parque Nacional de Chapada dos Guimarães). Ordenamento urbano:

Art. 62 a 69 da Lei 9605/98. Destruição de museu estadual, competência Estadual. Ou ainda, se o cidadão dificultar a ação fiscalizadora do Ibama, JF (art.69). Crimes conexos – Justiça Federal, competência constitucional, atrai remanescente da Justiça Estadual. Ex. particular que põe fogo na sua propriedade e acaba queimando também um parque nacional. Contravenções (menor potencial ofensivo) são de competência da Justiça Estadual, a menos que a União seja vítima. A competência para processar e julgar crimes ambientais somente será da Justiça Federal quando a União, suas autarquias ou empresas públicas figurarem, ao lado da coletividade, como sujeito passivo, por força do art. 109, IV, da Constituição Federal, ou, ainda, quando o crime ambiental estiver previsto em tratado ou convenção, ou se vier a ser praticado a bordo de navio ou aeronave (Constituição Federal, art. 109, V e IX).

Em tais casos, por força de expressa disposição constitucional, a competência será da Justiça Federal, ainda que existam outros sujeitos passivos. Nos casos de crimes conexos, um de competência federal e outro estadual, a competência é atraída para a Justiça Federal. Como exemplo de crime ambiental de competência da Justiça Federal, cabe citar a poluição de águas marítimas, porque o mar territorial é bem da União e tal crime é praticado a bordo de navio.

A poluição de rios e lagos somente competirá à Justiça Federal quando o rio ou lago poluído for de domínio da União. Quanto à exploração e lavra de recursos minerais, será sempre competente a Justiça Federal, tendo em vista que pertencem à União os recursos minerais. Crime contra a flora somente competirá à Justiça

Federal se atingir unidade de conservação federal. Exploração de recursos minerais – Justiça Federal, esses recursos pertencem à União; Ex. extração de pedras preciosas, petróleo e areia para uso nas construções.

Ao cometer uma infração penal de natureza ambiental, o apenado que for condenado com pena máxima não superior a dois anos ou multa é possível a transação penal estabelecida no art. 61 da Lei nº 9.099/95 com a modificação dada pela força do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01.

As penas dessa natureza são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, quando a lei comine pena máxima não superior a 01 (um) ano, exceto os casos em que a lei não prevê um procedimento especial. Assim dispõe o art. 2º [...]. Parágrafo único:

“Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

Mesmo que o autor do fato não cumpra os compromissos assumidos por ocasião da transação penal, o juiz recebe a denúncia e pode ocorrer a suspensão condicional do processo. Se o autor do fato não adimplir as condições estabelecidas, o processo segue seu rumo e ao final, se condenado tem ainda, direito à suspensão condicional da pena.

Ao final, só há prisão se o autor do fato não cumprir as condições estabelecidas na suspensão condicional da pena. Nos crimes de natureza ambiental, com pena máxima não superior a dois anos e/ou multa, se submetem ao rito do juizado especial criminal:

(Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01), cabendo a transação penal e a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito conforme art. 7º da Lei nº 9.099/95, porém é imprescindível a prévia recomposição dos danos, salvo a impossibilidade de fazê-la, em atendimento ao art. 27 da Lei nº 9.605/98, in verbis; Lei nº 9.099/95 [...]. Art. 7º: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando”: I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja

suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. Parágrafo único. "As penas restritivas de direitos a que se refere este artigo terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída".

Assim dispõe o art. 8º: "As penas restritivas de direito são":

I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; V - recolhimento domiciliar. A Lei nº 9.605/98 [...], dispõe:

Art. 27: "Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, prevista no art. 76 da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma Lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade".

As penas superiores há dois anos obedecerão ao rito do Código de Processo Penal, no entanto, haverá sempre a exigência de recomposição dos danos, independente da sanção administrativa. A multa nas infrações ambientais é calculada de acordo com o estabelecido no Código Penal (art. 49) com as inovações do art. 18 da Lei nº 9.605/98. Art. 18:

A multa será calculada, segundo os critérios do Código penal; se revelar ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até 3 (três) vezes, tempo em vista o valor da vantagem econômica auferida.

A responsabilidade administrativa resulta de infrações e normas administrativas, sujeitando-se o infrator a uma sanção de natureza também administrativa, como advertências, multas simples, suspensão de benefícios, etc. Fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas de Direito Público de impor condutas aos seus administrados, sendo inerentes a todas as entidades estatais, nos limites das suas competências institucionais. Na verdade, é um importante mecanismo de controle da administração pública, por intermédio do chamado Poder de Polícia. Fundamentação Jurídica:

Art. 225, § 3º CF/88. Lei 9.605/98 – art. Art. 70 a 76 Lei 6.938/81, art. 14, incisos I, II, III e IV. Regulamentado pelo Dec. 3.179/99 Código Estadual de MT - L.C. 38/95 – art. 95

e seguintes (com as alterações da LC 232/2005). A Lei Federal nº 9.605/98, disciplina a matéria relativa às infrações administrativas de caráter ambiental, em seu artigo 70 a 76, e foi regulamentada pelo Decreto 3.179/99, que dispõe: "A infração administrativa ambiental, é caracterizada como toda ação ou omissão que viole regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

Ao contrário da sanção civil e penal, em que somente o poder judiciário pode aplica-las, as penalidades administrativas são aplicadas pelos órgãos da administração direta ou indireta da União, dos Estados e dos Municípios. Sua aplicação figura-se entre as mais importantes expressões do Poder de Polícia. Lembrando que a Competência é Legislativa:

Art. 24 CF/88 – concorrente; Administrativa: art. 23 CF/88 – comum. Art. 70 § 1 - funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA (sistema Nacional do MA), designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

COMUM:

Todos os integrantes do SISNAMA podem fiscalizar (poder de polícia: lavrar auto de infração e instaurar processo administrativo). Visa proteger mais o meio ambiente. Ex: IBAMA, FEMA, Polícia Florestal.

CONCLUSÃO

Não há dúvida que o Brasil deu importantes passos com a criação de normas protetoras do meio ambiente, buscando sempre soluções mais adequadas e eficazes na prevenção e reparação dos danos ambientais.

As ações que visam apurar a responsabilidade e constituir a condenação têm, além da finalidade precípua de obter a reparação/ recuperação do dano ambiental a de servir como exemplo e certeza de punibilidade, esta, talvez, seja sua maior importância, pois não há reparação ou recuperação comparável a inócorência do dano pela ação preventiva. Tendo em vista os conceitos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais abordados ao longo deste trabalho de pesquisa, conclui-se que as responsabilidades penais das pessoas jurídicas na prática de

atividades lesivas ao meio ambiente serão punidas de forma concreta através da legislação positivada brasileira.

Ao fixar a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes praticados contra o meio ambiente, o legislador ordinário atendeu as Recomendações do 15º Congresso da Associação Internacional de Direito Penal no Rio de Janeiro, realizado de 04 a 10 de setembro de 1994. O meio ambiente considerado um bem de uso comum do povo é uma inovação, pois o Poder Público não é o dono do meio ambiente, mas sim um gestor, pois administra bens que não são de sua propriedade e, conseqüentemente, deve satisfazer ao povo acerca de sua administração e utilização do bem constitucionalmente protegido.

A pessoa natural, quando sujeito ativo de um crime ambiental, é o tipo de criminoso aceito pela sociedade, pois pratica o delito por ambição ou de acordo com costumes legais. No entanto, sendo o agente uma pessoa jurídica, surgem controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileiras, embora haja embasamento legal para essa responsabilização penal, tanto de ordem constitucional quanto infraconstitucional.

Tal repressão advém da urgência da tutela requerida pelo meio ambiente, bem de uso comum do povo cuja preservação está intrinsecamente ligada ao direito à vida. Não cabe aos juristas a imposição de obstáculos à aplicação da Lei de Crimes Ambientais uma vez que foi ela criada por quem tem legitimidade para tanto, o legislador, e encontra-se em profunda sintonia com a Constituição Federal.

Assim sendo, é possível responsabilizar pessoas jurídicas por crimes ambientais. Há também, além dos fundamentos legais, fundamentos jurídicos e filosóficos, sociais e econômicos para a concessão de tutela penal para o meio ambiente, especificamente para responsabilização criminal de entes coletivos.

O crescimento desmedido que ocorre em um mundo ainda analisado de forma fragmentada e interindividualista implicaram o esquecimento de que o planeta é, um sistema, o que importa dizer que nada funciona sozinho. A Terra é um conjunto em que todos os elementos devem estar em harmonia. Assim, não é possível admitir a destruição do meio ambiente por interesses econômicos, pois, quanto mais lesado ele for, maior será a repercussão negativa disto na economia e, antes, na própria capacidade de sobrevivência humana, portanto, é de extrema urgência a proteção penal deste bem de uso comum do povo.

Sempre que o crime ambiental afetar diretamente a União, será ele de competência da Justiça Federal, afora esses casos, a competência é da Justiça Estadual, cabendo ao Promotor de Justiça, como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais, exclusivo titular da ação penal pública, a quem compete o exercício

de diversas formas de defesa do meio ambiente, denunciar a prática do crime ambiental. Especialmente nos casos em que o poluidor for uma pessoa jurídica, deve o representante do Ministério Público esforçar-se ainda mais fundamentar o pedido de condenação, tendo em vista que uma ampla corrente de juristas não a aceita, embora esteja constitucionalmente prevista.

Há penas específicas para a pessoa jurídica, previstas e explicadas na Lei de Crimes Ambientais, em capítulo especial, não atreladas aos tipos penais previstos na referida lei. São elas: multa, suspensão parcial ou total das atividades, interdição temporária, proibição de contratar com o Poder Público, prestação de serviços à comunidade e liquidação forçada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 03.

BUGLIONE, Samantha. O desafio de tutelar o meio ambiente. Revista de direito ambiental. São Paulo, ano 5, n. 17, p. 198, jan./mar. 2000.

CAPRA, Fritjof. O ponto de Mutação. 23. ed. p. 182

CRUZ, Walter Rodrigues da. As penas alternativas no direito pátrio. São Paulo: LED Editora de Direito, 2000. p. 177

DEON, Sette, MT. Tutela e Responsabilidade Penal. Notas de Aula, Unic-Barão, 2006. SITE : www.marli@ladeson.com

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 7º Volume. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pág. 34

FERNANDES NETO, Ticho Brahe. apud MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1989, p. 55.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e RODRIGUES, Marcelo Abelha - Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 47/57.

JUNIOR, Miguel Reale in PRADO, Luiz Regis (coord.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 138

LEITE, José Rubens Morato, O dano moral e sua reparação, Cidadania Coletiva, 1996, pág. 118.

LUIZI, Luiz. in PRADO, Luiz Regis (coord.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 92-99.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 102-103

MILARÉ. Edis. Direito Do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15.ed. p. 702.

MUKAI, Toshio. apud FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98). 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22.

PANIZI, Alessandra. Direito Ambiental Série Exame de Ordem & Concursos Públicos, Editora Janina, Cuiabá, 2006.

ROCHA, Fernando A. N. da. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. In Revista de Direito Ambiental. Ano 7. n. 27. Jul-set/2002. p. 70-73 e p. 79-80.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. p. 819-820. <http://www.ibama.gov.Br/leiambiental/> acessado em 05/10/20.

www.jusnavegandi.com.br, pesquisado em 05/10/20, Legislação Ambiental.

www.abrasil.gov.br. Acessado em 05/10/20.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM MULHERES GESTANTES EM CÁRCERE DE PRIVADA.

BRUNO HENRIQUE DOS SANTOS MORETTI:

bacharelado em Direito pela Instituição acadêmica; IESB Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)

RESUMO: Muitas mulheres já passaram por violação de seus direitos em cárcere de privado, e acaba possuindo problemas de vivências dentro deste âmbito e isto cresce a cada dia, o que acaba por refletir de alguma forma dentro da vida destas pessoas. A partir disso, percebe-se a necessidade de desenvolver um estudo sobre o assunto e assim de modo que possa auxiliar também na vida destas pessoas, e em seus direitos. O objetivo deste estudo é determinar as prováveis causas de violação, os comportamentos e conseqüências que podem ser relacionados a ela, considerando principalmente os aspectos de direitos humanos das gestantes. Trata-se de um artigo bibliográfico, suscitando as representações sobre parir durante o encarceramento e o sofrimento ocasionado pelo medo da separação em mulheres gestantes em cárcere. O processo do trabalho de parto é manifesto pelo preconceito da sociedade; já o tipo de parto parece influenciar na concepção de parir e ser mãe. O estudo aponta a importância de entender a problemática da maternidade no cárcere, bem como as dificuldades atreladas ao processo. Além do mais, faz se necessário melhorar a atenção pela garantia dos direitos dessa população.

Palavras-Chave: Cárcere, gestantes, mulheres.

ABSTRACT: Many women have already gone through the violations of their rights in private prison, and end up having problems of experiences within this scope and this grows every day, which ends up reflecting in some way in the lives of these people. From that, understand if the need to develop a study on the subject and so that it can also help in the lives of these people, and in their rights. The objective of this study is to determine the probable causes of rape, the behaviors and consequences that can be related to it, considering mainly the human rights aspects of pregnant women. This is a bibliographic article, giving rise to representations about giving birth during incarceration and the suffering caused by fear of separation in pregnant women in prison. The labor process is manifested by society's prejudice; the type of delivery seems to influence the conception of giving birth and being a mother. The study points out the importance of understanding the problem of motherhood in prison, as well as the difficulties linked to the process. In addition, it is necessary to improve attention to guarantee the rights of this population.

Keywords: Carcere, pregnant women, women.

INTRODUÇÃO

O artigo terá a metodologia epistemologia, isto é um ramo da filosofia que trata dos problemas relacionados à crença e ao conhecimento. Esta decisão se veio pelo desejo de conhecer por satisfação pessoal, e pela razão de ordem prática. Após a vivencia em presídios, como pastor vi desejo de buscar como se procede ao acompanhamento de gestantes nestas situações, sabendo que é um direito assegurado pela Constituição. Em questão a isto, a prisão feminina deve ser estudada e analisada de forma afastada da prisão masculina, pois estas prisões possuem diversas diferenças em questões de direitos humanos pois sendo a principal desses direitos a questão da gestação e maternidade neste âmbito.

De acordo com Lemgruber (2001) que relata que a vida em encarceramento como um todo não foi planejada para mulheres e sim para homens, tanto que segundo ela, as prisões são desenvolvidas por eles, e suas regras também.

Desenvolver a importância sobre a violação dos direitos humanos de mulheres gestantes em cárcere e as possíveis consequências, é um grande aliado para a estrutura de saberes dentro das universidades, refletindo assim na formação dos alunos, e durante todo o percurso da sua vida dentro e fora da carreira.

Segundo Lima (2006) a mulher em situação de aprisionamento leva para a prisão os estereótipos sócio-culturais já intrometidos na sua existência, além de ganhar outros, ao infringir o papel que lhe é determinado ao longo da história da sociedade, como companheira e mãe, devendo estar ao lado da família, no espaço privado, doméstico, e não no espaço prisional.

Entretanto estudar sobre estas consequências acaba por visar e impactar o projeto de vida dos alunos, aprendendo assim a ter uma postura frente a mulheres gestantes que já passaram por violações dos seus direitos em cárcere de privada.

A justificativa deste artigo é que muitas mulheres já passaram por violação de seus direitos em cárcere de privada, e acaba possuindo problemas de vivencias dentro deste âmbito e isto cresce a cada dia, o que acaba por refletir de alguma forma dentro da vida destas pessoas. A partir disso, percebe-se a necessidade de desenvolver um estudo sobre o assunto e assim de modo que possa auxiliar também na vida destas pessoas, e em seus direitos.

Considerando também que este projeto visa contribuir para a pesquisa ao buscar dar mais visibilidade sobre as mulheres gestantes e sua vida em carcere de privada, e ainda para o ensino e as universidades, atrair e contribuir parâmetros para

discussões em salas de aulas, trazendo de certa forma um auxílio e aprimoramento na formação destes futuros profissionais.

Espera-se que com este projeto outros profissionais possam, a partir dos resultados produzidos, e deste modo desenvolver novos estudos para contribuir como assistência para a vida destas mulheres.

Quais os motivos que levam a violação dos direitos humanos de mulheres em cárcere? E as possíveis consequências que estas violações desenvolvem nestas mulheres e em seus filhos? Com este problema foi visto a importância de determinar as prováveis causas de violação, os comportamentos e consequências que podem ser relacionados a ela, considerando principalmente os aspectos de direitos humanos das gestantes. Tendo como objetivos específicos: analisar os desafios da maternidade no ambiente carcerário, relacionar as possíveis consequências no desenvolvimento dessas mulheres, em questão de viverem violações aos seus direitos humanos, avaliar quais fatores colaboram para a recorrência da violação dos direitos humanos no âmbito carcerário, descrever as possíveis dificuldades que possam estar interferindo nas ações já criadas e em andamento para diminuir este problema. A primeira etapa deste artigo foi realizar uma pesquisa epistemológica em artigos, livros, periódicos, sites e revistas buscando-se entender a violação dos direitos humanos em mulheres gestantes em cárcere, e as possíveis ferramentas de análise e solução de problemas a serem empregadas na condução dos estudos propostos. A busca foi realizada na base de dados de artigos e considerando trabalhos publicados em português entre os anos de 2000 a 2019. Foi realizado uma pesquisa de caráter transversal, com abordagem epistemológica, com abordagem qualitativa, no aspecto de revisão descritiva de literatura. Gil (2002): a pesquisa é o conjunto de procedimentos, que é baseado em encontrar soluções para um problema, utilizando os métodos científicos. Todos os conceitos de pesquisa proporcionam chegar a uma resposta aos problemas que são propostos. A pesquisa é utilizada para obter um conhecimento mais valioso sobre todos os assuntos. Portanto, é importante usufruir da pesquisa para assim enriquecer qualquer trabalho. A partir daqui será elucidada a maneira pela qual se chegou às respostas aos objetivos traçados no início deste trabalho, desde o delineamento da pesquisa, identificação de área e/ou público alvo, a forma pela qual foi feita a coleta de dados e por fim a análise dos resultados que foram obtidos.

A abordagem qualitativa segundo Creswell (2010, p. 43) define a abordagem qualitativa como sendo "um meio para explorar e para entender o significado que os indivíduos ou os grupos atribuem a um problema social ou humano"

No que tange a revisão bibliográfica narrativa os critérios de seleção utilizados não são tão explícitos ou sistemáticos no que se refere a busca de

literatura, fornecendo maior liberdade na escolha das fontes e estratégias de seleção, a interpretação das informações pode estar sujeita a maior subjetividade do autor. Sua adequação é voltada a trabalhos de conclusão de curso e consiste basicamente na análise e interpretação da literatura publicada em livros, artigos e revistas impressos ou eletrônicos (ELIAS et al., 2012).

Diante desta metodologia viu-se que na busca de informações para o desenvolvimento deste trabalho, faz-se necessário uma pesquisa, buscando assim novas experiências que de um modo geral, pudesse obter um resultado satisfatório. A presente pesquisa é do tipo descritivo, segundo Gill (1996, p 46): "As pesquisas descritivas visam a descrição das características de determinada população ou fenômeno, e têm por objetivo levantar as opiniões, atitudes e crenças de uma população". Caracteriza-se assim, pois irá se basear primeiramente no material já publicado a respeito, como artigos, monografias que foram realizados por outro indivíduo.

2 HISTÓRICO SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS

O Sistema Penitenciário brasileiro atual, como instituição, a política criminal e a aplicação do Direito Penal que determinam a forma como será executada a pena nos dias atuais e a ideia de segurança pública que rege a sociedade brasileira são consequências de um longo processo histórico da construção da concepção dos crimes, das penas e da punição (CRUVINEL, 2018).

Todos os contextos econômicos como o contexto histórico do criminoso influenciam na questão de como serão tratados e visto perante a sociedade. O caráter de pena é a questão de criar um método de punição gerado para pessoas que cometeram algum crime, neste contexto chegasse na concepção de que o delinquente apenas será redimido quando sofrer pelo mal que causou à sociedade, e na punição através da ausência dos direitos fundamentais, mesmo diante de um Estado Democrático de Direito que tutela as garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Descrevendo estes aspectos sobre direitos das pessoas em carece, se vê que historicamente ocorre opressão deste grupo de pessoas, principalmente pelo fato do meio social que estão inseridos, por suas condições financeiras, e entre os demais fatores que influenciam nesta questão social perante a sociedade. Diante disto é visto que muitas pessoas estes criminosos não são vistos como cidadãos, tendo seus direitos negados.

Bobbio (2004, p.9) afirma que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam,

são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, P.9).

Neste sentido é criada críticas que desenvolvem pautas sobre este assunto, sobre a questão que marginalização das minorias com a utilização do autoritarismo e de condutas austeras para punir os criminosos.

A ausência dos direitos mínimos é sempre justificada pelas questões morais e penais que foi cometido pelo condenado, nesta questão acabam refletindo isto como método de ausência de políticas públicas para a reinserção dos encarcerados na sociedade após o cumprimento das penas, gerando uma segregação cada vez maior.

De acordo com Benevides (1994) os direitos humanos:

São aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe, social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei -, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.

Segundo o pensamento de Bobbio (2004) a história dos direitos humanos foi dividida por três fases, a primeira fase foi aquela relacionada pelo crítico John Locke que como critério e pensamento defendia o homem e seus direitos garantidos por natureza como ele relatava, pois para ele o estado natural de uma pessoa é o que garante que os homens são livres e iguais, foi dentro desta fase que surgiu o caráter universal de direitos humanos.

Já segunda fase foi conhecida pela transição, pois houve uma restrição dos direitos humanos, pois foi desta fase que os direitos humanos foram positivados e protegidos criando desta forma um âmbito do próprio espaço que os reconhecesse (BOBBIO, 2004, p. 19).

Na terceira fase Bobbio (2004) relata que houve uma mudança criando desta forma uma declaração universal dos direitos humanos que ocorreu no ano de 1948, e com ela surgiu as normas positivadas, não sendo apenas direitos e um campo, e sim em todos, pois este momento foi efetivamente reconhecida.

Nesse contexto, Piovesan (2012) relata que:

[...] o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito Internacional era salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

Desse jeito os direitos humanos obtiveram uma declaração universal, sendo passado de um direito restrito de cada governo para um caráter civil e unível (BOBBIO, 2004).

2.1 A LEGISLAÇÃO QUE AMPARA AS MULHERES PRESAS

Desde 2009, existe regra na Lei de Execução Penal (art. 83) da LEP, também determinam que os estabelecimentos prisionais destinados a mulheres tenham berçário e creche para que os filhos possam permanecer com a mãe.

Segundo o Conselho nacional de justiça (2016):

Com o aumento progressivo do encarceramento feminino ao longo dos anos

na sociedade brasileira, conforme os dados que serão demonstrados, surgem a necessidade de se garantir os direitos das mulheres privadas de liberdade devido às demandas específicas do gênero, uma vez que o Sistema Penitenciário brasileiro é predominantemente masculino, seja no aspecto estrutural, social ou legislativo. Desse modo, a desigualdade de gênero presente no âmbito penal e prisional, juntamente com o crescimento da taxa de aprisionamento feminino, está ampliando os debates e a visibilidade da situação, contribuindo para o aumento da produção normativa, de pesquisas e da busca para viabilizar e aprimorar a condição feminina no cárcere (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a, p.9).

Em 2015 aconteceu uma atualização nas normas da nação unida, dentro disto os direitos humanos de pessoas que estão em cárcere de privada, realizaram desta forma uma atualização das normas, oficializando-as e agregando ao texto normativo regras de Direitos Humanos, o que modificou o modelo de sistema penal e de encarceramento até então utilizados pelos países (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016b, p.9).

Conforme Giacomolli (2015):

A partir do surgimento das Nações Unidas, a Carta de ONU de 1945 instituiu

um sistema internacional de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, com regras universais a serem observadas nas relações internacionais e internas. De acordo com o mesmo autor, a efetividade do sistema contempla a emissão de recomendações com o intuito de promover o respeito dos direitos humanos para todos, bem como a criação de comissões pelo Conselho Econômico e Social (GIACOMOLLI, 2015, p.45).

Os direitos humanos possuem três formas ou expressões: direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Os direitos do homem têm relação com o direito natural, ou seja, à vida, à liberdade e dar a cada um o que lhe pertence. Os direitos humanos são aqueles positivados em tratados e convenções internacionais. Por fim, os direitos fundamentais são os presentes no ordenamento jurídico de um Estado, sendo considerados cláusulas pétreas (MALHEIRO, 2016).

Diante desta esta regra foi nominada de regra de Mandela, que está incorporada nos direitos dos brasileiros, esta regra possui novos parâmetros acerca da maneira de lidar com os presidiários, priorizando a dignidade da pessoa humana, uma vez que as pessoas privadas de liberdade merecem ser tratadas como seres humanos detentores de direitos, que merecem proteção, respeito e condições mínimas de sobrevivência, foi observado que alguns grupos merecem cuidado diferenciado, como o caso das mulheres.

Contudo, o objetivo das referidas regras, é estabelecer princípios e regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento dos presos, razão pela qual deixa claro que dadas às variações de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo, estas regras servem para o estímulo constante de superação das dificuldades práticas, sem, no entanto, se mostrarem impositivas de um todo.

O princípio desta regra é que elas sejam utilizadas de forma que não acha

discriminação, atingindo toda e qualquer categoria de presos, e outras, de aplicação especial, com incidência, portanto, a apenas determinada categoria de presos.

O importante desta lei é que foi realizado um teto onde não pode mais existir um isolamento solitário de mais de 15 dias, também foi proibindo que as mulheres em cárcere gestantes em seu parto ou pós-parto sejam algemadas, sendo um grande avanço para o sistema de prisões feminais, outro critério da regra imposta pela lei foi a questão de vexatória em crianças.

2.2 NECESSIDADES QUE MULHERES GESTANTES CARECE EM CÁRCERE

As mulheres gestantes que se encontram em carcere, necessitam de demandas específicas para os seus cuidados diários, a relação disso não é apenas por elas estarem grávidas, e sim pelas necessidades inerentes ao gênero feminino, e pela questão do fator social, principalmente pela condição o que muitas destas mulheres já sofrem abuso sexual, uso de drogas, abandono paternal e até abandono maternal, entre outros fatores. Neste sentido não tem como ser ignorado que existe diferenças entre as questões de cuidados de homens em carcere e mulheres, pois são muitos contextos que provam que isto é real.

Diante disto Pimentel (2013) suscita que ocorre muitas peculiaridades entre as condições que mulheres em carcere vivem, pois ao invés do sistema penitenciário brasileiro propor um tratamento adequado para as demandas femininas, é visto que esta estrutura acaba sendo voltada aos prisioneiros do sexo masculino. Não é equivocado afirmar que, no Brasil, o sistema penal é despreparado para lidar com mulheres que cumprem pena pelo cometimento de crimes (PIMENTEL, 2013, p.55).

Segundo Pimentel (2013):

O argumento da igualdade legal entre mulheres e homens tende a ser utilizado como justificativa para políticas públicas assexuadindiferentes às vicissitudes do feminino no cárcere. Embora a igualdade na lei seja, de fato, uma conquista feminista na história recente do Brasil, ela não pode ser instrumento de negação das diferenças existentes entre mulheres e homens na vida social (PIMENTEL, 2013, p.56).

Segundo Pimental (2013):

[...] as poucas políticas de tratamento no cárcere e de reintegração social não são suficientes para garantir a permanência ou o resgate dos vínculos afetivos durante o encarceramento, nem tampouco para preparar as mulheres,

profissionalmente, para o mercado de trabalho. Somam-se a isso as muitas situações de violação dos direitos das reclusas, diante da precariedade da estrutura física do espaço 44 penitenciário, do despreparo do staff penitenciário para lidar com mulheres presas e da fragilidade de políticas penitenciárias – atentas às questões afetivas e profissionais das mulheres – durante o cumprimento da pena e o pós-cárcere (PIMENTAL, 2013, P.53).

Diante o departamento penitenciário nacional (2017):

Os próprios estabelecimentos penais femininos brasileiros são estruturas formuladas exclusivamente para o público masculino que posteriormente foram modificados para se adaptar à custódia das mulheres, mas mesmo assim possuem uma escassez relacionada às necessidades femininas, como a ausência de espaços 42 e de serviços destinados às gestantes, às lactantes, aos filhos das mulheres presas, equipes multidisciplinares para realizar o cuidado com a saúde das mulheres, entre outros (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2017b, p.22-23).

Por este fator muitas mulheres acabam vivendo inúmeras dificuldades, por seus direitos são resguardados, limitando desta forma um direito de dignidade humano. Zampier (2016) relata que muitas mulheres presas sofrem com a negligência do sistema, e que apesar de muitos setores estarem evoluindo nesta questão, isto ainda é percebido dentro do Brasil.

Ainda que haja diferenças importante entre as unidades prisionais de todo o país acerca da estrutura e tratamento fornecidos, pode-se afirmar que nenhuma delas funciona de acordo com os parâmetros legais (BRASIL, 2015). Neste sentido Cerneka (2009) suscita que uma maior vulnerabilidade ainda é relatada nos cárceres femininos em relação a mulheres estrangeiras, pois elas acabam enfrentando barreiras disparadas pelas questões de diferenças culturais, idiomas, e distanciamento familiar, relatando ainda a questão de preconceito que enfrentam ainda mais por estes quesitos.

A maior questão é que as mulheres em cárcere são julgadas pela sociedade de uma forma marginalizada, tanto dentro da prisão, quando necessitam ser levadas para centros hospitalares. Outra questão observada no estudo de Zampier (2016) é que as políticas criminais voltadas a mulheres, nega itens básicos que todas as mulheres necessitam como: exames ginecológicos, absorvente. Isto sendo em uma

mulher que não está grávida, pois quando a carcereira esta gestando são necessários outros tipos de cuidados (ZAMPIER, 2016).

As mulheres gestantes permanecem submetidas a precariedade do sistema prisional, mesmo nessa delicada condição. Diante Brasil (2007) e Pastoral Carcerária (2012) as gestantes são mantidas em celas superlotadas, sob condições insalubres, agravadas pela falta de acesso a assistência em saúde, expondo assim a mulher em inúmeros riscos de vida.

Para Pimentel (2013):

A identidade de uma mulher que cometeu um crime fica categoricamente comprometida e essa mulher passa a ser condenada não somente pelo crime que cometeu, mas, principalmente, porque não correspondeu aos atributos femininos culturalmente instituídos e que as identificam naturalmente como pessoas bondosas, amorosas, românticas, gentis, compreensivas, maternais, meigas e angelicais. (PIMENTEL, 2013, p.60)

Queiroz (2015) relata que:

Na maioria dos presídios e cadeias públicas, elas [as presidiárias] ficam misturadas com a população carcerária e, quando chega a hora do parto, geralmente alguém leva para o hospital. Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou — ou não se importou — que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio (QUEIROZ, 2015, p.42-43).

As mulheres grávidas ou com filhos, uma vez que nem as mães, nem os filhos possuem o mínimo necessário para uma condição básica de sobrevivência, mesmo que estejam em situação de vulnerabilidade (ZAMPIER, 2016). Entrando neste contexto, a questão de viver no sistema penitenciário feminino já é uma questão problemática, o enfrentamento na gestação envolve ainda mais problemas, e após a gravidez, vem o distanciamento do filho, estas questões acabam gerando a angústia destas futuras mães. Pois elas não possuem nenhuma chance de serem ouvidas, e acabam tendo seus filhos levados para abrigos, sem qualquer aviso prévio.

Contudo, não é somente a mulher em carcereira que é afetada por este

distanciado dos seus filhos, mas principalmente os filhos em si, pois acabam vivenciando importante situação de vulnerabilidade e de violação de seus direitos com a questão de não ter sua mãe presente durante o seu crescimento, ou desenvolvimento. Esta questão relata que quando a mãe estão pressas, os filhos acabam em desamparo sem o cuidado de um familiar afetivo, e acaba sendo agregado a lares adotivos, muitos deles acabam não conhecendo suas mães verdadeiras, e entrando para o sistema de adoção (CERNEKA, 2009).

CONCLUSÃO

A importância deste assunto e aprofundamento nas pesquisas sobre o assunto de violação dos direitos humanos em mulheres gestantes em cárcere de privada, ajuda assim as pessoas a terem mais conhecimento sobre o assunto, e a valorizarem a procura métodos que a ajudem estas pessoas a terem melhores condições de vidas, na questão de serem aceitas na sociedade, com seus direitos e limitações.

Através da vivência ocorrida no estágio Social, foi observado que uma porcentagem dos usuários sente medo e receio de como a sociedade ira olhar para ele, sendo assim o surgindo do assunto se deu o interesse pelo tema. Diante dos argumentos e necessidades acima expressos, surge o problema de pesquisa; quais os motivos que levam a violação dos direitos humanos de mulheres em cárcere? E as possíveis consequência que estas violações desenvolvem nestas mulheres e em seus filhos?

Nesse sentido percebe-se a relevância do estudo proposto, pois a questão dos problemas causados pela ação antrópica sobre o meio é assunto de grande abrangência e importância. Promover a sensibilização desse tema dentro das faculdades e trabalhar diretamente com os estudantes discutindo o tema com a comunidade será uma forma de estimular a preocupação com o meio social ao passo que os estudantes são estimulados a interagir com os aspectos sociais das comunidades, adaptando o conhecimento conceitual construído ao longo da formação à sua realidade.

As representações das mulheres gestantes em cançera, encontram-se articuladas ao medo da separação de seu filho, este medo é algo constante, pois muitas não têm família fora da prisão, sendo relevante relatar que possivelmente seus filhos irão para lares adotivos. Mesmo considerando que o ambiente prisional é inapto para estes recém-nascidos, e para sua permanência, a presença da do filho promove alívio de dor e conforto em meio a um conjunto de privações que as mães vivenciam constantemente. Diante destas questões é marcante quando a mulher gestante, tem que enfrentar as dificuldades sozinha, como entrar em trabalho de

parto e serem levadas a maternidade sem a presença de nenhum familiar, ou apoio.

Além destes contextos, a mulher gestante em cárcere sofre preconceito contínuo na sociedade, ao serem levadas para o seu trabalho de parto nos hospitais, ao invés de serem cuidadas, são alvos de preconceito, isso entrando no quesito que elas deveriam receber apoio e assistência de saúde humanizada, sem julgamentos pelos quesitos que foram acontecidos no seu passado.

Conclui-se que as representações indicavam a descoberta de uma nova realidade que se descortina frente ao parto e maternidade, ancoradas na solidão que sentiam por vivenciarem este momento sem a família. A isso, atrela-se o anseio pela chegada do filho, embora isso ocorra no ambiente prisional.

REFERENCIAS

BENEVIDES, M. V. M. Cidadania e democracia. **Lua Nova**, v.1 n.33, pp.5-16, 1994.
BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES E MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2007). **Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial – Reorganização e reformulação do sistema prisional feminino**.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias INFOPEN Atualização** – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

CERNEKA, H. A. Homens que menstruam: considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. **Veredas do Direito**, v. 6, n. 11, p. 61-78, 2009.

GIACOMOLLI, V. G. V. Função garantista do princípio da legalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v.20, n.3, p.1108-1134, 2015.

LEMGRUBER, J. A mulher e o sistema de Justiça criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, v. 36, p. 370-382, 2001.

LIMA, M. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MALHEIRO, E. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

PIMENTEL, E. O lado oculto das prisões femininas: representações dos sentimentos em torno do crime e da pena. **Revista Latitude**, v.7, n.2, p.51- 68, 2013.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAMPIER, D. Regras de Bangkok jogam luz nas mazelas de gênero do sistema penal, diz autora. **Agência CNJ de Notícias**, v.1, n.23, 2016.

A PENSÃO ALIMENTÍCIA E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS

VANESSA MEDINA CAVASSINI

INTRODUÇÃO

A pensão alimentícia pode ser considerada como uma prestação a título de subsistência para suprir as necessidades do alimentado, como por exemplo, gastos com alimentação, vestuário, lazer, saúde e educação.

A pensão terá que ser ponderada de acordo com o binômio necessidade x possibilidade, conforme descrito no §1º do art. 1.694 do Código Civil. Vejamos:

“Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

A aplicação do binômio necessidade x possibilidade deverá ser acompanhada de equidade para que não haja encargo excessivamente oneroso para o alimentante, bem como para que os valores pagos não oportunizam enriquecimento sem causa do alimentado.

Com o divórcio ou separação judicial ou a dissolução da união estável, o casal que possui filhos menores de idade precisa tratar dos direitos e deveres destes. Assim, é preciso decidir quanto à guarda - guarda compartilhada ou unilateral -, a visita, e sobre os alimentos.

No tocante aos alimentos, o art. 1.703 do Código Civil descreve que *“para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.”*

Insta salientar que, mesmo nos casos onde os pais são solteiros haverá a necessidade de tratar sobre os direitos e deveres em relação aos filhos.

Em relação à pensão alimentícia, esta será obrigação do genitor que não possui a guarda unilateral do filho. Caso haja a modificação em relação à guarda, haverá também a alteração da obrigação alimentar.

É necessário se atentar para o fato de que, mesmo após o fim do relacionamento, os pais deverão proporcionar aos filhos a continuidade do padrão de vida observando o binômio necessidade x possibilidade.

No diapasão, o Tribunal de Santa Catarina entendeu que há a necessidade de adequação do quantum alimentar. Vejamos:

“A fixação dos alimentos provisórios deve atender ao binômio necessidade x possibilidade. Comprovado que o Alimentante possui elevado padrão de vida, com sinais exteriores de riqueza, a majoração do quantum alimentar é medida que se impõe, adequando-se o binômio necessidade/possibilidade, devidamente conjugado com a proporcionalidade.” (TJ-SC - AG: 20140018323 SC 2014.001832-3 (Acórdão), Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 12/11/2014, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado).

Nesse caso, a pensão alimentícia deverá atender as necessidades básicas do alimentado e o padrão de vida do alimentante.

OS AVÓS PODEM SER OBRIGADOS A PAGAR PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS NETOS?

A pensão alimentícia é uma obrigação que compete a ambos os pais, sendo certo que tal prestação deverá ser equitativa entre pai e mãe.

A obrigação de cuidar e dar assistência aos filhos menores foi tutelada pela Constituição Federal em seu art. 229. Vejamos:

“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Desse modo, cabe aos pais o cuidado de assistir seus filhos. Todavia, nos casos onde não há possibilidade de os genitores arcar com a obrigação da prestação alimentar, poderão os avós serem responsabilizados de forma subsidiária ou complementar na proporção dos seus recursos.

Assim, depreende respectivamente os arts. 1.696 e 1.698, ambos do Código Civil:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada

ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Insta salientar que, a obrigação de prestar alimentos pelos avós é uma obrigação subsidiária, chamada de obrigação avoenga. Assim, não é possível cobrar diretamente dos avós os alimentos, sem antes pleitear do genitor responsável pelo pagamento, pois este possui, primeiramente, o dever de pagar.

É necessário que haja diversas tentativas em face dos genitores, após, sendo estas frustradas, a obrigação deverá recair em face dos avós maternos e paternos na proporção de seus respectivos rendimentos.

Nesse sentido, vejam-se:

"A obrigação dos avós de prestar alimentos aos netos é subsidiária e complementar, tornando imperiosa a demonstração da inviabilidade de prestar alimentos pelos pais, mediante o esgotamento dos meios processuais necessários à coerção do genitor para o cumprimento da obrigação alimentar, inclusive por meio da decretação da sua prisão civil, prevista no art. 733 do CPC, para só então ser possível o redirecionamento da demanda aos avós." (AgInt no AREsp 740.032/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017)

Consoante esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), criou a súmula 596. Vejamos:

"A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais."

Assim, levando em consideração o entendimento supracitado, a obrigação alimentar atribuída aos avós, deverá ser fixada no sentido de atender as necessidades básicas dos netos.

É importante se atentar para o fato de que, se os genitores forem menores de idade, a obrigação de prestar alimentos será dos pais dos mesmos, ou seja, dos avós da criança.

A OBRIGAÇÃO DE PAGAR PENSÃO ALIMENTÍCIA FINDA COM A MAIORIDADE DO ALIMENTADO?

Muitas pessoas imaginam que com a maioria do filho não há mais a obrigação de continuar pagando os alimentos. Todavia, não é exatamente assim que acontece, em determinados casos, mesmo com a maioria os filhos recebem pensão alimentícia.

Quando o adolescente atinge a maioria a obrigação de pagar os alimentos não se extingue de forma automática. É necessário que o alimentante ajuíze uma ação de exoneração de pensão, conforme art. 1.699 do Código Civil.

Art. 1.699. "Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo."

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), decidiu através da Súmula 358 que "o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioria está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos."

Assim, só após o trânsito julgado da sentença que extingui a obrigação de pagar os alimentos, é que o alimentante irá parar de fazer o pagamento da pensão. Isso acontece, pois o juiz irá avaliar se o alimentado ainda necessita ser assistido pelos seus genitores.

Por exemplo, quando o adolescente atinge a maioria, mas ingressa na faculdade, caberá aos pais a obrigação de continuar assistindo o filho até a conclusão da graduação, entre os seus 18 e 24 anos, observando o binômio necessidade x possibilidade.

Nesse mesmo sentido, caso os avós sejam os responsáveis pelo pagamento da pensão alimentícia dos netos, também caberá a eles o ajuizamento da ação de exoneração da pensão, a fim de extinguir a obrigação avoenga.

HÁ A POSSIBILIDADE DA PRISÃO CIVIL NA OBRIGAÇÃO AVOENGA?

O Brasil através da convenção americana de direitos humanos (1969), celebrou o Pacto de San José da Costa Rica, onde se buscou trazer à baila garantias essenciais e pertinentes à dignidade da pessoa humana.

O art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica trata do direito à liberdade pessoal, onde buscou afirmar que "ninguém deve ser detido por dívidas; este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

Nesse sentido, o art. 5, LXVII da Constituição Federal também tutela sobre o direito à liberdade individual, *“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”*

Ocorre que, em relação a prisão do depositário infiel, considerando o tratado internacional de San José da Costa Rica, o *Supremo Tribunal Federal através da Súmula Vinculante 25 entendeu que “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”*

Todavia, a prisão por dívidas alimentares é excepcional, devendo, primeiramente, ser exaurida todos os meios de execução, como penhora em conta bancária, protesto judicial, ou, até mesmo em caso de vínculo empregatício, podem pedir para que o pagamento da pensão seja por meio de desconto em folha de pagamento.

Uma corriqueira dúvida sobre a prisão civil é se aplicaria nos casos em que houvesse o inadimplemento da obrigação avoenga.

Ainda não existe entendimento consolidado sobre a possibilidade da prisão civil decorrente do inadimplemento da obrigação avoenga. Conquanto, há doutrinadores que a defendem, inclusive, no estado do Rio Grande houve decisões judiciais nesse sentido.

Não obstante, a terceira turma do Superior Tribunal Federal (STJ) concedeu o Habeas Corpus (HC 416.886-SP) em caráter liminar sobre a possibilidade de se manter a ordem de prisão civil decorrente de débito alimentar em favor dos avós.

Assim, *“havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, a fim de afastar o decreto prisional em desfavor dos executados.”* (informativo n.617.)

Concluímos que, em que pese haver decisões de alguns tribunais estaduais no sentido de recair a prisão civil aos avós, os tribunais superiores estão entendendo no sentido de que tal decisão viola princípios constitucionais, pois a obrigação avoenga possui características de complementaridade e subsidiariedade.

Ainda, nesse liame, a relatora Ministra Nancy Andrieghi entendeu que:

“O fato de os avós terem assumido uma obrigação de natureza complementar de forma espontânea não significa dizer que, em caso de inadimplemento, a execução deverá obrigatoriamente

seguir o rito estabelecido para o cumprimento das obrigações alimentares devidas pelos genitores, que são, em última análise, os responsáveis originários pela prestação dos alimentos necessários aos menores.”

CONCLUSÃO

O estudo abordado objetiva buscar a forma mais justa e adequada para a prestação de alimentos por parte dos avós quando os pais não puderem prestar os alimentos ao alimentando. Observa-se que o artigo 227, da Constituição Federal de 1988, e o artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n.º 8.069/1990, preveem os princípios da prioridade absoluta da criança em que o Estado deve garantir o direito à alimentação e a vida ao menor incapaz. A família tem a responsabilidade de assegurar a prestação dos alimentos utilizando o princípio da solidariedade familiar.

Sabe-se que a obrigação alimentar é de fundamental importância para o alimentando, pois garante o sustento da criança de viver com dignidade. O Código Civil de 2002 prevê que os devedores principais dos alimentos são os pais e na falta destes estendesse a obrigação aos parentes mais próximos, no caso os ascendentes, que entram na obrigação alimentar na falta dos genitores.

Os alimentos avoengos são subsidiários e complementares, pois são pagos pelos avós em razão do vínculo de parentesco, os avós podem prestar alimentos aos netos quando os devedores principais não tiverem recursos suficientes para cumprirem com a obrigação alimentar ao alimentando. A lei prevê o vínculo de parentesco a uma obrigação recíproca entre pais e filhos, com isso os avós paternos e maternos podem ser chamados pelo magistrado para contribuir com as necessidades da criança, diante da obrigação solidaria entre os parentes de mesmo grau.

Observa-se que existe o binômio da necessidade x possibilidade entre os devedores de alimentos e o credor, ou seja, a necessidade é daquele que pleiteia os alimentos para manutenção de sua sobrevivência no caso o alimentando e a possibilidade se verifica as posses do alimentante que vai contribuir de acordo com que pode pagar.

O posicionamento que vem se estendendo pelos Tribunais é que só pode cobrar a obrigação alimentar aos avós após ser provado que os pais estão impossibilitados de forma absoluta de cumprir com a obrigação alimentar, ou seja, os mesmos não possuem condições de prestar alimentos aos filhos.

Verifica-se, portanto, um grande problema quando existe situações de conflitos de direitos individuais entre os direitos da criança e dos avós idosos, pois ambos os direitos estão garantidos na Constituição Federal de 1988, porém, sabe-se que os direitos da criança prevalecem sobre os direitos dos idosos porque, conforme está previsto no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n.º 8.069/1990, a criança e ao adolescente possuem proteção integral com absoluta prioridade, pois existe uma solidariedade entre a família, o Estado e a sociedade com a finalidade de garantir tais direitos inerentes as crianças e adolescentes, conforme assegurado na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, já os avós idosos são assegurados apenas em legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

BRASIL. Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968. Lei dos Alimentos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei Federal n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: *processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES E SUA APLICAÇÃO NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

OMAR ALI AYOUB: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Especializando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Membro da Associação de Advogados de São Paulo (AASP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Grupo de Pesquisa Impunidade Criminal (CNPq). Advogado regularmente inscrito na Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP).

Resumo: este trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos controversos em relação à infiltração virtual de agentes nos casos de infrações penais praticadas por organizações criminosas. Para tanto, destacou-se, preliminarmente, a relação do homem com a sociedade atual, sob a perspectiva daquele como animal social. Demonstrou-se a importância do estudo do passado para a compreensão do presente e o delineamento do futuro, no campo das ciências humanas, e particularmente, do Direito. Posteriormente, analisou-se o regramento específico atinente à infiltração de agentes, aplicando-se as conclusões obtidas na modalidade virtual. Todos estes caminhos resultaram numa verdadeira carta de guia, suficientemente segura, para a utilização do instituto digital no campo da criminalidade organizada. O método utilizado na pesquisa foi o lógico-dedutivo, com base em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Criminalidade Organizada; Organização Criminosa; Infiltração de Agentes; Infiltração Virtual de Agentes.

Sumário: 1. Introdução; 2. Críticas Pontuais à Lei 12.850 de 2013; 2.1. Aspectos Constitucionais; 2.2 Contexto Histórico; 2.2.1. Idade Antiga; 2.2.2. Idade Média; 2.2.3 Idade Moderna; 2.2.4. Idade Contemporânea; 2.3. Conceito Legal; 2.4. Espécies; 2.5. Infiltração de Agentes; 2.5.1. Legitimidade; 2.5.2. Momento; 2.5.3. Requisitos; 2.5.4. Duração; 2.5.5. Sigilo; 3. Apontamos à lei 13.441 de 2017; 3.1. Aspectos Constitucionais; 3.2 Infiltração Virtual de Agentes; 3.2.1. Rol; 3.2.2. Legitimidade; 3.2.3. Momento; 3.2.4. Requisitos; 3.2.5 Duração; 3.2.6 Sigilo; 4. Questão Polêmica; 4.1 Carta de Guia; 4.1.1. Interpretação Gramatical; 4.1.2. Livre Convencimento Motivado; 4.1.3. Igualdade; 4.1.4. Proporcionalidade; 4.1.5. Ineficiência Estatal; 4.2. Prática Forense; 4.2.1. Homicídio; 4.2.2. Crimes contra o Sistema Financeiro; 4.2.3. Crimes contra a

Ordem Tributária; 4.2.4. Crimes contra o Mercado de Capitais; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Embora o termo mito tenha diversos significados, sabe-se que os homens não tentam definir as palavras, mas as coisas. Conforme explica Brandão (2009, p. 37):

É necessário deixar bem claro, nesta tentativa de conceituar o mito, que o mesmo não tem aqui a conotação usual de fábula, lenda, invenção, ficção, mas a acepção que lhe atribuíam e ainda atribuem as sociedades arcaicas, as impropriamente denominadas culturas primitivas, onde mito é o relato de um acontecimento ocorrido no tempo primordial, mediante a intervenção de entes sobrenaturais.

É o relato de uma história verdadeira, ocorrida nos tempos dos princípios, illo tempore, quando, com a interferência de entes sobrenaturais, uma realidade passou a existir, seja uma realidade total, o cosmo, ou tão somente um fragmento, um monte, uma pedra, uma ilha, uma espécie animal ou vegetal, um comportamento humano. Mito é, pois, a narrativa de uma criação: conta-nos de que modo algo, que não era, começou a ser.

Utilizamos a mitologia como ponto de partida para a compreensão da criminalidade organizada. Somente esta tem os instrumentos necessários para destrinchar as indagações científicas sobre o tema, levando-se em consideração, centralmente, o homem como ser eminentemente social³⁷, tendente a qualquer forma de agrupamento, precária ou não, com objetivo racional de preservação da própria espécie.

Em que pese a criminalidade organizada na sociedade moderna apresentar nova roupagem, pode se dizer que a associação do mito, porquanto dotada de precária, mas existente estrutura hierárquica, com um autêntico líder, constituída

³⁷ Tema debatido com genialidade por Thomas Hobbes, na obra intitulada "Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil", publicada em 1651. Logo em seguida, estas ideias foram endossadas por John Locke, na obra intitulada "Two Treatises of Government", publicada em 1681. Vale destacar também a influência sobre Jean-Jacques Rousseau, na obra intitulada "Le Contrat Social", publicada em 1762.

com o objetivo de praticar as maiores atrocidades, não difere das figuras legais de organizações criminosas existentes nos dias de hoje.

A dita roupagem, condizente com os costumes da época, não teve o condão de alterar a natureza dos grupos em questão. Isso porque, os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos permaneceram estancados ao longo dos séculos, com pequenas variações pontuais, que nada influenciaram na essência do fenômeno.

É o que se pretende demonstrar nas próximas linhas.

2. CRÍTICAS PONTUAIS À LEI 12.850 DE 2013

O diploma define organização criminosa e dispõe sobre a investigação policial, os meios de obtenção de prova, as infrações correlatas e o respectivo procedimento judicial, sem prejuízo da alteração e da revogação de alguns dispositivos legais.

2.1. Aspectos constitucionais

O texto constitucional elenca no art. 1, III a dignidade humana³⁸ como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Embora num primeiro momento se possa pensar tratar de cláusula programática, sem força normativa, a partir de uma análise minuciosa de suas consequências, todavia, tal entendimento se torna carente de fundamentação jurídico-dogmática.

Cuida-se de verdadeiro vetor interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro, a ser observado não só pelos operadores do direito, mas também pelos administradores públicos e parlamentares, com a função de irradiar seus efeitos por todas as esferas de poderes constituídos³⁹ dispostas no art. 2. Não custa lembrar que estes são independentes, mas harmônicos entre si, embora a realidade, muitas vezes, nos demonstre o contrário.

Como bem demarcou Benda (1996, p. 117), quando da análise do instituto, embora referente à carta alemã, relacionando-se ao tema da religião cristã:

³⁸ Vide as seguintes cartas: Alemanha (art. 1, I), Itália (art. 3), Portugal (art. 1), Chile (art. 1), Bolívia (art. 6, II), Grécia (art. 2, I), Espanha (art. 10.1), Paraguai (preâmbulo), Cuba (preâmbulo), Irlanda (preâmbulo), Guatemala (art. 4), Croácia (art. 25), Bélgica (art. 23) e Romênia (art. 1).

³⁹ Vide as seguintes cartas: França (art. 5), Canadá (art. 9), Colômbia (art. 113), Venezuela (art. 136), Grécia (art. 26), Portugal (art. 110, 1), Espanha (art. 56) e Paraguai (art. 3). Estes regramentos foram influenciados, em grande parte, mas não com exclusividade, pelas ideias de Charles-Louis de Secondat, na obra intitulada "De L'esprit Des Lois", publicada em 1748.

Históricamente, la garantía de la dignidad humana se encuentra estrechamente ligada al cristianismo. Su fundamento radica em el hecho de que el hombre há sido creado a imagen y semejanza de Dios. La antigua imagen del aquél, como ser racional y dotado de libre albedrío, ha contribuido de forma esencial a adoptar una idea de su libertad asociada al cristianismo antiguo, por más que la antigüedad no llegara a conocer los derechos fundamentales en su actual versión.⁴⁰

Não é à toa que o próprio legislador, diante de tal panorama, optou por estabelecer um rol de direitos e garantias fundamentais⁴¹ no bojo do art. 5. Tais direitos e deveres, individuais, coletivos, sociais e políticos são desdobramentos da própria essência humana, tomado o homem como verdadeiro sujeito de direito, a ter os seus atributos respeitados, contra as ações ou omissões do poder público, e num segundo plano, também dos particulares⁴².

Destaca-se, por mero desencargo de consciência, visto se tratar de tema demasiado debatido na doutrina, o devido processo legal⁴³, o juiz natural⁴⁴, o

40 Tradução livre: Historicamente, a garantia da dignidade humana se encontra estreitamente ligada ao cristianismo. Seu fundamento se radica no feito de que o homem foi criado a imagem e semelhança de Deus. A antiga imagem daquele, como ser racional e dotado de livre arbítrio, contribuiu de forma essencial para a adoção de uma ideia de sua liberdade associada ao cristianismo antigo, por mais que a antigüidade não chegara a conhecer os direitos fundamentais em sua atual versão.

41 Vide as seguintes cartas: Bulgária (art. 57), Finlândia (art. 5), Polônia (art. 67), França (art. 1), Romênia (art. 17), Turquia (art. 12), Grécia (art. 4) e Hungria (art. 54).

42 O tema da horizontalidade dos direitos fundamentais é controvertido, mas prevalece na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de aplicação direta de tais liberdades aos particulares.

43 Vide as seguintes jurisprudências: HC 96.774, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 17.04.2009; HC 96.905, rel. Min. Celso de Mello, 2 Turma, DJ 11.09.2009; HC 96.328, rel. Min. Cezar Peluzo, 2 Turma, DJ 09.04.2010.

44 Vide as seguintes jurisprudências: HC 88. 558, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1 Turma, DJ 23.03.2007; HC 91.253, rel. Min Ricardo Lewandowski, 1 Turma, DJ 14.11.2007.

contraditório⁴⁵, a ampla defesa⁴⁶, a presunção de inocência⁴⁷, a vedação de utilização de provas ilícitas⁴⁸ e a duração razoável do processo⁴⁹.

O art. 5, §3 dispõe que este rol exemplificativo não exclui outros decorrentes do próprio texto constitucional e de tratados internacionais de direitos humanos de que o país seja signatário.

O próprio art. 31 do Decreto 5.015 de 2004 alerta que os Estados-partes devem promover e estabelecer as melhores práticas e políticas para prevenir a criminalidade organizada transnacional.

Como bem lembra Piovesan (2017, p. 238):

No cenário mundial marcado por recentes e importantes atentados praticados por grupos terroristas com massivas perdas humanas, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor de segurança máxima. Eis aí o universo das preocupações no âmbito dos direitos humanos, contextualizando-o no espaço contemporâneo. Vive-se hoje um tempo de constantes conflitos; esta multipolaridade desconexa que marca o cenário global contemporâneo põe à prova a cultura dos direitos humanos.

Ainda, tem-se no art. 22, I a competência legislativa privativa da União⁵⁰ para dispor sobre direito material e processual penal.

Houve momento obscuro da história constitucional no qual cada assembleia legislativa era responsável pela elaboração de seu estatuto adjetivo. A

45 Vide as seguintes jurisprudências: RE 201.819, rel. Min. Ellen Gracie, 2 Turma, DJ 27.10.2006; RE 718.807, rel. Min. Cármen Lúcia, 2 Turma, DJ 11.03.2013.

46 Vide as seguintes jurisprudências: HC 111.535, rel. Min. Luís Roberto Barroso, 1 Turma, DJ 30.10.2014; HC 99. 768, rel. Min. Teori Zavascki, 2 Turma, DJ 14.10.2014.

47 Vide as seguintes jurisprudências: RHC 111.327, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 24.04.2013; HC 114.092, rel. Min. Teori Zavascki, 2 Turma, DJ 12.03.2013.

48 Vide as seguintes jurisprudências: HC 82.862, rel. Min. Cezar Peluso, 2 Turma, DJ 13.06.2008; RE 402.035-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, 1 Turma, DJ 06.02.2004.

49 Vide as seguintes jurisprudências: HC 91.041, rel. Min. Cármen Lúcia, 1 Turma, DJ 05.06.2007; HC 91.408, rel. Min. Eros Grau, 2 Turma, DJ 14.08.2007.

50 A organização político-administrativa brasileira apresenta uma peculiaridade que a difere dos demais países que adotam a forma de estado federativo. Isso porque, atribui-se aos municípios competências materiais e legislativas privativas.

desorganização era tanta que houve por bem fixar tal competência em âmbito exclusivamente federal, desarticulando, assim, o excesso de regras que em nada contribuíam para o aperfeiçoamento da justiça.

De qualquer forma, o núcleo central de combate à criminalidade encontra-se na estrutura da segurança pública minuciosamente regradada no art. 14451. Nota-se que esta é dever dos órgãos públicos e responsabilidade de todos, ou seja, também dos particulares.

Todavia, acredito que não seja viável transferir, nem que seja parcialmente, tal função exclusivamente estatal, à simples pessoas do povo, sem qualquer condição ou preparo para tanto.

Trata-se de norma meramente didática cujo objetivo é estabelecer uma ponte de comunicação entre o setor público e o setor privado, no sentido de potencialização e de divulgação da defesa social.

Todas as polícias devem, necessariamente, embora isso não aconteça na prática, cooperar entre si no combate à criminalidade. Entende-se por cooperação a troca de informações relevantes entre as diversas categorias legais, a utilização de centros de comunicação e a realização de diligências em conjunto.

Acrescenta-se, ainda, o relevante papel do parquet no controle externo do inquérito policial.

Vale ressaltar que de nada adianta a boa vontade dos agentes policiais, do órgão ministerial e dos juízes, estes últimos até certo ponto, diante da tão exigida e necessária imparcialidade, se os políticos, verdadeiros detentores do poder, não dispensam maior atenção ao problema.

2.2. Contexto histórico

Debate-se na doutrina a origem da criminalidade organizada, alegando alguns se tratar de fenômeno novo, e outros, dentre os quais me incluo, alegando se tratar de fenômeno antigo.

O estudioso deve ter em mente que ambos os lados têm sua razão. Tratando-se de contexto histórico milenar resulta tarefa sobre-humana saber com precisão os verdadeiros episódios que ensejaram a cristalização do fenômeno.

51 Vide as seguintes cartas: Portugal (art. 172), Bolívia (art. 215), Espanha (art. 148), Itália (art. 170), Paraguai (art. 172), Uruguai (art. 173) e Venezuela (art. 332).

Elejo como largada a perspectiva histórica eurocêntrica que divide a história geral em quatro longos períodos: a idade antiga, a idade média, a idade moderna e a idade contemporânea.

Todavia, estes não são blocos imutáveis que se prendem a conceitos tidos como universais. Pelo contrário, a escolha de qualquer metodologia, por mais fiel que seja à realidade, traz consigo indiscutível carga ideológica, refletindo a preferência de alguns acontecimentos em detrimento de outros.

Ante o exposto, valho-me da lição de Calmon (1959, p. 16) sobre a suposta verdade histórica:

A problemática da história situa-se na área demarcada pelo peregrino das admiráveis viagens e pelo frio analista do destino pátrio.

Os seus termos, as suas tendências, as suas insuficiências continuam a ser as que os mestres do diálogo acadêmico discutiram no tempo de Péricles: de um lado, a concepção entusiástica de uma humanidade, que convive com o mito e o absurdo, no seu mundo ilógico; do outro lado, a restauração das idades extintas pela honesta pesquisa dos seus vestígios – cujos propósitos pedagógicos carregam a responsabilidade cívica da lição e da homenagem, da advertência e da justiça.

Porque – acrescente-se – a difícil tarefa dessa reconstituição representa uma tríplice necessidade: explicar, pelos fatos averiguados, a contextura moral das coletividades; por meio deles, ensinar às gerações, ávidas desse pretérito dramático; e, assegurar – pelo fio visível da continuidade – a permanência das culturas, que querem e podem sobreviver.

Pergunta-se, isto sim, em que razoáveis condições se realizará o reencontro; e que espécie de verdade forma e informa a história – tomada como um insubstituível processo de reconstruir idealmente o que o tempo destroçou e varreu.

Resta-se explícito que a criticidade é um dos pontos edificantes que deve acompanhar, forçosamente, a análise do conjunto fático que se busca nas terras do passado, evitando-se, assim, a ambiguidade de supostas alegações que jamais existiram.

2.2.1. Idade Antiga

Em meio a forte atividade comercial das civilizações arcaicas, que se utilizavam das rotas oceânicas como fonte principal de obtenção e geração de riquezas, surgiram grupos de mercenários alcunhados de Povos do Mar. Liderados por graciosos líderes, atacavam as embarcações mercantes, destruindo-as, saqueando-as e lavando consigo todos os bens passíveis de troca ou venda no mercado negro (Drews, 1995, pp. 38-61).

As quantias adquiridas com as empreitadas não somente eram distribuídas entre todos os integrantes, mas também investidas na própria manutenção da atividade criminosa. Isso permitiu que tribos, vilas, cidades, reinos e até mesmo impérios fossem levados à extrema miséria (Killebrew, 2013, p 329-330).

Destaca-se, em Roma, a atuação do líder Públio Clódio Pulcro que organizou um grande grupo de rufiões para aterrorizar seus oponentes políticos através de espancamentos, ameaças, humilhações e torturas (Tatum, 1999, p. 239-240).

Ainda, o líder Marco Licínio Crasso que instituiu a primeira brigada de incêndio, cujo o objetivo, um tanto quanto contraditório, não era o de proteger a população do fogo, mas extorquir os moradores que se encontravam com a casa em chamas, para obrigar-lhes a vender o terreno, condição esta para por termo, pela brigada, ao incêndio (Plutarco, 2007, p.217-2018)

2.2.2. Idade Média

A desastrosa fragmentação política da época possibilitou o desenvolvimento de novos modelos de atuação criminosa.

Se a ocasião faz o ladrão, conforme muito se tem dito por aí, pelas vozes do povo, que muito nos ensina, tem-se aqui nítida inversão da lição. Isso porque, o ladrão fez a ocasião, valendo-se das circunstâncias para aprimorar as práticas até então utilizadas.

Excêntricos grupos de mercenários armados se escondiam nas estradas de terra, atrás de montanhas e rochedos, e atacavam as carroças que ali passavam, desprotegidas, com enormes quantias de mercadorias em mãos. Até mesmo aqueles que se utilizavam de escolta armada não conseguiam escapar da ação dos gatunos (Zmora, 2003, p.3).

Destaca-se, na Inglaterra, a atuação dos notórios líderes James Cotrel e Eustace Folville, responsáveis por sequestrar, esquarterar e matar centenas de pessoas (Bellamy, 1964).

Estes criminosos nem sempre eram plebeus discriminados, mas verdadeiros barões ladrões, que se utilizavam de seus próprios soldados para acumular grande quantidade de riquezas.

A história tem seus mistérios.

O homem é um deles.

2.2.3. Idade Moderna

A ineficiente política de combate às violentas condutas retratadas até então desencadeou enorme aumento das práticas de pirataria.

Diversas ilhas não só foram saqueadas e destruídas como dominadas e fortificadas, erguendo-se, logo após, verdadeiras cidades piratas, centros de proteção, estruturação e ordenação de criminosos. Por muito tempo estas se tornaram palco de batalhas sangrentas entre grupos rivais que lutavam pelas melhores localizações (Lucie-Smith, 1978, p.33).

Os mercenários tinham tanto poder que as grandes potências mundiais, como a França e a Espanha, pagavam altas fortunas para que estes lutassem ao lado de seus soldados nas grandes guerras⁵².

Destaca-se, na Inglaterra, a atuação dos excêntricos líderes Edward Teach, Bartholomew Roberts, Anne Bonny e Mary Head. Tantos foram os ataques que estes se tornaram famosos personagens da literatura ocidental (Woodbury, 1951, p. 8)

2.2.4. Idade Contemporânea

Se por um lado o período em questão apresenta a vantagem de diversidade de fontes históricas, ainda não destruídas, total ou parcialmente, pelo tempo, ou mais bem conservadas, em face dos avanços tecnológicos, por outro muito são os fenômenos que podem ser aqui examinados.

Destaco o intrincado problema das facções brasileiras⁵³.

⁵² Quem muito criticou esta conduta foi Nicolau Maquiavel, na obra intitulada "Il Principe", publicada em 1542.

⁵³ Registra-se, lamentavelmente, o Primeiro Comando da Capital (PCC), a Família do Norte (FDN), o Comando Vermelho (CV), os Amigos dos Amigos (ADA), os Inimigos dos Inimigos (IDI), a Gangue da Ponte (GDA) e os Anjos da Morte (ADM).

A política de encarceramento em massa, a falta de investimento em educação e a alta taxa de desemprego, sem prejuízo de inúmeros outros fatores atinentes ao campo da criminologia, resultaram no aumento exacerbado de facções criminosas.

A pretexto de protegerem os mais pobres, estas passaram a ter controle total sobre as favelas e as prisões de todo o território, em pouco menos de duas décadas.

Diante do quadro alarmante, os políticos traçaram diretrizes a serem observadas pelos órgãos de persecução penal. Todavia, os ilustres parlamentares se esqueceram de uma lição básica⁵⁴: a violência não se combate com a violência, mas com políticas públicas voltadas para os grupos mais vulneráveis da comunidade.

O resultado é a situação de calamidade que vive o povo nos dias de hoje. Pergunta-se quando é que haverá um verdadeiro colapso do aparato estatal, embora não haja uma resposta certa para isso.

Destaca-se a atuação dos famosos líderes Marcos Willians Herbas Camacho, Luiz Fernando da Costa e Paulo César Silva dos Santos. Vale lembrar que nos maiores meios de comunicação estes ficaram conhecidos como Marcola, Beira-Mar e Linho.

2.3. Conceito legal

O art. 1, §1 considera organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Malgrado a definição, tem-se no art. 1, §2 nítida cláusula de equiparação. Diz-se que este diploma legal também se aplica às infrações previstas em tratados ou convenções internacionais quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, bem como às organizações terroristas.

Sobre a polêmica em relação às organizações terroristas: vide tópico 2.4.

⁵⁴ Lição que pode ser extraída de La Fontaine, na obra intitulada "Fables", publicada em 1668. Embora este tenha se inspirado nas ideias de Esopo, trasladou-as da oralidade ao papel, imortalizando-as. Destaca-se a fábula "Conseil Tenu Par Les Rats" que nos dá a seguinte moral: conselheiros existem vários, mas voluntários não. Parece-me a situação das diretrizes de política criminal no país.

Destrinchando o objeto de estudo temos os seguintes elementos: a) associação de pessoas; b) estrutura ordenada; c) divisão de tarefas; d) vantagem de qualquer natureza; e) prática de infrações.

Verifica-se, num simples passar de olhos, que o tema é de grande complexidade e exige do estudioso extrema cautela. Qualquer deslize pode dismantelar por completo o instituto, não se aplicando, sequer, o regime jurídico em questão⁵⁵.

A palavra “associação”, etimologicamente, corresponde a um substantivo feminino que designa a reunião de pessoas para um interesse ou fim comum. No caso, exige-se, por motivos de política criminal, exclusivamente, o mínimo de quatro pessoas naturais, embora se possa discutir, no plano estritamente jurídico-dogmático, sobre a possibilidade de pessoas jurídicas também se enquadrarem na acepção⁵⁶.

Lamentavelmente, o ordenamento jurídico se tornou uma colcha de retalhos. O tipo de associação criminosa exige o mínimo de três pessoas e o de associação ao tráfico de drogas exige o mínimo de duas pessoas. Se as diferenças ontológicas são praticamente inexistentes não há razão de ser para tal desinteligência.

Não obstante, tem-se as regras como existentes, válidas e eficazes, e portanto, completamente aplicáveis aos casos concretos.

Entende-se por estrutura ordenada⁵⁷ a necessidade de escalonamento, precário ou não, uniforme ou não, que delimita o âmbito de atuação de cada integrante. Pensa-se numa pirâmide cuja base pertença aos soldados e o topo aos generais, tenentes e demais patentes superiores.

A divisão de tarefas é consequência natural da estrutura ordenada. As organizações criminosas desenvolvem atividades que demandam grandes

⁵⁵ É o caso de infrações com cominação à pena privativa de liberdade ou de prisão simples inferior a quatro anos e de concurso eventual de pessoas.

⁵⁶ Vide o artigo científico realizado por mim em coautoria com Leonardo Tozarini Mello, sob a orientação de Dr. Everton Luiz Zanella, intitulado “Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas”, publicado em 2018. Trata-se de tema cuja importância tem suas raízes no direito penal econômico. Nota-se que é justamente a partir daqui que surge a necessidade de construção de uma verdadeira teoria geral do crime para as pessoas jurídicas.

⁵⁷ Compara-se, didaticamente, com as peças do jogo de xadrez: o peão, o cavalo, o bispo, a torre, o rei e a rainha. Destarte, cada qual com o seu devido valor.

investimentos em pessoas e coisas, não tendo sentido, portanto, pensar numa suposta comunhão de tarefas.

É justamente este atributo que permite a esta espécie de criminalidade causar tantos prejuízos a sociedade. A interação entre os diversos membros produz resultados sistemáticos, em larga escala, que sequer são contabilizados pelos órgãos oficiais, quando ocorridos.

A menção a vantagem de qualquer natureza é de grande valia. Evitou-se a discussão existente em diversos tipos⁵⁸. Destarte, pouco importa se o objetivo da suposta organização criminosa é o de obter proveito econômico, moral, sexual, político ou social, desde que seja ilícito, logicamente.

Vale ressaltar a expressa necessidade de pluralidade de infrações. De nada adiante preencher os demais elementos se não há, pelo menos, duas ou mais condutas criminosas.

E mais: estas devem, certamente, ter cominação legal à pena privativa de liberdade ou prisão simples superior a quatro anos. Todavia, nem mesmo o legislador sabe o critério utilizado para estipular as penas em abstrato. Viola-se, constantemente, o bom senso, com o aumento ou com a diminuição exagerada das penas, esquecendo-se que estas são pressupostos de muitos dos institutos despenalizadores.

Não menos importante, registra-se, também, que a expressão infração compreende os crimes e as contravenções, embora não exista, atualmente, qualquer contravenção com cominação legal à prisão simples superior a quatro anos.

2.4. Espécies

Não há classificação verdadeira ou falsa, mas útil ou inútil diante daquilo que seja posto como objeto de estudo de determinada indagação científica.

Para fins exclusivamente didáticos, utilizo a excelente proposta de Zanella (2016, p. 31/32), que divide o gênero organizações criminosas em quatro espécies: as organizações mafiosas, as organizações em rede, as organizações empresariais e as organizações institucionais.

Nota-se que as organizações terroristas, a despeito de se enquadrem no mesmo regime jurídico, não são consideradas como tal. Trata-se de mera opção

⁵⁸ É o caso da corrupção passiva, por exemplo.

metodológica do autor que entende existir, nas últimas, mero enfoque ideológico, político ou religioso, mas não econômico, característica principal das demais.

Embora o legislador não tenha dispensado tratamento específico a cada uma delas, a sistematização é de grande valia e deve ser aplaudida. Isso porque, o combate à criminalidade organizada exige dos órgãos de persecução penal medidas específicas com base no tipo de agrupamento que se queira enfrentar.

A utilização de técnicas eficientes contra organizações empresariais, por exemplo, pode ser completamente ineficiente contra organizações institucionais ou contra organizações mafiosas.

É a partir dessa percepção que se dá a especialização⁵⁹ dos órgão de persecução penal, a despeito das enormes críticas, influenciadas ainda mais pela intensa crise de recursos financeiros que assola grande parte das unidades da federação.

2.5. Infiltração de agentes

2.5.1. Legitimidade

Denota-se pelo art. 10 que a infiltração de agentes dar-se-á mediante representação do delegado de polícia ou requerimento do órgão ministerial, após manifestação técnica daquele quando solicitada por este.

Ainda, o art. 10, §1 completa que o juiz, antes de decidir, deve proceder, obrigatoriamente, à oitiva do parquet, sob pena de nulidade.

As palavras "requerimento" e "representação", utilizadas no dispositivo, não se confundem. Sabe-se que o órgão ministerial integra a relação jurídico-processual e, assim, deve requerer. Por outro lado, o delegado de polícia, por não ser parte, mas mero coadjuvante, responsável pelo correto andamento do inquérito policial, deve representar.

Vale ressaltar, também, que a medida não pode ser declarada de ofício pelo juiz, uma vez se trata de meio de obtenção de prova atinente, exclusivamente, à fase policial.

Sobre a legitimidade da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.2.

⁵⁹ É o caso do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), setor do Ministério Público do Estado de São Paulo

2.5.2. Momento

A própria natureza da medida indica que se trata de meio de obtenção de prova embrulhado na fase de investigação preliminar.

Embora não haja previsão legal para que se entenda o contrário, o regramento estipulado pelo legislador demonstra que não há espaço para a realização no âmbito do processo judicial.

Sobre o momento da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.3.

2.5.3. Requisitos

Por sua vez, o art. 11 dispõe que os pedidos conterão a demonstração de necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes infiltrados e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infração.

A demonstração da medida, embora de extrema obviedade, tem a função de frear eventuais arbitrariedades que possam surgir no andamento do inquérito policial.

O alcance das tarefas dos agentes infiltrados tem reflexo direto na responsabilidade civil, penal e administrativa dos policiais, que responderão, necessariamente, pelos excessos em que incorrerem.

Os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infração são de extrema importância para a individualização da pena, caso haja prosseguimento do feito com a respectiva denúncia.

Sobre os requisitos da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.4.

2.5.4. Duração

O art. 10, §3 é firme ao estabelecer que a medida terá a duração de no máximo 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada a sua necessidade.

Embora não haja limite de renovações, tem-se pela simples leitura da regra que a demonstração de sua necessidade no caso concreto é requisito indispensável, que não pode ser subtraído em nenhuma hipótese.

De qualquer forma, não se pode imaginar, diante da atual complexidade das atividades desenvolvidas pelas organizações criminosas, seja o agente capaz de obter todas as provas de uma única tacada.

Sobre a duração da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.5.

2.5.5. Sigilo

É firme o art. 12 no sentido de que o pedido será sigilosamente distribuído. Tal situação está de acordo com a própria natureza do inquérito policial como procedimento inquisitivo.

Caso contrário, ter-se-ia evidente inutilização das diligências preliminares, que ficariam ao alvedrio de inescrupulosos indiciados, capazes de alterar por completo o quadro fático probatório, com o único e simples objetivo de se beneficiar dos órgãos de persecução penal.

Sobre o sigilo da infiltração virtual de agentes: vide o tópico 3.2.6.

3. APONTAMENTOS À LEI 13.441 de 2017

O diploma altera alguns dispositivos legais para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes.

3.1. Aspectos Constitucionais

O art. 227 estabelece que é dever da família, da sociedade e do poder público assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade⁶⁰, 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.

Ainda, consagrou-se no art. 227, §3 nítida cláusula de proteção especial⁶¹.

Levando-se em conta estas duas premissas, optou o legislador por estatuir no art. 227, §4 interessante mandado de criminalização⁶². Segundo este, a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes.

⁶⁰ Vide as seguintes cartas: Portugal (art. 68), Itália (art. 30), Espanha (art. 39), Argentina (art. 75), Paraguai (art. 54) e França (preâmbulo)

⁶¹ Vide as seguintes cartas: Peru (art. 4), Uruguai (art. 42), Colômbia (art. 42), Venezuela (art. 76), Cuba (art. 66) e Guatemala (art. 20).

⁶² Vide as seguintes jurisprudências: HC 97.539, rel. Min. Ayres Britto, 1 Turma, DJ 07.08.2009; HC 105.917, rel. Min. Ayres Britto, 2 Turma, DJ 13.06.2011; HC 77.278, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1 Turma, DJ 20.08.1998.

Importa notar que não se trata de medida isolada.

Pelo contrário, o art. 34 do Decreto 99.710 de 1990 veda qualquer espécie de violência perpetrada contra menores, fora ou dentro, das relações familiares. Para tanto, os Estados-partes, e no caso o Brasil, devem criar instrumentos capazes de reduzir os incidentes relacionados ao problema em questão.

Como bem lembra Piovesan (2017, p. 395):

A caracterização dos direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos realça a inalienabilidade desses direitos e compromete o Estado, tanto no âmbito interno quanto internacional, a respeitá-los, defendê-los e promovê-los.

Tendo em vista que os mais recentes instrumentos internacionais de direitos humanos frisam a indivisibilidade entre os direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, ao considerarem-se os direitos das crianças e dos adolescentes como direitos humanos, eles devem ser garantidos em seu conjunto, sob uma perspectiva integral. Isso implica que o desrespeito a qualquer direito faz com que todos os direitos humanos, de um modo ou de outro, sejam violados, já que estão interligados e a garantia de um direito pressupõe a garantia dos demais direitos humanos.

Tem-se aqui ponto importante e que não pode ser ignorado.

O mecanismo de controle e fiscalização dos preceitos enunciados na convenção se dá através de um comitê específico, cuja competência se exaure na simples análise de relatórios periódicos enviados pelos Estados-partes. Perdeu-se a oportunidade de introduzir no escopo do texto ferramenta capaz de forçar a execução de medidas, cautelares ou não, em face dos respectivos infratores, com o objetivo de evitar a prática de danos de difícil reparação.

De qualquer forma, evidente está a preocupação do legislador com as crianças e adolescentes, fruto de evidente mudança de pensamento na sociedade, que finalmente entendeu serem os menores o futuro da nação⁶³.

3.2 Infiltração virtual de agentes

⁶³ 5 A proteção à criança e ao adolescente se confunde com a própria história das religiões. Basta simples visita à Bíblia (19.13 - Ευαγγέλιον κατά Μαθθαίου) e ao Alcorão (6:151 - سورة الأنعام) para que se perceba a importância do tema.

3.2.1. Rol

O art. 190-A estabelece que a infiltração virtual de agentes dar-se-á para investigar os crimes ali previstos.

Sobre a diferença entre rol taxativo e exemplificativo: vide o tópico 4.1.1.

3.2.2. Legitimidade

Da simples leitura do art. 190-A, II, chega-se à conclusão de que tal medida dar-se-á mediante requerimento do parquet ou de representação da autoridade policial, exigindo-se no último caso, a oitiva do órgão ministerial, obrigatoriamente, sob pena de nulidade.

Sobre a diferença entre requerimento e representação: vide o tópico 2.5.1.

Questão tormentosa diz respeito à possibilidade de realização da medida de ofício pelo juiz. Em que pese o exposto linhas atrás, quando da análise da legitimidade no âmbito da infiltração de agentes nos crimes praticados por organizações criminosas, entendo ser cabível, nos crimes contra a dignidade sexual praticados em face de crianças e adolescentes.

Resulta tarefa praticamente impossível retirar informações de jovens vítimas de abuso. Se no curso do inquérito policial, o delegado de polícia simplesmente se manter inerte, ou ainda, se no curso do processo judicial, o órgão ministerial adotar conduta omissiva, caberá ao juiz, com supedâneo no livre convencimento motivado, tomar as atitudes cabíveis em busca da verdade dos fatos.

E não se alegue que tal opção resulta numa tentativa de violação da tão prestigiada imparcialidade. Fechando-se os olhos ao problema, sequer o juiz conseguirá atingir a verdade mínima suficiente para instruir o processo judicial e realizar a função de justiça com a qualidade que dela se espera.

3.2.3. Momento

Questão também polêmica diz respeito à possibilidade de realização da medida no processo judicial. Em que pese o exposto linhas atrás, quando da análise do momento no âmbito da infiltração de agentes nos crimes praticados por organizações criminosas, entendo ser cabível, nos crimes contra a dignidade sexual praticados em face de crianças e de adolescentes.

Embora se trate de meio de obtenção de prova intrinsecamente relacionado à fase policial, deve ter em mente o estudioso que as vítimas menores são incapazes, muitas vezes, de diligenciar as medidas necessárias para a elucidação dos fatos.

Constatando o órgão ministerial que novas informações surgiram, justamente por conta de atos praticados em juízo, como o depoimento da vítima, por exemplo, deve requerer ao juiz que se proceda à infiltração virtual de agentes.

Aliás, tal conduta se enquadra na própria natureza do parquet como órgão duplo. Explica Tornaghi (1959, p. 137, v. 3) que:

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei. Deve fazê-la cumprir no tempo, na forma, no lugar por ela própria determinados. Mas esta é apenas uma de suas funções e não é a que ele tem como parte. Enquanto parte, cabe-lhe promover a aplicação da lei penal ao acusado, persegui-lo (no sentido técnico, é claro), carrear para o processo todas as provas de sua culpabilidade, chamar a atenção dos julgadores para todas as circunstâncias que possam onerá-lo, agravando a pena ou qualificando o crime.

Destaca-se a importância que o parquet adquiriu nos dias de hoje, fruto de intensos debates proferidos na assembleia nacional constituinte, que o estratificou como órgão de natureza puramente constitucional.

Nota-se que todos os institutos repressivos analisados devem, conseqüentemente, transcorrer o crivo ministerial, que não somente é parte, mas fiscal e protetor dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

3.2.4. Requisitos

Conforme estabelece o art. 190-A, I, tem-se necessária autorização judicial, após prévia demonstração de necessidade da medida e dos detalhes da operação. O pedido que não contiver a tarefa dos policiais, os nomes ou apelidos dos investigados e os demais dados importantes à questão deve ser rejeitado pela autoridade judicial.

É evidente que muitas vezes os órgãos de persecução penal não têm a real dimensão das condutas praticadas. No âmbito digital, a situação se agrava ainda mais. É justamente por isso que a autorização judicial deve conter a maior quantidade de informações sabidas, sem prejuízo da convalidação dos fatos supervenientes.

Caso seja possível a obtenção de prova por outro método, deve se dar preferência em relação à infiltração virtual de agentes, conforme estabelece a redação do infeliz art. 190-A, §3.

A falta de recursos financeiros dos órgãos de persecução penal impede que grande parte dos crimes praticados sejam solucionados. Não bastasse, muitas das condutas contra a dignidade sexual se consumam às escondidas, sem rastros ou pistas suficientes a embasar eventual condenação judicial.

Valendo-se de meio virtual, supostamente de menor custo, perdeu o legislador oportunidade de estabelecer a sua preferência em detrimento dos demais meios de obtenção de prova.

De qualquer forma, é requisito obrigatório do pedido a demonstração inequívoca de que se trata da única solução cabível naquele momento, mesmo que, em razão da medida, surjam outros meios de obtenção de prova capazes de elucidar a questão.

3.2.5. Duração

O art. 190-A, III estabelece o prazo de 90 dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda 720 dias e que se demonstre a efetiva necessidade da medida.

A regra é clara e não há maiores problemas.

Não cabe a renovação nos casos em que a concreta necessidade não restar comprovada nos autos. Portanto, o juiz deve analisar os pedidos cuidadosamente, sob pena de impor medidas mais gravosas ao acusado do que as realmente necessárias.

Vale anotar que o prazo é completamente adequado ao procedimento. Isso porque, os crimes contra a dignidade sexual praticados virtualmente se encontram, na maioria das vezes, atrás de barreiras sólidas de difícil penetração, exigindo dos órgãos de persecução penal estratégias certas e determinadas, sob pena de total fracasso da operação.

3.2.6. Sigilo

Os tipos que podem ser investigados ou processados mediante a infiltração de agentes na internet dizem respeito a violações de ordem sexual praticadas contra crianças e adolescentes.

Portanto, não há dúvida de que os órgãos de persecução penal, e principalmente, o juiz, conforme disposto no art. 190-B, devem assegurar o necessário sigilo do procedimento.

Destaco trecho de Espinola Filho (1956, p. 494, v. VIII) sobre aspecto pontual do tema na fase de processo judicial:

Todos os atos do processo criminal têm, como traço característico, o aspecto de publicidade, no sentido de que são acessíveis ao público, qualquer pessoa podendo assistir à sua realização, sem outro interesse além da curiosidade.

Entretanto, há uma preocupação de acautelar, sempre, a moralidade e a ordem públicas.

Quando se trata de uma questão de decoro público ou de consideração com o ofendido ou com o próprio réu, visando a prevenir o escândalo, nada impede se realize a portas abertas a sequência do ato processual, partes da audiência ou da sessão, durante as quais não se prevejam a probabilidade de registrar tais inconvenientes.

Nada que já não estivesse consagrado na legislação vigente, sendo, portanto, despicienda a sua repetição.

4. QUESTÃO POLÊMICA

Questão pouco debatida na doutrina diz respeito à possibilidade de aplicação da infiltração de agentes na internet no âmbito das infrações praticadas por organizações criminosas.

Enquanto os juízes e tribunais não estabelecem as diretrizes básicas a serem observadas pelos órgãos de persecução penal, segue nas próximas linhas uma carta de guia aos que desejarem se aventurar na intrincada estrada do tema ora proposto.

4.1. Carta de guia

4.1.1. Interpretação Gramatical

Começo pela mais simples das interpretações, a gramatical, e que muitas vezes, deixada lado pelos intérpretes, resulta num trabalho desnecessário, na busca de outros elementos capazes de solucionar o problema.

Ensina Pereira (1979, p. 114) que:

O processo gramatical exige a posse dos seguintes requisitos:

1- conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções variadas de cada uma delas; leis de composição; gramática;

2- informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilos do autor; orientação do seu espírito, leituras prediletas, abreviaturas adotadas;

3- notícia completa do assunto que se trata, inclusive a história respectiva;

4- certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma de suas partes.

Estudando os termos da oração do art. 190-A se percebe que o legislador não vedou a incidência da infiltração de agentes na internet aos demais tipos do ordenamento jurídico.

Por se tratar de regra exposta ao ramo dos menores, limitou-se a elencar as condutas que mais o preocupavam naquela situação e, mais do que isso, naquele momento, levando-se em conta aquelas circunstâncias.

Nada impede, e que fique claro, desde que preenchidos os demais requisitos legais, seja o instrumento estendido aos crimes e contravenções praticados no âmbito de organizações criminosas.

Argumentar o oposto é violar descaradamente a legalidade, uma vez que não há, na redação do dispositivo, qualquer menção expressa à proibição de ampliação dos casos ali previstos.

Conclui-se, portanto, se tratar de rol meramente exemplificativo.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.2. Livre Convencimento Motivado

É inconcebível pensar num processo judicial no qual os sujeitos estejam adstritos a modalidades de obtenção de prova predeterminadas pelo legislador. Ter-se-ia o tão odiado sistema de tarifa legal, rechaçado por grande parte das legislações modernas, que o substituíram pelo livre convencimento motivado, há mais de um século.

Contudo, alerta Marques (1961, p. 301-302, v. II) que:

Não se deve, porém, confundir o livre convencimento com o mau uso que dele possa fazer algum juiz energúmeno ou atrabiliário, que desconheça os justos limites de suas funções.

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

Em segundo lugar, cumpre advertir que o juiz, ao sentenciar, deve fazer a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Não se ignora que há uma tendência legislativa moderna de limitar determinados meios de obtenção de prova a determinados tipos de crimes. É o caso, por exemplo, da interceptação telefônica e de dados bem como da própria infiltração de agentes e da delação premiada.

Todavia, estes episódios devem ser a exceção, sob pena de se transmudarem em regra, situação incabível no quadro jurídico-dogmático atual, que não suporta situações restritivas arbitrárias e, mais ainda, sem qualquer fundamentação lógica, que as justifiquem.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.3. Igualdade

Muito se escreve sobre os efeitos da igualdade⁶⁴ no âmbito das relações jurídicas. Embora seja um termo abstrato de difícil compreensão, torna-se absolutamente imprescindível o preenchimento de seu conteúdo.

Disserta da Silva (2017, p. 214) que:

O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do

⁶⁴ Discussão indispensável sobre a igualdade presente nos escritos de Immanuel Kant, na obra intitulada "Kritik der reinen Vernunft", publicada em 1781.

universo. Assim, os seres humanos, nascem e perduram desiguais. Nesse caso, a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação do mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No polo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta.

Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir.

Destarte, deve o legislador dispensar tratamento jurídico semelhante às condutas lesivas de bens jurídicos igualmente importantes.

Se a criminalidade organizada é tão prejudicial quanto os demais tipos expressamente elencados para utilização da infiltração virtual de agentes, carece de sentido objetivo a recusa de sua aplicação.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.4. Proporcionalidade

Sobre o preenchimento de conceitos indeterminados: vide o tópico 4.2.3.

Valho-me da impecável definição exposta na decisão proferida em 16 de março de 1971 pelo Bundesverfassungsgericht no leading case Erdölbevorratung:

Das Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.⁶⁵

⁶⁵ Tradução livre: o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado

Os meios empregados pelo legislador devem ser adequados e necessários para alcançar os objetivos propostos. Entende-se “adequado” o meio que permite o resultado de maneira satisfatória. Tem-se “necessário” o meio que não pode ser alcançado de outro modo.

Ora, tem-se evidente que a infiltração de agentes na internet é meio de obtenção de prova adequado porque permite que os órgãos de persecução penal, em paridade de armas, possam combater a criminalidade organizada.

Também é necessário porque muitas condutas somente se manifestam virtualmente, tornando-se alheias aos instrumentos legais até então postos à disposição pelo aparato estatal aos órgãos de persecução penal.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.1.5. Ineficiência Estatal

A partir do momento histórico que o Estado monopolizou para si o uso da força, com o objetivo de administrar a justiça, tornou-se o responsável legal, por via reflexa, do cumprimento eficaz, efetivo e eficiente dessa nobre função.

É justamente por isso que se pode afirmar a existência abstrata de um verdadeiro direito referente à proteção contra a criminalidade organizada, que deve ser concretizado pelo aparato estatal, através de seus órgãos de persecução penal, observando-se fielmente o devido processo legal.

Leciona da Rosa (1942, p. 42, v. I) que:

O processo penal tem um duplo fim: um, essencial, estabelecido em prol do interesse social empenhado na punição dos delinquentes; outro, correlativo, estabelecido em prol da tutela do interesse privado e social concernente às garantias individuais, principalmente a da liberdade. Este último interesse é também de natureza pública, porque, no Estado Liberal, as garantias individuais são elementos essenciais na constituição político-jurídica do próprio.

Daí a conclusão de que o fim principal, essencial do processo penal é o de aplicar a pena ao delinquente, de punir todo

almejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido de outra maneira, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse do menor jeito possível o direito fundamental.

aquele que tenha perturbado a ordem social, violando uma normal legal.

Quer isso dizer que a duplicidade de função do instrumento processual está intrinsecamente relacionada à própria administração da justiça, sendo cada uma das facetas responsável pela sobrevivência do próprio comando máximo.

Sobre a importância do tema na prática forense: vide o tópico 4.3.

4.2. Prática forense

Vale anotar que não serão abordados todos os tipos existentes no ordenamento jurídico, mas aqueles que são praticados, com maior frequência, pelas organizações criminosas, e que lastimavelmente, ofendem os bens jurídicos mais importantes.

Sobre a diferença entre crime e contravenção: vide o tópico 2.3.

4.2.1. Homicídio

Os mistérios da vida⁶⁶ e da morte acompanham o homem desde o momento que este se entende como tal. A capacidade de raciocínio, que se desdobra na formação de juízos, instigou o surgimento de teorias sobre a natureza das coisas⁶⁷, e dentre elas, do próprio ser pensante.

Todavia, ninguém sintetizou tão bem o delito de matar como Hungria (1959, p. 26, v. V):

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava pelo uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

⁶⁶ Estudo polêmico da vida se deu com Friedrich Nietzsche, na obra intitulada "Menschliches, Allzumenschliches", publicada em 1878.

⁶⁷ Vale dar uma lida nos esparsos achados de Tales de Mileto, Anaximandro de Mileto, Anaxímenes de Mileto, Pitágoras de Samos, Xenófanes de Colofão, Heráclito de Éfeso, Parmênides de Eléia, Zenão de Eléia, Melisso de Samos, Empédocles de Agrigento, Filolau de Crotona, Arquitas de Tarento, Anaxágoras de Clazômena, Leucipo de Mileto e Demócrito de Abdera.

O crimen homicidii constitui um tema preponderante da ciência jurídico-penal. Pode dizer-se que a parte geral do direito penal sistematizado não foi mais do que a generalização dos critérios e princípios fixados pelo direito romano e pelo direito intermédio acerca do homicídio. Por outro lado, o mais vasto capítulo da criminologia é consagrado ao estudo dos criminosos violentos, de que o homicida é o expoente máximo. O problema da criminalidade é, antes de tudo, e acima de tudo, o problema da prevenção e repressão do homicídio.

Talvez o exemplo mais cristalino seja a preocupante situação do sistema carcerário brasileiro, um dos mais precários do planeta, se não o mais.

Os detentos, provisórios ou não, comunicam-se com os seus comparsas, sem maiores dificuldades, utilizando-se de antenas e celulares clandestinos. Tal panorama permite a manutenção das atividades ilícitas fora das celas, desvirtuando os objetivos da execução e impedindo a redução dos índices de criminalidade.

Mas o problema não para por aqui.

Diversos grupos se valem da internet para praticar condutas que desembocam no homicídio.

É o caso do tráfico de pessoas para fins de transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano bem como para fins sexuais. Diversos são os relatos de grupos e comunidades online que se valem da fragilidade humana⁶⁸ para cometer as maiores atrocidades, que sequer são contabilizadas pelos órgãos oficiais, quando praticadas.

Valendo-se da infiltração virtual de agentes, os órgãos de persecução penal disporão de prestigioso instrumento para intervir nas situações que envolvam risco de vida ou à integridade física e psíquica das vítimas, sem prejuízo da captação de provas para eventual condenação judicial, caso seja necessário.

4.2.2. Crimes Contra o Sistema Financeiro

É de conhecimento geral que a criação de mecanismos de proteção e controle do sistema financeiro de determinado país, por menor que seja, tornou-se uma exigência mundial. Há amplo consenso na comunidade internacional sobre a

⁶⁸ A fragilidade humana foi magistralmente retratada por Sigmund Freud, na obra intitulada "Das Unbehagen in der Kultur", publicada em 1930

importância de estabelecer diretrizes a serem fixadas para que este seja verdadeiramente respeitado.

Mas atenção: a dita regulamentação não pode ter o condão de enrijecê-lo por completo, inviabilizando-o.

A premissa básica de qualquer mercado financeiro é a igualdade de oportunidades entre os investidores. Isso quer dizer que os riscos e ganhos devem ser compartilhados por todos, sem exceção. Assim, o capital interno e externo permanece em rotatividade e fomenta as relações econômicas, equilibrando a economia.

Entende-se por instituição financeira a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade, principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, a emissão, a distribuição, a negociação, a intermediação ou a administração de valores mobiliários.

Inclui-se na definição a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos financeiros de terceiros, bem como a pessoa natural que exerça qualquer uma das atividades supramencionadas.

Tornou-se praxe nos dias de hoje a prática reiterada de condutas ilícitas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes instituições financeiras. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para enriquecer.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹¹ de gestão fraudulenta, apropriação indébita financeira, gestão temerária, cobrança de juros ou comissões extorsivos, contabilidade paralela, falsidade de demonstrativo contábil, sonegação de informação às autoridades competentes, desvio de bens indisponíveis, declaração falsa de crédito, concessão de empréstimo ou adiantamento ilegais e de evasão de divisas.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e reprimir as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se manifestar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de divulgação de informação falsa ou prejudicial. Basta simples publicação na rede mundial de computadores para que o conteúdo seja

compartilhado por um número inimaginável de pessoas, através de instrumentos de publicidade e marketing, disponíveis gratuitamente aos usuários, e que pode ser facilmente descoberta pelos agentes infiltrados.

Talvez, num futuro não tão distante, estas infrações sejam praticadas totalmente por vias eletrônicas. Quer isso dizer que não haverá mais espaço para a infiltração física de agentes, se é que assim podemos chamá-la.

4.2.3. Crimes Contra a Ordem Tributária

Um dos mais importantes instrumentos que se tem valido a economia capitalista para sobreviver é a tributação.

O tributo tem como objetivo primordial permitir que o aparato estatal realize as suas funções sociais com zelo e excelência, uma vez que não se pode admitir, ao menos na ordem vigente, que o Estado monopolize as atividades econômicas para que obtenha recursos financeiros próprios.

Também se tornou praxe nos dias de hoje a prática reiterada de condutas ilícitas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes pessoas jurídicas de direito privado. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para sonegar o fisco.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹² de supressão ou redução de tributo, que se desdobram em diversas condutas e a declaração falsa ou a omissão de declaração sobre rendas, bens ou fatos, para eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de obrigação que seja devida.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e reprimir as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se manifestar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de utilização ou divulgação de programa de processamento de dados que permite ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é fornecida às autoridades fazendárias.

É de suma importância que os agentes infiltrados encontrem o paradeiro dos revendedores desses tipos de software, que se utilizam de sites spiders, com o objetivo de divulgar e vender os produtos, sem serem descobertos.

4.2.4. Crimes Contra o Mercado de Capitais

O mercado de capitais também se tornou alvo de condutas ilícitas praticadas por parte de administradores, gerentes, sócios e diretores de grandes pessoas jurídicas de direito público e privado. Valendo-se da alta influência do cargo, emprego ou função que ocupam, utilizam-se das mais inusitadas medidas imorais e ilegais para desestabilizar os valores mobiliários.

Cita-se, por exemplo, os crimes¹³ de manipulação do mercado de capitais e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

Em todos estes casos, tem-se a infiltração virtual de agentes como excelente meio de obtenção de prova, capaz de prevenir e reprimir as condutas ilícitas praticadas no meio ambiente digital. Isso porque, grande parte dos atos preparatórios e executórios podem se dar através de e-mails, mensagens, ligações, grupos e comunidades online.

É o caso de uso indevido de informação privilegiada.

Destaca Conde (2017, p. 459) que:

Un conocimiento privilegiado de la situación económica derivado del ejercicio de una determinada actividad puede colocar un sujeto en situación de preeminencia respecto al resto de los ciudadanos y ello llevarle a aprovecharse de la situación para su lucro personal. Se rompe así un principio básico de la economía de mercado cual es que todas las partes concurrentes al mismo se encuentren en condiciones de igualdad. Esto especialmente importante en relación con un sector de la economía como es el mercado de valores, sensible por definición a toda clase de especulaciones, rumores y noticias de todo tipo que pueden influir en el ánimo de los inversores para decidirles a realizar una determinada operación de compra o venta de acciones. Es justamente en ese ámbito donde surgió la preocupación por evitar que el abuso de información privilegiada pudiera beneficiar a unos pocos a costa de la ruina de muchos y del descrédito del propio mercado.⁶⁹

⁶⁹ Tradução livre: Um conhecimento privilegiado da situação econômica derivado do exercício de uma determinada atividade pode colocar um sujeito em situação de respeito preeminente em relação ao resto dos cidadãos e fazê-lo estar em situação mais proveitosa para o seu lucro pessoal. Rompe-se, assim, um princípio básico da economia de mercado, qual seja, de que todas as partes concorrentes se encontrem em condições de igualdade. Isto é especialmente importante em relação com um setor da economia como é o de mercado de valores, sensível por definição à todas as classes de

Quer isso dizer que os agentes infiltrados terão maior probabilidade de êxito se percorrem o caminho da informação e a estancarem na fonte.

5. CONCLUSÃO

Valendo-se da carta de guia nos termos ora propostos, espera-se que os órgãos de persecução penal estejam munidos de instrumentos modernos no que diz respeito ao combate às infrações praticadas por organizações criminosas. Embora a regulamentação sobre a infiltração virtual de agentes apresente lacunas, que não são poucas, pode-se dizer que os pontos listados simbolizam verdadeira bússola a guiar os passos daqueles que se proporem a malparar-se na questão.

Transborda-se a obscuridade presente no regramento oferecido à modalidade virtual, que perpassa a natureza do rol das infrações que a admitem, alargando-se na legitimidade, momento e requisitos, desembocando-se, finalmente, na duração e no sigilo da medida. Todos estes itens foram analisados, minuciosamente, à luz da divisão manifestada no documento: a interpretação gramatical, o livre convencimento motivado, a igualdade, a proporcionalidade e a ineficiência estatal.

No seio da discussão, brotou-se evidente que a aplicação da modalidade virtual às demais infrações praticadas por organizações criminosas não somente encontra respaldo legal, desde que conjuntamente sistematizados os pontos mencionados, como converge com a política atual de combate à criminalidade organizada, que se tornou um dos pontos cardeais da segurança pública.

De qualquer forma, não se ignora que haverá divergência de posicionamento, mas é justamente a partir da crítica democrática que se pode atingir os objetivos científicos. Nada impede que alguns aspectos sejam contestados, outros reestruturados, contanto que o objeto da indagação, qual seja, a utilização da modalidade virtual no crimes praticados pelas organizações criminosas, permaneça no centro da metodologia apresentada.

6. REFERÊNCIAS

BELLAMY, John. **The Cotterel Gang: An Anatomy of a Band of Fourteenth-Century Criminals**. The English Historical Review, 1964.

especulações, rumores e notícias de todo tipo que podem influir no ânimo dos investidores para se decidir a realizar uma determinada operação de compra e venda de ações. É justamente nesse âmbito que surgiu a preocupação de evitar que o abuso de informação privilegiada pudesse beneficiar uns poucos perante a ruína de muitos e o descrédito do próprio mercado.

BENDA, Ernest. **Manual de Derecho Constitucional**. 1ª edição. Editora Marcial Pons, 1996.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. 21ª edição. Editora Vozes, 2009.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. 1ª edição. Editora José Olympio, 1959.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal Especial**. 21ª edição. Editora Tirant lo Branch, 2017

DA ROSA, Inocêncio Borges. **Processo Penal Brasileiro**. 1ª edição. Editora Globo, 1942.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª edição. Editora Malheiros, 2017.

DREWS, Robert. **The End of the Bronze Age: Changes in Warfare and the Catastrophe of ca. 1200 B.C.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 4ª edição. Editora Borsoi, 1956.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª edição. Editora Forense, 1959

KILLEBREW, Ann. **The Philistines and Other "Sea Peoples" in Text and Archaeology**. Society of Biblical Literature Archaeology and Biblical Studies, 2013.

LUCIE-SMITH, Edward. **Outcasts of the Sea: Pirates and Piracy**. Paddington Press, 1978.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1ª edição. Editora Forense, 1961.

PEREIRA, Carlos Maximiliano. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 9ª edição. Editora Forense, 1979.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 10ª edição. Editora Saraiva, 2017.

PLUTARCO. **Vidas paralelas V: Lisandro - Sila - Cimón - Lúculo - Nicias - Craso**. Editorial Gredos, 2007

TATUM, W. Jeffrey, **The Patrician Tribune: Publius Clodius Pulcher**. University of North Carolina Press, 1999.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. 1ª edição. Editora Forense, 1959

WOODBURY, George. **The Great Days of Piracy**. New York: W. W. Norton & Company, 1951.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado**. Editora Juruá, 2016

ZMORA, Hilla. **State and Nobility in Early Modern Germany: The Knightly Feud in Franconia, 1440–1567**. Cambridge University Press, 2003.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA O PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA

LETICIA SILVA MOREIRA:

Bacharelada do Curso de
Direito da Universidade Brasil

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O produtor rural pessoa física que exerce ou não atividades empresárias, podem solicitar a recuperação judicial. Então neste presente trabalho será observado com quais condições é possível deferimento de recuperação judicial para os produtores rurais, vamos analisar os motivos históricos e econômicos que levaram à criação e utilização de recuperação judicial, nos últimos anos. E quais são as exigências para que o produtor rural seja qualificado como empresário, e qual o prazo mínimo para que seja necessário para a legitimidade do pedido de recuperação judicial e os créditos sujeitos a ela. Também mostrando as vantagens e desvantagens, e consequências do deferimento da recuperação judicial, trazendo os principais motivos que levaram à criação e utilização da Recuperação Judicial. Lembrando que este trabalho vai apresentar sua relevância econômica para o agronegócio e a viabilidade da recuperação de rural para os produtores rurais pessoas físicas.

Palavras-chave: Produtor rural; Recuperação Judicial; Empresário

SUMMARY: The individual rural producer, who does or does not carry out business activities, can apply for judicial reorganization. So, in this present work it will be observed with what conditions it is possible to grant judicial recovery for rural producers, we will analyze the historical and economic reasons that led to the creation and use of judicial recovery in the last years. And what are the requirements for the rural producer to be qualified as an entrepreneur, and what is the minimum period for which it is necessary for the legitimacy of the request for judicial reorganization and the credits subject to it. Also showing the advantages and disadvantages, and consequences of granting judicial recovery, bringing the main reasons that led to the creation and use of Judicial Recovery. Recalling that this work will present its economic relevance for agribusiness and the viability of rural recovery for individual rural producers.

Keywords: Rural producer; Judicial recovery; Businessman

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ASPECTOS LEGAIS. 3 RELEVANCIA ECONÔMICA. 4 PRODUTOR RURAL. 5 ESTUDO DE CASO. 6

JURISPRUDÊNCIA. 7 PROJETO DE LEI. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Para que se compreenda melhor sobre a Recuperação Judicial ao produtor rural este trabalho terá como principal objetivo analisar o deferimento, e os critérios conceituados para a possibilidade de anuência de deferimento de recuperação judicial e quais critérios deveram ser respeitados para que isso ocorra, na hipótese de ser realizável.

Ao final deste estudo, vamos obter as respostas das seguintes questões:

- 1) Recuperação Judicial – Aspectos Legais
- 2) Relevância Econômica
- 3) Produtor Rural
- 4) Projeto de Lei
- 5) A partir de qual momento podem requerer a recuperação judicial e quais critérios estão sujeitos?
- 6) Se os produtores rurais precisam comprovar que exercem atividade rural há no mínimo dois anos?

É relevante falar a importância da origem da Lei de Recuperação Judicial vigente atualmente no Brasil, que está presente desde o ano de 1595. Mas como não temos o objetivo de apresentar a Origem Histórica do tema deste trabalho, vamos observar e falar do seu histórico a partir de 1945, com a finalidade de apresentar o instituto da Recuperação Judicial.

Na Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, disciplinava a concordata preventiva e suspensiva e a falência. O comerciante ou produtores que desejassem solicitar a concordata deveriam ser honestos e de boa-fé, sendo esses os requisitos imprescindíveis. E também sendo um dos requisitos importantes o exercício regular do comércio há mais de dois anos.

No tocante ao período de dois anos relativo ao ser ao exercício do comércio, a exigência estava ligada a uma cautela legal, no sentido de que somente poderia ser beneficiado com a concordata o devedor que já viesse, a pelo menos dois anos exercendo o comércio. O contrário representaria agasalhar fraudes estelionato, protegendo somente quem tivesse secularizado em tempos recentes para se valer

de uma moratória legal e “causar verdadeiro estouro na praça.” – Manual de direito Falimentar, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 14° ed. p. 272. 15/09/2020

Vemos que na (Lei° 11.101/2005) de Recuperação e Falências de Empresas, trouxe o objetivo de sintetizar a possibilidade à recuperação financeira de empresas que contribui de modo decisivo para dar impulso a sua permanência no mercado. O presente trabalho vai trazer a possibilidade da aplicação desta Lei aos Produtores Rurais, a atual Lei prevê, ainda, um regime especial para as micrô e pequenas empresas.

A Lei 11.101 tem como objetivo deixar os procedimentos mais prestos, mediante a definição de prazos, para cada etapa do processo e é nítido que a Lei significou um avanço para ampliar os meios de recuperação da empresa.

2 RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ASPECTOS LEGAIS

Recuperação Judicial é uma ação que visa tornar possível à empresa superar uma crise econômica de forma que possa desenvolver suas atividades e exercendo sua função social, evitando assim um dano maior a sociedade que é a falência, sendo assim continuando empregando e produzindo e conseqüentemente os empresários terão a oportunidade de resolver suas dificuldades.

Para viabilizar a tal recuperação, a Lei 11.101 estabelece a suspensão de qualquer ação na qual a empresa seja ré, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), preservando assim o seu funcionamento e possibilitando uma força para que possa se recuperar. Conforme Artigo 47 da Lei 11.101:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

E neste sentido a empresa sempre deverá ser preservada, a fim que continue gerando riqueza e equilíbrio na economia, criando empregos e rendas. É importante que a empresa esteja sempre estável, pois há muitos envolvidos direta e indiretamente, sendo esses os trabalhadores, credores, fornecedores de insumos, consumidores, bem como o próprio governo (União, Estado, Município), em razão ao recolhimento de Tributos, principalmente impostos e taxas.

A recuperação da empresa pode ser realizada também de forma extrajudicial, conforme previsto nos Artigos 161 à 167 da Lei 11.101. “O devedor que preencher

os requisitos do Artigo 48 desta Lei, pode propor e negociar com credores planos de recuperação extrajudicial. Conforme no Parágrafo 1º, do Artigo 161 da referida Lei:

A recuperação judicial não poderá ser utilizada quando os titulares de créditos de natureza tributária, derivados de legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

Alguns Doutrinadores como Gladson Mamede, alegam que há a recuperação extrajudicial ordinária, por meio da qual ocorre uma adesão voluntária dos credores e seus efeitos se restringem aos assinantes, enquanto na recuperação judicial extraordinária, ocorre quando houver adesão de no mínimo 3/5 dos credores de uma mesma espécie e diferentemente do que acontece na ordinária, possui efeito vinculativos aos outros credores que não aderiram ao plano de recuperação extra judicial da empresa.

Glauco Martins diz que:

Uma das inovações mais marcantes introduzidas pela Lei 11.101 foi o total rompimento com a tradição de quase um século do direito falimentar brasileiro de proibição das tratativas extrajudiciais em processo de negociação coletiva, envolvendo o devedor empresário insolvente e seus credores. E desta forma criou-se o instituto da recuperação extrajudicial (MARTINS, 2012, p. 18)

O Artigo 49, Parágrafo 3º da Lei 11.101 dispõe sobre a recuperação judicial:

Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Podemos classificar a recuperação judicial em ordinária e extraordinária. A primeira é a adesão voluntária de todos os credores de forma que produzirá efeito

somente perante os assinantes. E já a segunda, é medida que merece adesão de no mínimo, 3/5 credores de uma espécie, mas vinculando a minoria que a ele não aderiu.

3 RELEVANCIA ECONÔMICA

Atualmente o agronegócio é responsável por uma grande parte da economia brasileira, é capaz de fornecer diversos tipos de matérias primas e também sustenta outros setores da economia, sendo ele de extrema importância para todos nós.

De acordo com o Ministério da Agricultura e Pecuária, no ano de 2017, as exportações do agronegócio brasileiro deu um total de US\$ 96,0 Bilhões, o setor do agronegócio representa 40% aproximadamente, das importações totais do país e cerca de 7% de segundo lugar ocuparam a participação de 14,46%. E em terceiro Lugar os produtores rurais, representando 13,92 de participação. Vemos que o Agronegócio é de extrema importância participação no mercado mundial. No ano de 2018, 40% foi na exportação do agronegócio o complexo de soja, as carnes em para a composição do PIB brasileiro (MAPA, 2018).

As exportações do agronegócio foram de US\$ 10,0 bilhões em julho de 2020, o que representou um crescimento de 11,7% em relação aos US\$ 8,97 bilhões exportados em julho de 2019. Tal montante exportado pelo agronegócio brasileiro representou 51,2% do valor total exportado pelo Brasil (US\$ 19,6 bilhões) no mês de julho.

Nos últimos anos a procura pela a Recuperação Judicial, por empresas de diversos segmentos econômicos aumentou, devida a incertezas e instabilidades derivadas da crise político-econômico no Brasil, existem diversos motivos para que a empresa entre em crise financeira.

Conforme pontuado por Buranello:

O agravamento de risco de certos sistemas agroindustriais e redução das fontes de refinamento, levou a um cenário crescente de distribuições de pedidos de Recuperação Judicial por produtores rurais pessoas físicas, o que ensejou discursos na Doutrina e na Jurisprudência (BURANELLO, 2018, p. 180).

Sendo assim a Recuperação Judicial busca cumprir os princípios da função social da

4 PRODUTOR RURAL

O produtor rural pessoa física é aquele que exerce permanentemente ou de forma temporária, as atividades agropecuárias, silviculturas ou pesqueira e /ou que atue na extração de produtos primários.

Cada vez mais é comum que os produtores rurais de grande e médio porte, apresentem problemas financeiros, pois estão sujeitos à questões e problemas climáticos, questões de logística, ou a alta e baixa dos preços dos produtos, etc. então eles se utilizam da Lei 11.101, para que a Recuperação Judicial seja deferida. O artigo 1º da lei 11.101/05 dispõe:

Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Então neste sentido o produtor rural poderá requerer a inscrição no Registro Público, de Empresas Mercantis, tornando-se assim empresário, continuando com tratamento diferenciado conforme lei, Artigo 970 do Código Civil.

Artigo 970 C.C. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Vemos que o produtor rural só iria se beneficiar da Lei 11.101 caso fosse empresário já inscrito na junta há mais de dois anos. Mas atualmente há divergências ao que tange aos requisitos que estão presentes no Artigo 48 da Lei 11.101, pois existe entendimento que os produtores rurais que exercem de maneira regular atividade econômica, por menos de dois anos podem solicitar Recuperação Judicial, ainda que sua inscrição seja inferior a dois anos exigidos na lei.

Opinião do Doutrinador Manoel Justino:

O primeiro óbice consistia no entendimento segundo o qual o produtor rural não empresário (e que se torna empresário por simples manifestação de vontade na forma do artigo 971 do Código Civil) só poderia pedir recuperação se estivesse inscrito na Junta Comercial há mais de dois anos, exigência do artigo 48, I, da Lei 11.101/2005, a LREF. Este óbice já foi afastado, pois o que a lei exige no referido artigo 48 é o exercício de dois anos de regular atividade e não, dois anos de inscrição na Junta Comercial (JUSTISNO, 2016, p. 345).

Diante disso é possível ver que mediante a equiparação do produtor rural com o registro do empresário, os produtores que se encontram em crise econômica

financeira, poderá ter benefício da recuperação judicial e figurar no polo ativo, e para que o produtor rural possa requerer a recuperação judicial, deverá ser empresário inscrito nos termos do Art. 966 do Código Civil.

Então neste sentido deverá ser negado, ao Produtor Rural pessoa física não inscrita no Registro de Empresa pelo prazo de dois anos previsto pela Lei 11.101, o acesso ao instituto da Recuperação.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

No Artigo 968 do Código Civil, apresenta quais formalidades para obter sua inscrição perante a Junta Comercial.

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II - a firma, com a respectiva assinatura autografa que poderá ser substituída pela assinatura autenticada com certificação digital ou meio equivalente que comprove a sua autenticidade, ressalvado o disposto no inciso I do § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.

Sendo assim preenchidos todos os requisitos que estão previstos em lei, o produtor rural poderá fazer jus aos benefícios da Recuperação Judicial.

Vale lembrar que a definição de empresário está ligada diretamente a atividade que ele explora, e enquanto o produtor rural é aquele que exerce de forma profissional uma atividade rural visando obter lucro. As vantagens e desvantagens de um produtor rural continuar como pessoa física ou ser uma pessoa jurídica. O

produtor rural sem registro possui diversos benefícios por tal situação, sendo esses melhores condições fiscais, previdenciárias e formais.

O Produtor Rural pessoa física possui vantagens tributárias em relação à pessoa jurídica, que esta sujeita ao recolhimento do fundo de assistência ao trabalhador rural. Ainda mais burocrática, pois o Produtor Rural ao se tornar empresário individual necessita apresentar escritura fiscal digital, escritura contábil entre outros.

A necessidade de registro prévio na junta comercial com anterioridade mínima de dois anos, previsto no artigo 48 da Lei de Recuperação Judicial, conforme Lei 11.101 nos apresenta em seu Artigo 1º que a recuperação judicial será concedida aos empresário individuais e sociedade empresária, vemos que o empresário só conseguirá pedir recuperação judicial se exercerem a atividade regularmente há mais de dois anos a atividade rural.

A petição Inicial de Recuperação Judicial deverá vir com a certidão de empresário no Registro Público de empresas nos termos do Artigo 51, Inciso V da Lei 11.101, este documento é importante para mostrar que o devedor preencha os requisitos.

A natureza de registro da junta comercial é declaratória ou de natureza constitutiva, o registro declaratório ocorre na junta comercial e não é essencial para o empresário, pode ser considerado empresário mesmo sem registro, mas é considerado irregular e como consequência disso não tem legitimidade ativa para requerer a recuperação judicial; a legitimidade irá recair sobre a pessoa natural, ou seja, sobre os bens do empresário irregular. O Empresário irregular exerce atividade empresária, mas não está inscrito e regularizado.

Dessa forma, entende-se que o registro de natureza constitutiva cujo o registro não é formal, mas possui exigência para que tenha pessoa jurídica.

Vários doutrinadores debateram a natureza do Registro;

A função constitutiva do ato registral tem como efeito a aquisição da qualificação como empresa rural, ou empresário rural, ou seja, explicita a natureza jurídica da atividade exercida de forma a dar-lhe o suporte normativo que a distingue da mesma atividade exercida anteriormente sem este registro. Exercício da atividade anterior à data do registro não confere a natureza de empresa/empresário ao ruralista (SZTAJN & VERÇOSA, 2010, p. 11).

É importante lembrar que para o produtor rural pessoa física seja equiparada ao empresário ele tem que preencher alguns requisitos, alguns doutrinadores sugerem convém que o produtor rural apresente declaração anual de Imposto de Renda como meio para comprovar o exercício da atividade rural sem que haja registro na junta.

Sendo assim essa situação irá beneficiar o produtor rural pois a declaração de imposto de renda irá substituir.

Portanto o que será levado em consideração será a contagem de tempo em que o produtor exerceu atividade rural, Manuel Justino Bezerra Filho diz que, a inscrição na junta comercial não é elemento regularizador é apenas elemento de mudança de atividade.

5 ESTUDO DE CASO

Neste estudo vamos ver um dos casos mais emblemáticos da recuperação judicial do produtor rural pessoa física no Brasil, que ainda está em tramitação no Judiciário, do Sr. José Pupin a sua mulher Vera Lúcia Camargo Pupin que são um dos maiores produtores de algodão do país, esse caso foi escolhido para ser abordado no presente trabalho em decorrência de seus desmembramentos de reviravoltas ao longo dos anos bem como da importância do produtor.

Produtor rural para o mercado do agronegócio, além disso, foi um dos primeiros produtores a requerer de fato a Recuperação Judicial

Em 2015 os produtores ingressaram no Judiciário com pedido de recuperação judicial que chegou a ser deferido pelo juízo de 1º Vara de Campo Verde - Mato Grosso, mesmo eles não tendo requisitos previstos em lei, o Juiz deferiu a suspensão imediata do pagamento de dívidas eles foram ouvidos e o pedido deles foram avaliados.

Mas a Comarca de direito privado do terminal de justiça do estado de Mato Grosso revogou o pedido sobre a seguinte alegação, que não haviam preenchido o requisito disposto no Art. 48 da Lei de recuperação e falência. Sendo assim o tribunal entendeu o que o registro na junta comercial é constitutivo e não declaratório

Passando dois anos do ocorrido eles ingressaram com um novo pedido de recuperação judicial e o pedido foi deferido, Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso, e nisso estava todos os créditos derivados das operações formalizados antes do registro.

Assim, por mais relevante habitual que seja atividade desenvolvida, não há por onde estender a recuperação judicial os agravados, pessoas naturais, antes de decorridos dois anos da obtenção do registro da condição de empresário. Como visto, não basta o exercício de fato da atividade empresarial. A L13142, Desembargadora, Serli Marcondes Alves, sexta Câmara Cível julgado em 11/12/2015.

O Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso diferente do que foi determinado pelo Juiz de primeiro grau na decisão proferida em 2018,, concedeu a liminar só que o plano de recuperação judicial não poderia abranger as dívidas anteriores ao registro do produtor rural como empresário rural, e conseqüentemente aproximadamente 70% das da dívida seria excluída do plano de recuperação judicial

Mas ocorre que no dia 20 de maio de 2019 Tribunal de justiça suspendeu a liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso dizendo que toda a dívida deveria voltar a fazer parte do plano de recuperação judicial, então é nítido nesse âmbito que os produtores rurais só poderiam se beneficiar da lei a partir do momento que eles estão agitados junta comercial então dessa forma as dívidas antes da inscrição não devem ser submetidas aos efeitos da recuperação judicial.

6 JURISPRUDENCIA

Vamos ver algumas jurisprudências abaixo que demonstram os requisitos para que o produtor rural pessoa física requeira a Recuperação Judicial:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS PARA CONCESSÃO.
PRAZO BIENAL NÃO ATENDIDO POR DUAS DAS PARTES.
EMPRESÁRIO RURAL IMPOSSIBILIDADE.

Pessoa jurídica exercem te de atividade rural somente terá direito a recuperação judicial se for empresária. Para ser empresária, esta pessoa jurídica deve ter seus atos constitutivos regularmente arquivados na junta comercial, até mesmo em vista do regime próprio dos produtores rurais que são empresários apenas quando registrados no registro de empresas (CC, art. 971). (Classe: Agravo, número do processo: 0013403-65.2016.8.05.0000/50000, Relator: Ivanilton Santos da Silva, Publicado em: 24/07/2018).

No ano de 2019 o juiz de direito Fabrício Sávio de Veiga Carlota deferiu o pedido de recuperação judicial proposta pelos empresários: José Antônio Gonçalves Viana, Ivanir Maria Gnoatto e Matheus Eduardo Gonçalves Viana utilizando como fundamento principal a relativização.

A partir deste entendimento constatasse que eu com registro na junta comercial para se enquadrar como empresário rural teria apenas efeito declaratório não constitutivo. Contra contrariando o referido entendimento, art. 51 inciso cinco da Lei 11.101 que prevê expressar da mente que a petição inicial deverá ser acompanhada da certidão da junta comercial.

Artigo 51. V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores

O REsp nº 1.685.994 –MT (2017/0716618-9), tem argumentos favoráveis que dispensam o registro na Junta Comercial há mais de dois anos, conforme disposto abaixo:

- a) O art. 966 do Cód. Civil/2002 admitiria a caracterização da pessoa física como empresária;
- b) A condição de empresário, exigida pela Lei de Recuperações e Falências, não resultaria do registro, mas do efetivo exercício de atividade profissional;
- c) Ao contrário do empresário mercantil, o empresário rural não necessita de inscrição na Junta Comercial (CC, Artigo 067 e 971), sendo assegurado (CC, Artigo 270), tratamento diferenciado simplificado ao empresário rural.

Sendo assim é nítido ver que o Juízes estão deferindo a recuperação judicial de produtores rurais, mesmo aqueles que tem um registro a menos de dois anos tesse essa obviamente, também defendida pelos produtores rurais que acreditam que o prazo mínimo de dois anos em dependem do seu registro na junta comercial.

Ainda no mesmo sentido encontra-se decisão no AI 89 32/2016, do Tribunal de Justiça do estado do Mato Grosso.

Exerceram suas atividades como empresário civis, sujeitos ao regime do Direito Civil art. 971 do Código Civil. Efetivaram registro na junta comercial do estado do Mato Grosso três meses antes da ajuíza mentor do pedido de recuperação judicial, ou seja, não observar o prazo de dois anos previsto no art. 48, da Lei número 11.101/2005. A decisão, no ponto, contrariou entendimento deste tribunal de justiça.

Os credores acreditam que somente os créditos posteriores ao Registro do produtor na junta comercial é que deveriam se submeter aos efeitos da recuperação judicial

A referida a tese ainda não foi apreciada no poder judiciário. No entanto, entende-se que o credor que tenha contratado com o produtor rural, poderia supor que apesar de não estar registrado como empresário no momento da assinatura do contrato, o Código Civil teria concedido a este a gente econômico uma mera faculdade, de modo que qualquer tempo poderia estar aqui parada condições de o empresário assim fazer jus as regras próprias do empresário como a recuperação judicial.

7 PROJETO DE LEI

Uma das alterações mais importantes está diretamente ligada aos legitimados que poderão solicitar recuperação judicial, ou seja, os produtores rurais e ampliando rotas pessoas físicas e jurídicas aptas a solicitar recuperação judicial, o projeto de lei de 10.220, prevendo que usam dos agentes econômicos no art. primeiro informe o artigo passará a vigorar com a seguinte redação.

O termo agente econômico englobaria, por exemplo, os produtores rurais. No entanto, o termo não possui uma definição específica, e é interpretado de maneira diferente pelos doutrinadores. Todavia, a redação final do projeto de Lei remetido à Casa Civil, manteve integralmente a disposição já existente na Lei nº 11.101/2005, ou seja, restringindo os legitimados para recuperação judicial e extrajudicial.

Outra mudança do Projeto de Lei 10.220 seria que o devedor mesmo sem o exercício da atividade empresarial por no mínimo dois anos, poderia requerer a recuperação judicial.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise empresarial das empresas não surgiu de um dia para o outro ela na verdade veio de um processo de endividamento que surgiu no decorrer dos anos até que chegou em um momento, em que o balanço comercial não fechou mais positivo, gerando dívidas e conseqüentemente foi necessário solicitar Recuperação Judicial. É bom lembrar que a atividade rural, bem como produtor rural também esta sujeitos à Recuperação Judicial, devido aos inúmeros fatores externos que influenciam agricultura brasileira.

Alguns Tribunais deferiram o pedido de Recuperação Judicial dos produtores rurais, mesmo para aqueles que apesar de desenvolverem por um longo período atividade agrícola não estavam a mais de dois anos registrados na Junta Comercial causando insegurança jurídica, no setor Agroindustrial. É bom lembrar que, a negativa à recuperação judicial não se cumprem os requisitos preceituados na Lei, compõem a maioria do julgado no tribunal de justiça do estado de São Paulo.

O Registro na junta comercial é o marco inicial na Constituição de um empresário da Sociedade empresária e, portanto indispensável inclusive a certidão de regularidade do devedor na junta comercial é requisito obrigatório para instrução da petição inicial de recuperação judicial nos termos do art. 51 inciso cinco da Lei 11.101. No entanto, sua inscrição não é obrigatória, mas sim uma faculdade concedida ao produtor rural. Embora alguns doutrinadores disponham o contrário, a recuperação judicial não deveria ser concedida àqueles que tenham o registro deferido imediatamente antes ao pedido da recuperação judicial, configurando assim mais uma vez a má-fé do produtor.

De uma forma geral, vemos que a consolidação da jurisprudência na matéria é muito importante para que possa tornar o processo seguro para os empresários rurais e a todos os outros que são envolvidos na relação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**: Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BURANELLO, Renato. **Manual do Direito do Agronegócio**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MAGALHÃES, Jorge Miranda. **Manual de Direito Falimentar**. 14.ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos.

MAMEDE, Gladson. **Falência e Recuperação de Empresas**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAPA – MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **AGROSTAT: Estatísticas de Comércio Exterior do Agronegócio Brasileiro**. Disponível em [Http://indicadores.agricultura.gov.br/index.htm](http://indicadores.agricultura.gov.br/index.htm). Acesso em 10 set 2020.

MARTINS, Glauco. **A Recuperação Extrajudicial**. São Paulo. Quartier Latin. 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**; 16° edição; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SZTAJN, Rachek; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Recuperação Judicial de empresário rural**. 2010.

FAMÍLIA HOMOAFETIVA: JUDICIALIZAÇÃO “VERSUS” OMISSÃO LEGISLATIVA

CARMEN FERREIRA SARAIVA:

Servidora pública federal, bacharela em Administração de Empresas e Ciências Contábeis pela UFMG e em Direito pelas Faculdades Milton Campos. Especialista pela PUC/Minas, pela Unicid, pela UGF e pela UnP.

Resumo: A humanização das relações sociais, que se encontra em constante movimento, tem como base os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que são fundamentos republicanos de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo inerentes ao Estado Democrático de Direito. O reconhecimento jurídico da identidade de gênero e da liberdade de orientação sexual promove o bem-estar de todos, afastando preconceitos e outras formas de discriminação. Nesse contexto, a judicialização contramajoritária protetiva do tema foi determinante para propiciar a regulamentação da família homoafetiva. Trata-se de um avanço significativo no plano de costumes sobre a temática, que possibilita a paz social. Dado o vazio legal, com o escopo de alcançar a harmonização do ordenamento, é imperioso que a matéria seja objeto de processo legislativo como instrumento a impulsionar a segurança jurídica.

Palavras-chave: Homossexualidade. Família Homoafetiva. Anomia.

Resumen: La humanización de las relaciones sociales, que se encuentra en movimiento constante, tiene como base los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y de la isonomía, que son fundamentos republicanos de una sociedad libre, justa y solidaria, siendo inherentes al Estado Democrático de Derecho. El reconocimiento legal de la identidad de género y la libertad de orientación sexual promueve el bienestar de todos, alejando los prejuicios y otras formas de discriminación. En este contexto, la judicialización proteccionista contra mayoritaria del tema fue decisiva para impulsar la regulación de la familia homoparental. Se trata de un avance significativo en el plano de las costumbres sobre la temática, que posibilita la paz social. Dado el vacío legal, con el escopo de alcanzar la armonización del ordenamiento, es imperioso que el tema sea objeto del proceso legislativo como instrumento para impulsar la seguridad jurídica.

Palabras clave: Homosexualidad. Familia Homoparental. Anomia.

Sumário: Introdução. 1. Homossexualidade em Foco. 2. Família Homoafetiva. 3. Necessidade de Adequação Legislativa. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O tema abordado neste artigo cinge-se ao tratamento jurídico da identidade de gênero sob o prisma da liberdade de orientação sexual consubstanciado na dignidade da pessoa humana e no tratamento isonômico no que se refere à família homoafetiva.

O escopo que se procura alcançar é a verificação da efetividade desses direitos com base no reconhecimento normativo, a fim de que sejam adotados como paradigmas aos direcionamentos das condutas. A abordagem desse assunto privilegia a análise dos avanços sociais a respeito da matéria, tendo sido realizada por meio de averiguação teórica pelo método da pesquisa dogmática do conhecimento com base na análise jurisprudencial e de uma possível omissão legislativa.

No que se refere à homossexualidade em foco, examina-se a orientação sexual como comportamento humano à luz do posicionamento atual dos organismos internacionais de saúde comparativamente à normatividade brasileira a respeito da matéria.

Atinente à família homoafetiva, indaga-se acerca dos efeitos da judicialização e regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo que promovam a ordem inclusiva.

Relativamente à necessidade de adequação legislativa, averigua-se se há processo legislativo finalizado de harmonização do ordenamento jurídico.

1. Homossexualidade em Foco

Dignidade é o elemento de referência para a exegese normativa. Immanuel Kant⁷⁰ define esse instituto sob o aspecto da autodeterminação ética do indivíduo, que está alicerçada na autonomia da vontade de agir como elemento que tem um fim em si mesmo.

O supraprincípio da dignidade da pessoa humana tutela bens primordiais: entre outros, a vida, a liberdade, a dignidade, a honra, a moral, a segurança e a

⁷⁰ WEYNE, Bruno Cunha. Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia Moral de Kant. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. v.5 n.1, jan/jul 2007. p. 41.

intimidade. Esses valores são alçados a direitos fundamentais positivados nas normas constitucionais e nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, recepcionados no ordenamento jurídico pátrio como atos supralegais. Especificamente, no caso da teoria denominada “bloco de constitucionalidade”, que abrange as normas esparsas, os tratados internacionais sobre a prevalência dos direitos humanos podem ser equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Todos esses direitos estão resguardados como cláusulas pétreas protegidas contra emenda constitucional tendente a aboli-los, concretizando um dos objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁷¹ (MORAES, 2019, pp. 4292-4361).

Eles têm como expoente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, que prevê em seu art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”⁷². Por seu turno, na Convenção Americana de Direitos Humanos, o art. 5º determina que “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”⁷³.

Assim, esse atributo humano vem sendo erigido a um valor social supremo protegido por lei e traduzido na comunhão da vida do indivíduo no contexto social e na humanização das relações interpessoais.

Pode-se afirmar que a discriminação é veementemente repelida e o crime de racismo, na presente conjuntura estrutural, é considerado inafiançável e imprescritível⁷⁴, e por esta razão são apenados “os crimes resultantes de

71 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 60. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

72 UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

73 BRASIL. **Estado de São Paulo**. Procuradoria Geral do Estado. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.. Acesso em: 22 mar. 2021.

74 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigos 4º e 5º **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”⁷⁵. Tem relevância explicitar que os estigmas podem caracterizar ilícitos penais, bem como as condutas omissivas ou comissivas com densidade de intolerância antiética e imoral e as concepções que atentem contra os princípios nos quais a sociedade humana é baseada devem desencadear ação estatal de repulsa⁷⁶.

A Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial vem “promover e encorajar o respeito universal e observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião”⁷⁷.

Nessa esteira, a garantia constitucional do mínimo existencial vem limitar cláusula da reserva do possível no ordenamento positivo e encampa as prerrogativas protegidas nos preceitos constitucionais de adequação a uma existência digna ao indivíduo e efetivo acesso às prestações positivas do Estado. Assim há a concretude do exercício dos direitos sociais básicos, como alimentação, saúde, educação, moradia e segurança⁷⁸.

A sexualidade humana propriamente dita decorre de comportamento humano que sempre existiu em todas as culturas. Embora venha sendo amplamente estudada, entre outras áreas, pela antropologia, psicologia, sociologia e medicina, da sua natureza e das causas dessa condição se originam várias teorias que, por sua complexidade e variedade, dão a entender que o tema demanda aquisição de conhecimento para ser compreendido em toda a sua amplitude. A sua definição abrange um conjunto de comportamentos atinentes ao desejo sexual direcionados principalmente, no aspecto psicológico do indivíduo, para a manutenção de vínculos

75 BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, 26 de dezembro de 1995. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

76 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. “Habeas Corpus” nº 82424/RS. Ministro Relator: Moreira Alves, Tribunal Pleno. Julgamento em 17 de setembro de 2002. Publicação em 19 de março de 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

77 BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

78 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 592581/RS. Ministro Relator: Ricardo Lewandowsky, Tribunal Pleno. Julgamento em 13 de agosto de 2015. Publicação em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336550/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

sociais. A sexualidade está associada estreitamente com o comportamento, sendo que cada cultura regula os costumes, a ética, a moral e a legislação a ela pertinentes (LÓPEZ & FUERTES, 1999, p. 8).

Historicamente, recuando a tempos remotos, o tema era tratado de forma peculiar, pois entre o afeto e a prática sexual não havia elementos distintivos. A partir da assimilação do seu aspecto procriador na cultura judaico-cristã, o ato homossexual passou a apresentar novas feições no sentido de “pecado”⁷⁹.

Conforme estudos da Organização Mundial da Saúde (OMS), pode-se entender a sexualidade em suas diversas dimensões como um aspecto fundamental do ser humano ao longo de sua vida que compreende orientação sexual, identidade, sexo biológico, saúde, reprodução e intimidade. Ela é percebida como originária de experiências, crenças, desejos, valores, relações interpessoais e pensamentos. A extensão de seus significados é contornada também pelo sistema de família, pela organização econômico-social, pelas formas de regulação moral informal e formal, pelo contexto político e pelo determinante histórico⁸⁰.

Para compreender a temática, a Associação Mundial de Sexologia, em revista à Declaração dos Direitos Sexuais⁸¹, determina que estes estão incluídos no âmbito dos direitos humanos e que a sexualidade é um aspecto central da personalidade do ser humano presente ao longo de sua vida e engloba, entre outros aspectos, o gênero, a orientação sexual, a intimidade e a reprodução. É influenciada pela interação de vários fatores, tais como os biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, políticos, culturais, legais, históricos, religiosos e espirituais.

A saúde nessa área resulta do bem-estar físico, emocional, mental e social e se relaciona com o enfoque positivo e respeitoso da sexualidade. Necessários são a proteção e o cumprimento dos direitos da igualdade e não discriminação, da vida, liberdade e segurança pessoal, da autonomia e integridade física e mental, da vida livre de tortura, penas cruéis, desumanas ou degradantes. Isso abrange a vida livre de todas as formas de violência e coerção, a privacidade, a saúde plena, a fruição dos

79 SOUZA, Rainer Gonçalves. História da Homossexualidade. **História no Mundo**. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/historiahomossexualidade.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2021

80 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Conselho Nacional de Saúde. Guia OMS sobre Saúde LGBTI+ e legislação ganha versão em português. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1383-guia-da-oms-sobre-saude-lgbti-e-legislacao-ganha-versao-em-portugues>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

81 BRASIL. Estado do Paraná. **Secretaria da Educação**. Declaração dos Direitos Sexuais. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/dedi/declaracao_direitos_sexuais.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

avanços científicos e dos benefícios que deles resultem, a informação, a educação integral, a contração de matrimônio e outras formas similares de relacionamentos baseados na equidade e livre consentimento, a decisão de ter filhos, a liberdade de pensamento, opinião e expressão, a liberdade de associação e reuniões pacíficas, a participação na vida pública e política e o acesso a justiça, resposta e indenização.

Em 17 de maio celebra-se o “Dia Internacional de Enfrentamento à Homofobia e Transfobia”, em referência à data em que a homossexualidade “per se” foi retirada da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), conforme Resolução “WHA43.24” da OMS exarada em 17 de maio de 1990, que entrou em vigor a partir de 1º/01/1993 82.

Protegendo a dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal (STF) enquadrou a homofobia e transfobia como crimes de preconceito ou raça, seja qual for a forma de manifestação⁸³.

Todas essas circunstâncias privilegiam os direitos humanos como condição do Estado Democrático de Direito no aspecto da inclusão social das minorias como avanço social no plano de costumes, revelando sua natureza “pro societate”. O parâmetro da interpretação das normas constitucionais baseia-se no princípio da divisão funcional do poder estatal, que é uno, por não se esfacelar sua essência, e indecomponível, haja vista não segregar seu conteúdo nem cindir sua forma (CARVALHO, 2011, pp. 1117-1122).

Dado o vazio legal ou anomia⁸⁴, o Poder Judiciário tem sido provocado a se pronunciar sobre o reconhecimento jurídico da família homoafetiva e do nome social. Nesse contexto, o ativismo judicial se sobressai como mecanismo utilizado para dar efetividade à prestação jurisdicional no exame, à luz dos princípios fundamentais, de um fato social relevante. Verifica-se um movimento tipicamente iluminista de

82 BRASIL. **Ministério da Saúde**. Conselho Nacional de Saúde. Amanhã (17) será celebrado o Dia Internacional contra a homofobia. Veja abaixo o manifesto da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (ABGLT). Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2014/05mai_16_lgbt.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

83 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Ministro Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento em 13 de junho de 2019. Publicação em 06 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

84 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

transformação da realidade a partir desta postura proativa que responde aos anseios sociais relevantes decorrentes da evolução cultural⁸⁵.

2. Família Homoafetiva

A família, como base da sociedade, tem proteção do Estado. Classicamente, esse instituto pode ser conceituado em duas acepções. Em sentido amplo, pode ser considerado como o "conjunto de pessoas ligadas pelos laços do parentesco com descendência comum". Em sentido estrito, "abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em união estável" (MORAES, 2019, pp. 30409-30416).

Amoldando-se à dignidade do indivíduo, a família deve, em conjunto com a sociedade e o Estado, assegurar com prioridade à criança, ao adolescente e ao jovem o direito ao respeito, à cultura, à liberdade, à saúde, à vida, à alimentação, ao lazer, à educação e à profissionalização e à convivência no seio da família e na sociedade, devendo protegê-los de toda forma de crueldade, negligência, violência, exploração, opressão e discriminação⁸⁶. Há liberdade na decisão do casal de realizar um planejamento familiar pautado na paternidade responsável.

Essa instituição tem proteção especial nas normas constitucionais por ser uma das vertentes da humanização das relações sociais e o alicerce social do qual emergem padrões éticos e morais. O Estado lhe deve assistência, coibindo a violência nas relações entre os indivíduos que a integram. A concretude dos direitos fundamentais, inclusive no aspecto do direito à intimidade, aplica-se a essa instituição que forma vínculo de tricotomia com a sociedade e o Estado, dada sua natureza privada de constituição voluntária entre pessoas.

O casamento é civil e sua celebração é gratuita, sendo que o religioso tem efeito civil. Reconhece-se como entidade familiar a comunidade de qualquer um dos pais com seus dependentes descendentes e a união estável, estando facilitada a sua

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. **Revista Direito & Práxis. UFRJ**. v.9 n.4, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 227. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

conversão em casamento entre homem e mulher, cujos direitos e deveres devem ser exercidos de maneira igual atinente à sociedade conjugal⁸⁷.

Em harmonia com as normas constitucionais, o Código Civil determina que no casamento haja entre os cônjuges igualdade de direitos e deveres na comunhão de vida plena, sendo vedada a intromissão de qualquer pessoa. A união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar no caso de ser “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, inclusive nas causas suspensivas e na hipótese de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, exceto se ocorrerem os impedimentos. Esses institutos estão amparados pelas regulamentações previdenciárias e sucessórias^{88 89}.

Adotando-se uma perspectiva de equidade das relações sociais, a formação da família homoafetiva é legítima no contexto do sobrepulamento da discriminação e do preconceito, mesmo porque as normas constitucionais são silentes a respeito do tratamento legal da orientação sexual. A igualdade e a liberdade, como primados do princípio da dignidade da pessoa humana, manifestam-se pelo seu reconhecimento jurídico.

A noção constitucional de instituição familiar é polissêmica e ampla, existindo a despeito do casamento ou da união estável, sendo considerada como tal aquela formada por homem e mulher com ou sem filhos, aquela que tenha, pelo menos, um membro e um descendente, aquela que tenha filhos de outro casamento de um ou dos dois membros e ainda adotados, bem como pessoas do mesmo sexo que tenham essa finalidade em comum (BULLOS, 2002. p. 1283).

Esse movimento justifica-se pelo fato de a sociedade brasileira privilegiar o direito à livre orientação sexual, como expressão dos direitos fundamentais individuais e coletivos, haja vista que a heterossexualidade não é a forma única de

87 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 226. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

88 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigos 1511, 1512, 1513, 1514, 1515, 1516, 1723 e 1829. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

89 BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Artigo 16. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

expressão da sexualidade humana. Fundamentada no direito natural à felicidade do indivíduo em todas as civilizações, tem relevância a existência de norma permissiva de reconhecimento das uniões estáveis de modo a reduzir o constrangimento decorrente de revelar publicamente a natureza destas, possibilitando a reparação de notórias injustiças que permeiam as relações homoafetivas. A parceria de forma legalizada faz emergir o sentimento de integração na coletividade, gerando segurança jurídica no contexto de construção de uma sociedade livre e solidária e desmotivando a violência e o preconceito homofóbicos.

Por seu turno, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) firmou o entendimento de que o escopo da norma eleitoral é afastar a perpetuação de oligarquias no poder, e desse modo cassou a candidatura à prefeita por parte da companheira que tinha uma relação estável homossexual com a ocupante do cargo⁹⁰.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu a relação homoafetiva para fins patrimoniais, tendo sido reconhecida a presunção do esforço comum para abarcá-la como regular nas “relações contextualizadas em uma sociedade pós-moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais”⁹¹.

Com fundamento de validade no princípio da isonomia, justifica-se o reconhecimento das uniões homoafetivas como uma espécie de entidade familiar. Adotando-se a equidade no empenho pela busca da justiça social, é razoável aceitar

⁹⁰ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso Especial Eleitoral nº 24564/PA. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Publicado em sessão de 01 de outubro de 2004. “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.” Disponível em: <<https://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT2114150867§ionServer=TSE&docIndexString=4>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1085646/RS. Ministra: Relatora Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgamento em 11 de maio de 2011. Publicação em 26 de setembro de 2011. “5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida.” Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801927625&dt_publicacao=26/09/2011>. Acesso em: 22 mar. 2021.

a união afetiva homossexual como modalidade de entidade familiar ante os fins sociais e as exigências do bem comum⁹².

No exercício da sua função contramajoritária protetiva o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, com eficácia “erga omnes”, a figura da companheira homossexual no âmbito previdenciário com base na impossibilidade de fazer distinção em razão da opção sexual, oportunidade em que admitiu a sua condição de dependência no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)⁹³.

Em controle concentrado vinculante, o STF novamente se posicionou no sentido de que se considera família a união estável homoafetiva para todos os efeitos legais, dando uma “interpretação não reducionista” dessa instituição, que “também se forma por vias distintas do casamento civil”. Pacificou-se o avanço no plano dos costumes que caminha “na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural”, uma vez que a norma constitucional “não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”. Afastou-se qualquer “significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família”, pois “é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”⁹⁴ 95.

⁹² BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. “Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Petição nº 19849/RS. Ministro Presidente: Marco Aurélio. Julgamento em 10 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60059>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁹⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Ministro Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento em 05 de maio de 2011. Publicação em 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200015/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

⁹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Publicação em 26 de agosto de 2011. “A Dimensão Constitucional do Afeto como um dos Fundamentos da Família Moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca da Felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática

Em sede do sistema difuso de constitucionalidade incidental, o STF declarou que “ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual”. Acrescentou que os “homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico”. Nesse sentido, proclamou, no âmbito das relações sociais e no seio familiar das minorias, “a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania” 96.

consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A Função Contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a Proteção das Minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

96 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 477554/MG. Ministro Relator: Celso de Mello, Segunda Turma. Julgamento em 16 de agosto de 2011. Publicação em 26 de agosto de 2011. “A Dimensão Constitucional do Afeto como um dos Fundamentos da Família Moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca da Felicidade. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou o entendimento de que embora haja “omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão.” 97

Assim, a identidade de gênero não pode ser utilizada como elemento de desigualdade jurídica. A preferência sexual está incluída na autonomia da vontade das pessoas naturais, estando tutelada no aspecto da privacidade e intimidade. A unidade familiar, heteroaferiva ou homoafetiva, formal ou informal, é base da sociedade e tem proteção especial do Estado, já que as normas constitucionais não

mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado. A Função Contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a Proteção das Minorias. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>>. Acesso em 22 mar. 2021.

97 BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1183378/RS. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 25 de outubro de 2011. Publicação em 01 de dezembro de 2012. “Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...] Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. [...] Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é “democrático” formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em 24 mar. 2021.

impedem a formação de família por pessoas do mesmo sexo em união estável contínua, pública e duradoura.

Trata-se de interpretação das normas constitucionais de forma inusitada, formando precedente ao estilo do sistema “common law”, de modo a garantir o exercício do direito fundamental, antecipando-se ao Poder Legislativo. Fez-se assim prevalecer as normas constitucionais, extraíndo-se delas, que são imprecisas, o sentido exato, ocupando-se espaço não convencional. A interpretação interativa visa propiciar o avanço social, ilustrando bem “a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”⁹⁸.

Com base nesses fundamentos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013⁹⁹, que entrou em vigor em 16/05/2013, no sentido de que:

“CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza**, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁹⁹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

Segundo os dados estatísticos publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) após a vigência da norma permissiva, o total de casamentos do mesmo sexo em todo o território nacional no período de 2013 a 2019 foi da ordem de 19.392 e de 24.593, respectivamente, de uniões entre cônjuges do mesmo sexo masculinos e femininos. Deduz-se da amostra pesquisada uma aderência social à formação de famílias homoafetivas, que totalizam 43.985 formações familiares dessa natureza oficializadas no período¹⁰⁰.

Diferentemente dessa tendência transformadora, a Santa Sé posicionou-se em sentido desfavorável à união civil homossexual e recusa a bênção de casamentos dessa natureza por não considerá-la lícita¹⁰¹.

Por seu turno, o Conselho Federal de Medicina (CFM) assegura a utilização de técnicas de reprodução assistida como “dispositivo deontológico” a ser observado pela comunidade médica, tais como a “doação de gametas ou embriões” sem “caráter lucrativo ou comercial”, a “criopreservação de gametas ou embriões”, o

¹⁰⁰ BRASIL. **Ministério da Economia**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Sistema de Estatísticas Vitais. Estatísticas do Registro Civil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=17071&t=publicacoes>>. Acesso em 23 mar. 2021.

¹⁰¹ PICHETA, Rob, GALLAGHER, Delia. Vaticano diz que não abençoará uniões entre pessoas do mesmo sexo. **CNN Internacional**. Publicação em 15 de março de 2021. Atualizado em 16 de março de 2021. “Ao explicar a decisão em uma nota, a Santa Sé se referiu à homossexualidade como uma “escolha”, sugeriu que ela é pecaminosa e disse que “não pode ser reconhecida como objetivamente ordenada” aos planos de Deus. A postura combativa deve decepcionar milhões de gays e lésbicas católicos em todo o mundo. “A bênção das uniões homossexuais não pode ser considerada lícita”, escreveu o principal escritório doutrinário do Vaticano, a Congregação para a Doutrina da Fé, no comunicado. “[Deus] não abençoa e não pode abençoar o pecado”, acrescentou a declaração.” Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/15/vaticano-diz-que-nao-abencoara-unioes-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em 24 mar. 2021.

“diagnóstico genético de pré-implantação de embriões”, a “gestação de substituição” pela “doação temporária do útero” e ainda a reprodução assistida “post-mortem”¹⁰². Referendando juridicamente estes procedimentos, o CNJ formaliza o “reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva” e o “registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida”¹⁰³.

A adoção de menores por família homoafetiva, como medida excepcional, ocorre no interesse da criança e do adolescente desde que assegurado “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, bem como a “convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”¹⁰⁴, no contexto do planejamento familiar e da paternidade responsável¹⁰⁵.

Em torno dessa questão, o STF fixou a tese, em decisão monocrática, sobre a possibilidade de adoção por casal homoafetivo como efeito aditivo ao julgado vinculante que reconhece como família a união estável homoafetiva¹⁰⁶. Ademais, o STF equipara o “prazo da licença-adoptante ao prazo da licença-gestante”¹⁰⁷. Além disso, privilegiando a autodeterminação e a autoafirmação individual “na instalação de uma ordem inclusiva”, pacificou o entendimento de que a pessoa transgênero

102 BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>> . Acesso em 23 mar. 2021.

103 BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

104 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Artigos 3º, 19, 39, 42 e 52. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

105 BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

106 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 846102/PR. Ministra Relatora: Cármen Lúcia, Decisão Monocrática Julgamento em 05 de março de 2015. Publicação em 18 de março de 2015. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho497402/false>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

107 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 778889/PE. Ministro Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno. Julgamento em 10 de março de 2016. Publicação em 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

pode modificar o sexo e o nome em órgão do registro civil, independentemente de cirurgia, de decisão judicial e de comprovação de identidade psicossocial, bastando, para tanto, a autodeclaração do fato ¹⁰⁸.

Nesse contexto, sobressai-se a institucionalização do nome social, que é a “designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida”, e a identidade de gênero da pessoa como a “forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”¹⁰⁹. A inclusão literal na legislação pertinente aos registros públicos do nome social vem legitimar que a representação da masculinidade ou da feminilidade advém de sua prática social, não guardando relação com o sexo conferido no nascimento, esvaziando assim a discussão jurídica sobre o tema.

Como consequência, no âmbito da administração pública federal o nome social, se requerido expressamente, deve constar em todos os documentos, cadastros, prontuários, formulários, fichas e sistemas de informação acompanhado do nome civil, o que propicia sua inclusão na carteira de identidade com validade nacional¹¹⁰. Nesse mesmo sentido, o TSE admite que conste no título de eleitor, inclusive para fins do exercício da capacidade ativa ou passiva, desde que a

¹⁰⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF. Ministro Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Julgamento em 01 de março 2018. Publicação em 07 de março de 2019. “3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.” Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399205/false>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁰⁹ BRASIL. Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto nº 9.278, de 05 de fevereiro de 2018. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9278.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021

designação de identidade de gênero atribuída pela pessoa não atente contra o pudor ou seja degradante^{111 112}.

3. Necessidade de Adequação Legislativa

O princípio da separação de poderes está em constante evolução, acompanhando a própria dinâmica contemporânea da sociedade, o que propicia atuações coordenadas entre as diferentes estruturas e organizações do Estado. No âmbito dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si, essa interferência não significa subjugação, e sim interação, que permite afastar qualquer possibilidade de excesso no exercício¹¹³.

A função precípua do Poder Legislativo é impulsionar a elaboração de atos pelo processo específico (SILVA, 2002. pp. 518-519). A legística abrange a “common law” ou direito consuetudinário, em que há contribuição da jurisprudência decorrente das normas já interpretadas, e a “civil law”, de origem romano-franco-germânica, em que a estrutura básica jurídica pauta-se pela lei em sentido amplo tal como o ordenamento jurídico brasileiro está estruturado. Há que ressaltar que a hermenêutica jurídica muito desenvolve e se aperfeiçoa no âmbito de um ordenamento jurídico pujante com boas leis a fomentar crescimento econômico, social e político de uma sociedade e propiciar a célere prestação jurisdicional, pois “lex clara non indiget interpretatione”, do latim “lei clara não carece interpretação” (MACHADO, 2016. pp. 73-74).

Em relação ao modelo da família homoafetiva, a Câmara dos Deputados, com o Projeto de Lei nº 6583/2013¹¹⁴, ainda em tramitação, busca definir a “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma

¹¹¹ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº 23.562, de 22 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2018/resolucao-no-23-562-de-22-de-marco-de-2018>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹¹² BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº 23. 609, de 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 2º. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹¹⁴ BRASIL. **Congresso Nacional**. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.583, de 2013 de Anderson Ferreira. “Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências.” Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Destaque-se que esse instituto, para todos os efeitos legais, está expressamente reconhecido pelos Poderes Judiciário e Executivo. Todavia, como visto, ainda está pendente de normatização pelo Poder Legislativo da edição de ato caracterizado pela generalidade, abstração e impessoalidade.

Dada a anomia da matéria, é premente que o legislador positivo dê seguimento ao processo específico, no aspecto da inclusão social das minorias, em face do privilégio à busca incessante de harmonização do ordenamento jurídico pátrio com os avanços da pauta de costumes sociais, equacionando a legislação com o escopo de atender a vontade popular.

Considerações Finais

No ordenamento pátrio e comparado, imperam os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia que propiciam a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer maneiras discriminatórias. A saúde decorre do bem-estar físico, emocional, mental e social, inclusive na perspectiva construtiva da liberdade da opção sexual. Nesse sentido, a homossexualidade foi retirada do catálogo de patologias, quando se fixou o 17 de maio como o “Dia Internacional de Enfrentamento à Homofobia e Transfobia” no aspecto da inclusão social das minorias.

Dado o vazio legal, o Poder Judiciário, em atuação ativista, reconheceu como válida, para os efeitos legais, a família homoafetiva. A dualidade constitucional básica de homem ou mulher não tem o condão de afastar o surgimento de novos conceitos de entidade familiar na proteção de interesses legítimos de novas interações com conotações sexuais. Logo, para viabilizar o exercício desse direito, desde 16/05/2013 os cartórios estão proibidos de recusar a “habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” em todo o território nacional. Também são asseguradas as técnicas de reprodução assistida e a adoção de crianças e adolescentes por casal homoafetivo.

Nessa esteira, também ficou instituído o nome social, privilegiando a identidade de gênero, ficando assegurada a sua inclusão na carteira de identidade e no título de eleitor.

A atividade de judicialização proativa contramajoritária protetiva de especial importância efetivada pelos Tribunais Superiores não substitui, mas sim complementa, de forma harmônica, a arena legislativa tradicional na interpretação

dos institutos jurídicos tradicionais à luz dos princípios fundamentais, dada a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”.

Porém, é imperativo que o legislador positivo adote o processo adequado na regulamentação da família homoafetiva no aspecto da inclusão social das minorias. Esta postura de reduzida vitalidade no tratamento do tema fomenta o agravamento de posturas sociais antiéticas. Recomendada seria a busca incessante de harmonização do ordenamento jurídico pátrio com o avanço dos anseios sociais, conciliando-se a legislação com a vontade popular na busca da segurança jurídica e da paz social.

Trata-se de um movimento constante pela implementação dos direitos humanos em prol da diversidade sexual e busca de políticas públicas favoravelmente à comunidade e em oposição ao preconceito.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RDBC. Escola Superior de Direito Constitucional. São Paulo. n. 17, p. 105-138, jan/jun. 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. BARROSO. Luís Robert. **A judicialização da vida e o papel do supremo tribunal federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (e-pub).

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. (e-pub)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1 v. (Sinopses Jurídicas) (e-pub).

LÓPEZ, Félix; FUERTES, António. **Para compreender a sexualidade**. Lisboa: Associação para o Planejamento Familiar, 1999.

MACHADO, Luis Fernando Pires. **Noções elementares da legística**. 2 ed. Série Ciência da Legislação v. 1. Brasília: Editora, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (e-pub).

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil. teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2020. v 1. (e-pub)

POLIAMORISMO NA ÓPTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

MARCOS RODRIGUES NUNES:
Acadêmico de Direito na
Universidade de Gurupi UnirG.

RAFAEL SILVA OLIVEIRA¹¹⁵

(orientador)

Resumo: A união poliafetiva ou poliamorismo consiste na relação afetiva entre três ou mais pessoas, que se relacionam uma com as outras de forma concomitante e consciente, em um único vínculo amoroso. Por ser uma união diversa daquela regulamentada pelo ordenamento jurídico, que é constituída por apenas dois indivíduos, seja de natureza heterossexual ou não, questiona-se a possibilidade dela ser reconhecida no Brasil. Nesse sentido, o estudo objetivou discorrer, com base no Código Civil, os dispositivos que regem a relação entre três ou mais pessoas e a possibilidade jurídica de se tornar legalmente aceito. Por meio de pesquisa bibliográfica, descritiva e com análise qualitativa dos materiais coletados, pode-se comprovar que a união poliafetiva vem sendo constantemente debatida e defendida por doutrinadores do direito de famílias, mas mesmo assim não é admitida pelo CNJ, que desde 2018 tornou proibido a Escrituração Pública de uniões poliafetivas.

Palavras-chave: União Poliafetiva. Regulamentação. Código Civil. CNJ. Escritura Pública.

Abstract: The poly-affective union or poly-amorism consists of the affective relationship between three or more people, who relate to each other in a concomitant and conscious way, in a single loving bond. As it is a union different from that regulated by the legal system, which consists of only two individuals, whether heterosexual or not, the possibility of it being recognized in Brazil is questioned. In this sense, the study aimed to discuss, based on the Civil Code, the devices that govern the relationship between three or more people and the legal possibility of becoming legally accepted. Through bibliographic, descriptive research and with qualitative analysis of the collected materials, it can be proved that the poly-affective union has been constantly debated and defended by doctrines of family law, but even so it is not admitted by the CNJ, which since 2018 has made it prohibited to Public bookkeeping of multi-affective unions.

¹¹⁵ Mestre em Filosofia. Especialista em Ética. Graduado em Filosofia. Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Keywords: Poliafective Union. Regulation. Civil Code. CNJ. Scripture Public.

Sumário: *Introdução. 1. Conceito de Poliamor. 2. Diferença de união poliafetiva e poligamia. 3. Um reconhecimento do poliamor por Escritura Pública. 4. Princípio da não intervenção ou liberdade. 5. Direitos fundamentais e de personalidade. 6. Legislação infraconstitucional brasileira: Código Civil. 7. O posicionamento do CNJ em relação as Escrituras Públicas da União Poliafetiva. Considerações finais. Referências.*

Introdução

Historicamente a família é uma expressão que, por muito tempo, teve como restrita definição a união de pessoas de diferentes sexos com o intuito de ter filhos, estes compreendidos como aqueles oriundos especificamente de laços sanguíneos. Contudo, com o passar do tempo a concepção de família ganhou novas abrangências legais, permitindo a sua constituição não apenas pelo casamento, mas também pelo reconhecimento da união estável entre os conviventes e passou a reconhecer também o vínculo de parentesco oriundo de afeto e convivência.

Diante das novas e diferentes realidades e com o resultado dessas mudanças surgiu o questionamento acerca do reconhecimento da relação afetiva entre três indivíduos ou mais, que é denominado de poliamorismo. Diferente do que ocorre nas relações entre duas pessoas, no poliamorismo o relacionamento se dá entre três ou mais pessoas, em um único vínculo afetivo, em que todas se relacionam entre si. A característica essencial desse relacionamento é o consentimento entre os integrantes, que pode ser pautado em aspectos sexuais ou românticos.

Apesar de possuir definição que o distingue das demais relações afetivas, o poliamorismo ainda é um tema controverso no direito de família e por isso motiva esta produção acadêmica, que tem como objetivo discorrer com base na legislação civil em vigor sobre a possibilidade jurídica de reconhecimento e legalidade das relações poliafetivas, além de apontar e discutir os seus efeitos segundo o direito brasileiro.

O trabalho se desenvolveu por meio de pesquisas bibliográficas, com a utilização de materiais doutrinários, legais e jurisprudenciais disponíveis gratuitamente no Brasil e que dispõe sobre o direito civil e poliamorismo. Trata-se, sobretudo, de uma produção descritiva, que se ocupa em expor as definições e posicionamentos de doutrinadores e julgadores no país. Assim, a técnica adotada foi a de análise qualitativa de texto, já que os conteúdos e informações foram descritas para serem confrontadas e analisadas entre si para a obtenção do resultado almejado, que é o esclarecimento acerca das garantias legais dadas aos indivíduos que tem relação afetiva poliamorosa segundo a legislação pátria.

Após o estudo realizado, pode-se verificar que atualmente o reconhecimento das uniões poliafetivas ainda não é matéria admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, percebe-se que o seu reconhecimento deve ser inserido no direito brasileiro, que tem como fundamento a pluralidade e ampla definição de família, já que a análise legal e doutrinária apontou a inexistência de expresse impedimento legal.

Ao contrário do entendimento adotado atualmente, o que se verificou pelos fundamentos jurídicos apontados ao longo do texto foi que a atual concepção de família dá embasamento à regulamentação das uniões poliafetivas, tendo os conviventes dessa união o direito de ter reconhecida sua união afetiva assim como qualquer outra família brasileira, conforme se demonstrará no desenvolvimento deste texto.

1 Conceito de Poliamor

Ao longo dos séculos a constituição e a conceituação de família sofreu alterações drásticas, como forma de ampliar a sua definição e assim incluir outras várias formas de relações afetivas que antes não tinham a proteção legal. Isso se dava pelo fato de não se encaixarem em um conceito ultrapassado de família, que apenas incluía aquela formada por uma mulher, um homem e seus descendentes.

Sabe-se que, hoje, a família não se restringe apenas à constituída pelo casamento, mas também a oriunda de união estável ou de um dos pais e seus filhos, conforme está disposto no artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Essa interpretação mais ampla dá margem para a discussão acerca da chamada relação poliafetiva, debate este que é cercado de críticas, não só em razão do desconhecimento acerca de sua legalidade, mas também é fortemente condenado pelas construções socioculturais e históricas de organizações societárias que rejeitam outras possibilidades de relação amorosa e familiar. Essa discussão é inerente ao tema e de fundamental importância para se entender as definições doutrinárias e as decisões legais acerca do poliamorismo, que se localiza no embate societário entre as normas legais e morais.

Por uma definição mais didática, comecemos pela etimologia da palavra, que tem origem na expressão *polyamory*. Trata-se, segundo Regina Navarro Lins (2007), da junção de duas palavras de origem distintas, sendo *poly* de origem grega, que na tradução significa muitos; e *amory*, expressão em latim de quer dizer amor. O poliamor é, de modo geral, a relação amorosa entre múltiplas pessoas.

De acordo com Maria Berenice Dias (2016), os termos são muitos: poliamor, família poliafetiva ou poli amorosas. Os formatos de tais arranjos familiares seguem

a mesma proporção. Entretanto, aquela inevitável problemática cultural que desaprova moralmente todas as formas de amar e constituir família diferente da heteronormatividade e da singularidade, que por sua vez são a expressão convencional de relação familiar amorosa, resulta na repulsa social e no silêncio do legislador diante das diferentes dinâmicas afetivas, de modo geral.

Sobre essa questão do poliamor Rolf Madaleno (2018), aponta que é uma relação

"[...] integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional (MADALENO, 2018, p. 66)".

Para o autor, o poliamor busca um justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem confessadamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas (MADALENO, 2018). Ou seja, o que distingue o poliamor das relações oficializadas atualmente pelo matrimônio é o fato de que a troca de afeto não é de apenas duas pessoas, mas de três ou mais, todas interligadas entre si, a qual também é diferente de outras relações afetivas definidas pela doutrina.

Conforme destaca Maria Berenice Dias, o poliamor não se confunde com relacionamentos paralelos ou simultâneos, em que existe mais de uma relação entre uma das partes.

"A distinção entre família simultânea e poliafetiva é de natureza espacial. Na maioria das vezes, nos relacionamentos paralelos o homem - sempre ele! - mantém duas ou mais entidades familiares, com todas as características legais. Cada uma vivendo em uma residência. Já a união poliafetiva é quando forma-se uma única entidade familiar. Todos moram sob o mesmo teto. Tem-se um verdadeiro casamento, com uma única diferença: o número de integrantes. Isto significa que o tratamento jurídico à poliafetividade deve ser idêntico ao estabelecido às demais entidades familiares reconhecidas pelo direito (DIAS, 2016, p. 214-215)".

A principal característica do poliamorismo é, portanto, o conhecimento e aceitação de todos os indivíduos no compartilhamento do parceiro com os demais.

Isso porque o afeto é recíproco, sendo que “todos os envolvidos sabem da existência das outras relações, compartilhando muitas vezes entre si o afeto” (DIAS, 2016, p. 455). Nessa linha de raciocínio, todos os três envolvidos têm conhecimento do relacionamento simultâneo, de modo que não existe a chamada traição, que somente ocorre quando a relação presumidamente monogâmica é violada por um dos envolvidos.

Em suma, o poliamor é uma relação de afeto entre três pessoas ou mais que estão envolvidas entre si de forma simultânea e consciente. É modelo adotado por muitos parceiros e, por isso, necessita de regulamentação legal. Contudo, sua aceitação e admissibilidade não é condição e nem matéria sedimentada no Brasil, por ser um país com valores culturais hegemônicos que condenam moralmente essas realidades e que tem como fundamento legal do direito de família a monogamia, prevista expressamente no artigo 1.521 do Código Civil.

2 Diferença de União Poliafetiva e Poligamia

É fato que a poligamia e a bigamia não são admitidas pelo Código Civil. Ocorre que, apesar de aparente semelhança, a união poliafetiva e a poligamia são situações totalmente distintas, que não devem ser analisadas como se fossem um único instituto.

A considerar que a união poliafetiva foi exaustivamente definida nas linhas anteriores, atemo-nos a definir apenas a poligamia, que consiste basicamente na existência de vários casamentos concomitantes, com diversos parceiros. Isto é, enquanto a união poliafetiva é pautada na convivência entre os indivíduos - de forma consentida e simultânea, na poligamia ocorre a união de um indivíduo com duas ou mais pessoas de forma individualizada, sem o conhecimento destas.

“Embora se assemelhem, a união poliafetiva se distingue da união simultânea ou paralela, porque, nesta, nem sempre as pessoas têm conhecimento da outra relação, e geralmente acontece na clandestinidade, ou seja, uma das partes não sabe que o marido/esposa e companheiro (a) tem outra relação. Em alguns casos tem-se uma família paralela, em outras apenas uma relação de amantes e de qual não há consequências jurídicas (PEREIRA, 2016, p. 233)”.

A poligamia é uma prática proibida pelo Código Civil de 2002, que determina expressamente no inciso VI do artigo 1.521 que são impedidos de se casarem as pessoas que são casadas. Esse impedimento legal é uma consequência prática da base monogâmica do casamento no Brasil, tanto que essa conduta é considerada ilícita pelo Código Penal, que tipificou a bigamia no artigo 235:

*“Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

*§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com
pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com
reclusão ou detenção, de um a três anos.*

*§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou
o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente
o crime (BRASIL, 1940)”.*

Como se pode verificar que o fator distintivo da união poliafetiva e a poligamia está no consentimento e no vínculo entre as partes envolvidas, que existe apenas no poliamorismo. Ao analisar o Código Civil, nota-se que apenas está claro na lei o impedimento em relação a existência de dois ou mais casamentos, enquanto que existe uma aparente lacuna na norma quanto a relação entre três ou mais pessoas em uma mesma união. Essa situação obriga, de certo modo, as discussões sobre sua admissibilidade, uma vez que a união poliafetiva não se encaixa na hipótese de poligamia, inexistindo assim o impedimento legal aparente que impeça seu registro.

Foi com base na constatação da distinção entre esses dois institutos que se deu início às discussões doutrinárias sobre a possibilidade de se admitir uniões de natureza poliafetiva no Brasil, sem caracterizar a poligamia – que é expressamente vedada. Assim sendo, se são institutos distintos, não seria correto impedir o seu registro civil nos cartórios brasileiros.

3 Um Reconhecimento do Poliamor por Escritura Pública

Com o intuito de ter reconhecida a relação afetiva e gerar efeitos jurídicos na sociedade, três pessoas oficializaram seu relacionamento afetivo no Cartório de Notas no Município de Tupã, no Estado de São Paulo. O Registro foi realizado por duas mulheres e um homem que residiam em uma mesma residência há três anos e que reconheceram sua união poliafetiva por meio da escritura pública (UNIÃO..., 2012, p. 01).

Na época dos fatos, os interessados buscaram o reconhecimento em vários cartórios e o pedido só foi aceito pela Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues, que acolheu o pedido com base nos seguintes argumentos:

*“Quando eles entraram em contato comigo, eu fui averiguar se
existia algum impedimento legal e verifiquei que não havia. Eu
não poderia me recusar a lavrar a declaração. O tabelião tem a*

função pública de dar garantia jurídica ao conhecimento de fato (IBDFAM, 2012)”.

Assim, a referida Escritura foi elaborada nos seguintes termos:

“Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade (IBDFAM, 2012)”.

Por meio da escritura pública, buscava os membros da união poliafetiva o resguardo legal sob a perspectiva patrimonial no caso de dissolução ou morte de algum desses companheiros, argumento que foi levado em consideração pela Tabela ao realizar o documento público.

Esse foi o primeiro caso de escritura pública de união poliafetiva no Brasil, ocorrido no ano de 2012, que abriu um precedente para que o registro fosse realizado em vários outros locais do país e instigasse o debate jurídico sobre a sua legalidade no ordenamento brasileiro. O seu reconhecimento foi embasado em interpretações e fundamentos jurídicos que agora precisam ser analisados como forma de ampliar o entendimento sobre a questão central deste trabalho.

4 Princípio da não intervenção ou liberdade

Um argumento favorável à união poliafetiva está fundamentado no princípio da não intervenção ou liberdade. O direito de família, assim como os demais ramos jurídicos são norteados por uma série de princípios, que são instrumentos para auxiliar na interpretação da lei.

“Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios (DIAS, 2016, p. 41)”.

Nesse contexto, um dos princípios básicos do direito de família atual é o da não intervenção ou liberdade, que está previsto no artigo 1.513 ao dispor que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002). Trata-se de um princípio que assegura aos cidadãos o direito de optar pelo arranjo familiar a que está inserido, conforme argumenta Carlos Roberto Gonçalves:

“Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado, como dispõe o supramencionado art. 1.513 do Código Civil. Tal princípio abrange também a livre decisão do casal no planejamento familiar (CC, art. 1.565), intervindo o Estado apenas para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito (CF, art. 226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime de bens mais conveniente (art. 1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (art. 1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade psicossíquica e moral dos componentes da família (GONÇALVES, 2017, p. 26)”.

Vale ressaltar que esse princípio da não intervenção acaba por ter uma relação direta com outro princípio do ordenamento jurídico, o da autonomia privada, que é o direito que cada cidadão tem de definir seus interesses pessoais e de escolher com quem deseja namorar ou constituir uma família por meio do casamento ou da união estável.

Para Maria Berenice Dias (2016), esses princípios dão embasamento ao reconhecimento de relações afetivas diversas da tradicionalmente admitida.

“A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, homem e mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal. [...] Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva (DIAS, 2016, p.49)”.

A não interferência do Estado e de terceiros nas escolhas afetivas é um dos argumentos levados em consideração por aqueles que desejam constituir uma relação poliafetiva, mas não é a única. Os direitos fundamentais e da personalidade também devem ser levados em consideração nesse debate.

5 Direitos Fundamentais e de Personalidade

Os direitos fundamentais são tidos como essenciais para todo cidadão, por isso são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988 e que, portanto, devem ser tratados com a devida importância. Eles devem regulamentar todo o ordenamento jurídico, de modo que o Poder Público não deve atuar deixando de lado os direitos à vida, igualdade, liberdade etc., que devem ser concedidos a todos aqueles que estão em solo brasileiro (BRASIL, 1988).

Isso porque a proteção dos direitos fundamentais assegura a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito elencado no inciso III do Artigo 1º da Constituição. Inclusive, esse é o primeiro direito a ser destacado, o da dignidade da pessoa humana, que segundo definição de Maria Helena Diniz (2015, p. 52): “constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”.

A busca pela felicidade também é um direito fundamental, essencial para a dignidade do ser humano, assim como o afeto, hoje tido como um dos pilares do direito de família.

“O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada, em muitos casos, a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar (MADALENO, 2018, p. 145)”.

Os direitos à liberdade e igualdade também servem de respaldo aos conviventes, que postulam o direito de escolher seus parceiros e o modo de convivência familiar, e de ter seus direitos reconhecidos assim como ocorre nas demais uniões afetivas regulamentadas pelo direito brasileiro.

De acordo com essa linha de raciocínio, impedir o reconhecimento de vínculo afetivo entre três pessoas ou mais poderia constituir em uma ofensa ao direito da personalidade dos conviventes, que consistem em “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL apud GONÇALVES, 2017, p. 181). Assim sendo, sob a ótica dos direitos fundamentais e de personalidade dos seres humanos, não haveria óbice à legalidade do poliamor no país.

Agora que já foram apontados os fundamentos jurídicos que dão embasamento ao reconhecimento da modalidade de união poliafetiva no ordenamento pátrio, é oportuno conhecer as disposições legais contidas no Código Civil de 2002, principal norma que regulamenta o direito de família no Brasil.

6 Legislação Infraconstitucional Brasileira: Código Civil

A par desses argumentos, é fundamental conhecer os dispositivos contidos no Código Civil Brasileiro, principal norma infraconstitucional a disciplinar o direito de família. A regulamentação do direito de família no Brasil se relaciona diretamente com a definição do que se considera entidade familiar no ordenamento jurídico nacional. Ante a importância que possui na sociedade, a família é uma das instituições com ampla proteção constitucional.

Dado a relevância que possui, também é objeto de larga regulamentação nos textos infraconstitucionais, aqui compreendida especificamente a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro.

A família passa a ser tratada a partir do artigo 1.511 do Código Civil, que estabelece as disposições gerais sobre o casamento. Mais adiante, a regulamentação da união estável, entre outras formas de relacionamento afetivo capaz de constituir família. Assim, o Código Civil de 2002 apresenta inovações em termos de direito da família, uma vez que inaugurou diferentes arranjos familiares, considerando as transformações sociais pelas quais o país passou. Algumas delas merecem mudanças merecem ressalva.

“Destaca-se que as mudanças implantadas no Código Civil de 2002 foram uma consequência natural das primeiras transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988, mas, em caráter complementar e mais abrangente, buscando

contemplar os direitos fundamentais, consagrando as exigências de justiça e valores éticos, objetivando a preservação da harmonia do Poder Judiciário nacional, posto que fosse capaz de modernizá-lo aos novos arranjos familiares. Em termo do Código Civil de 2002, o direito de família foi reforçado a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica entre os cônjuges, da igualdade jurídica de todos os filhos. Além do pluralismo familiar, da liberdade de construir uma comunhão de vida familiar, da consagração do poder familiar, do superior interesse da criança e do adolescente, da afetividade e da solidariedade familiar (DRESH, 2016, p. 01)”.

Em relação à união estável, o artigo 1.723 do mencionado diploma legal deixa claro que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Por possuir status de família, tal qual o casamento, se aplica a essa união às causas impeditivas do matrimônio, com exceção a do art. 1.521, VI e as causas suspensivas, exceto a do artigo 1.523, todos do Código Civil. Os direitos sucessórios e patrimoniais obedecem às mesmas regras do casamento. De igual modo, se não houve contrato escrito, o regime de casamento será o da comunhão parcial de bens (BRASIL, 2002).

Diante da pluralidade de famílias reconhecidas pelo direito brasileiro, incluindo-se a monoparental e a homoafetiva, por exemplo. O doutrinador Arnaldo Rizzardo chegou ao conceito que entende mais adequado à concepção atual.

“Dentro deste quadro de acepções, eis o conceito de família que mais se adapta aos novos tempos e recentes regramentos e pronunciamentos jurídicos: o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais, morais e afetivos, em união pública e duradoura, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados, ou por duas pessoas ainda que do mesmo sexo (RIZZARDO, 2019, p. 56)”.

Os aspectos observados para a caracterização de uma família segundo o atual Código Civil tiveram uma expressiva modificação nos últimos anos, ao passo que

hoje em dia é a convivência diária e o propósito de constituir família o ponto primordial para a sua configuração.

Além das formas de constituição familiar, o Código Civil também trata da filiação, das relações de parentesco, do poder familiar, o direito patrimonial que envolve os casados e unidos estavelmente, que consiste na fixação do regime de bens e também nos direitos sucessórios (BRASIL, 2002).

Como se pode ver, o Código Civil dispõe sobre os direitos e deveres dos conviventes, mas nada fala acerca de uniões entre três ou mais pessoas, aparente lacuna que deu azo à escrituração de relações poliafetivas em alguns locais do País.

A ausência dessa previsão legal específica forçou o Conselho Nacional de Justiça a posicionar-se em razão da escrituração pública de uniões desta natureza em cartórios brasileiros.

7 O Posicionamento do CNJ em relação as Escrituras Públicas da União Poliafetiva

O surgimento de Escrituras Públicas nos Cartórios brasileiros e o desconhecimento acerca de sua possibilidade ou não foi o que levou o Conselho Nacional de Justiça a se posicionar acerca das uniões poliafetivas no Brasil.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) postulou ao CNJ uma postura contra os Cartórios de São Vicente e Tupã, ambos localizados no Estado de São Paulo, que lavraram escrituras públicas de união estável de natureza poliafetiva (CNJ, 2018).

Ao apreciar o pedido, a maioria aprovou o Relatório do ministro João Otávio de Noronha e reconheceu a impossibilidade de se declarar por Escritura Pública as uniões poliafetivas. Eis a ementa da decisão:

“PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. 1. Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las. 2. A família é

um fenômeno social e cultural com aspectos antropológicos, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – pois são reconhecidas como instituição quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas. 3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes. 4. A relação “poliamorosa” configura-se pelos relacionamentos múltiplos e simultâneos de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos. 5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”. 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”. 7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. 8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar. 9. Futuramente, caso haja amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas

especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos. 10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial. 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”. 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não fera efeitos de direito de Família para os envolvidos. 13. Pedido de providências julgado procedente (CNJ – PP – Pedido de Providências – Corregedoria – 0001459-08.2016.2.00.0000 – Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – 48ª Sessão Extraordinária – julgado em 26/06/2018)”.

Constou na decisão a determinação às Corregedorias Gerais de Justiça Estaduais para proibir os Cartórios de realizarem as referidas Escrituras Públicas. Apesar de ser essa a interpretação da maioria, o tema ainda dividiu opiniões entre os próprios Ministros do CNJ. A vitória foi de 8 votos, enquanto que 5 ministros interpretaram ser admitida a sua lavratura, mas sem caráter de união estável (CONJUR, 2018).

Essa decisão causou questionamentos entre estudiosos do direito de família, dentre eles a Desembargadora aposentada, Maria Berenice Dias, que se manifestou contrária à interpretação do CNJ.

“Uma onda de conservadorismo e retrocesso chegou ao Conselho Nacional de Justiça, que acabou por outorgar aos tabeliães o poder de julgar se a forma que as pessoas encontram para viver está dentro do conceito de família ou da tutela jurídica do Estado. Com certeza isto extrapola e muito o encargo dos tabeliães, que tem o dever de ofício de consignar o que lhes é dito de alguém que se apresenta em sua plena

capacidade. O conteúdo do que lhe é informado para transcrever não pode estar sujeito a nenhum juízo por parte do servidor (DIAS apud IBDFAM, 2018, p. 1)".

Marcos Alves da Silva diz que "em relação a esse julgamento há um equívoco básico, uma falta de compreensão do que é a natureza jurídica da união estável, porque a união estável não é constituída por um ato, a união estável é um fato social (SILVA apud IBDFAM, 2018).

Portanto, como se pode verificar, o reconhecimento de uniões poliafetivas ainda não é permitida pelo ordenamento brasileiro em razão de sua não regulamentação, todavia, trata-se de matéria que ainda será objeto de debate nos próximos anos já que está longe de um consenso entre os estudiosos.

Ou seja, a considerar o fato de que a constituição de família é matéria em constante mutação, não se pode afirmar que união poliafetiva é terminantemente proibida, mas é correto dizer que não é reconhecida pelo CNJ como união estável.

Sob a ótica da constante evolução do direito de família, não parece acertado que o ordenamento permaneça inerte às mudanças sociais e não permita a união poliafetiva entre os indivíduos, já que é uma matéria íntima, que deveria caber apenas aos conviventes. As normas devem se adequar à realidade social e, principalmente, devem reger todas as relações interpessoais e com isso assegurar o direito de todos à vida plena.

Ademais, percebe-se que os fundamentos levados em consideração pelo CNJ para impedir o reconhecimento de uniões poliafetivas por meio de escrituras públicas foram interpretados de forma contraditória. Ora, se a norma deve acompanhar as transformações sociais e culturais, e se essa deve ser resultado dos fatos sociais, não parece acertado impedir o reconhecimento de relações entre três pessoas, que tem o *ánimus* de constituir uma família pautada no poliamor. Isto é, se a Lei deve regulamentar a sociedade levando em consideração suas mudanças culturais, não deveria prender-se em interpretações antigas que não levam em consideração as novas formas de constituição familiar.

Portanto, impedir que os conviventes em uniões poliafetivas tenham seus direitos patrimoniais e legais reconhecidos e regulamentados pela Lei afronta diretamente os direitos fundamentais e de personalidade, sem os quais não é possível atingir a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988.

Considerações Finais

A pesquisa apontou que o poliamorismo, também conhecido como união poliafetiva, é uma relação amorosa que ocorre entre mais de duas pessoas, que compartilham os parceiros de forma consentida em um mesmo vínculo e de forma simultânea. E essa modalidade de união ainda procura respaldo jurídico para ser considerada legal e assim surtir efeitos sucessórios e patrimoniais aos envolvidos.

Conforme discorrido, já existiram Escrituras Públicas realizadas em Cartórios brasileiros que reconheceram a união poliafetiva e lhe deu ar de legalidade a partir do ano de 2012, como se união estável fosse. O reconhecimento desta união foi pautado no fato de ser o poliamorismo instituto distinto da poligamia, em tese admitido por lei em razão do princípio da não intervenção, dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia privada, que estão previstos no Código Civil Brasileiro. Ocorre que tais uniões têm sido consideradas proibidas pelo Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2018, quando ao julgar um pedido de Providencias da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), decidiu pela impossibilidade de reconhecer a união poliafetiva como família detentora dos mesmos direitos por não ser monogâmica. A partir deste julgamento os Cartórios foram proibidos de praticarem este ato público.

Todavia, em que pese ser esse o entendimento adotado na atualidade, não existem dúvidas de que a matéria ainda necessita de nova análise do Poder Judiciário, haja vista o crescimento doutrinário de reconhecimento das uniões poliafetivas como resultado do conceito extensivo de família aplicado ao longo dos anos.

Mesmo que haja divergências não tem que se falar atualmente em reconhecimento de união poliafetiva no direito brasileiro, estando os conviventes dessa relação não compreendidos nos direitos adquiridos pela união estável declarada em Cartório. Em que pese ser esse o posicionamento do CNJ, o que se verificou pelos fundamentos apontados ao longo do texto foi que a atual concepção de família dá embasamento à regulamentação das uniões poliafetivas.

Deste modo, diante da comprovação de que o poliamorismo não se insere dentre as situações expressamente proibidas por Lei, o caminho mais correto a ser tomado é a sua regulamentação no Brasil, já que a pluralidade é um princípio do direito de família que deve ser levado em consideração para que todos os cidadãos tenham seus direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico, o que somente poderá ocorrer com o reconhecimento dos direitos dos conviventes em uniões poliafetivas.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

Cartórios não podem registrar união poliafetiva, decide CNJ. Revista **Consultor Jurídico**, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/cartorios-nao-podem-registrar-uniao-poliafetiva-decide-cnj>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas. Notícias CNJ, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Conselho%20Nacional,mais%20pessoas%2C%20em%20escrituras%20p%C3%ABlicas.>>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CNJ proíbe cartórios de fazerem escrituras públicas de uniões poliafetivas. IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). Assessoria de Comunicação do IBDFAM, 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6672/CNJ+pro%C3%ADbe+cart%C3%B3rios+de+fa+zerem+escrituras+p%C3%ABlicas+de+uni%C3%B5es+poliafetivas>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ – PP – Pedido de Providências – Corregedoria – 0001459-08.2016.2.00.0000 – Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – 48ª Sessão Extraordinária – julgado em 26/06/2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]**. – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 5: Direito de Família. 24 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

DRESH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica.** Jus.com, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>. Acesso em 09 mar. 2021.

Escritura reconhece união afetiva a três. IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 21/08/2012. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/4862>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6:** direito de família. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

LINS, Regina Navarro. **A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo: novas tendências.** ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** – 8.ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. (Org). **Tratado de Direito das Famílias.** 2. ed. Belo Horizonte. IBDFAM, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNIÃO estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP. **G1 Bauru e Marília,** 23/08/2012. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico n. 1010 de 17/04/2021 \(ano XIII\) ISSN - 1984-0454](http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html#:~:text=Uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20entre%20tr%C3%AAs%20pessoas,SP%20%7C%20Bauru%20e%20Mar%C3%ADlia%20%7C%20G1&text=Um%20homem%20e%20duas%20mulheres,especialmente%20em%20caso%20de%20separ%C3%A7%C3%A3o.&text=O%20jurista%20afirma%20ainda%20que,o%20primeiro%20feito%20no%20pa%C3%ADs.>. Acesso em: 09 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO BRASIL

NATHÁLIA FLAVIANA CARDOSO:
Bacharelanda pelo IESB - Instituto de
Ensino Superior de Bauru.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO¹¹⁶

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com o intuito de analisar as características e situações que envolvem o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil, sinalizando os diversos obstáculos existentes em seu combate. Desta forma a facilitar o entendimento da pratica abusiva e analisar as formas existentes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil. Restando destacar, o quão preocupante é a questão do tráfico de pessoas na esfera do governo brasileiro mesmo com várias estratégias de combate ao tráfico humano. A abordagem do tema se deu em decorrência do aumento do crime de tráfico de pessoas, acarretando diversos problemas como os fatores econômicos, culturais, sociais, políticos, no qual, os aliciadores se aproveitam da situação da mesma para aliciar, raptar, coagir ou enganar.

Palavras-chave: Tráfico de pessoas. Exploração sexual. Combate ao tráfico humano.

ABSTRACT: The present work was carried out in order to analyze the characteristics and situations that involve the crime of human trafficking for the purpose of sexual exploitation in Brazil, signaling the various obstacles that exist in its fight. In this way to facilitate the understanding of the abusive practice and to analyze the existing forms of human trafficking for the purpose of sexual exploitation in Brazil. Remaining to highlight, how worrying is the issue of human trafficking in the sphere of the Brazilian government even with several strategies to combat human trafficking. The theme was approached due to the increase in the crime of human trafficking, causing several problems such as economic, cultural, social, political factors, in which recruiters take advantage of its situation to entice, kidnap, coerce or deceive.

Keywords: Trafficking in persons. Sexual exploitation. Combating human trafficking.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Questões gerais sobre o tráfico de pessoas para exploração sexual: 2.1 Conceitos de tráfico de pessoas; 2.2 Rejeições a prática do tráfico de pessoas; 2.3 Vítimas do tráfico de pessoas. 3. Das discussões e ações

116 Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru – e-mail: andrea.escarabelo@universidadebrasil.edu.br

antitráfico. 4. A cpi do tráfico de pessoas no senado federal. 5. Conclusão. 6.Referências.

INTRODUÇÃO

O tráfico de pessoas vem sendo praticado desde a época da escravidão, na qual pessoas eram comercializadas e vendidas como objetos, não sendo um assunto tão recente, porém vem enfrentando obstáculos para sua extinção até hoje.

No decorrer dos anos milhares de pessoas caem na armadilha do tráfico e se veem presas nessa forma que já é considerada, uma exploração moderna.

O tráfico de pessoas é um fenômeno deplorável e cada vez mais preocupante por se tratar de uma forma grave de crime organizado e constituir grave infração aos direitos humanos, afetando pessoas oriundas de classes economicamente desfavorecidas, porém é equivocado apontar a pobreza como causa exclusiva do tráfico de pessoas. Está é apenas um dos fatores circunstanciais que favorecem o tráfico.

É um dos crimes mais lucrativos, junto ao tráfico de drogas e armas, só perdendo para o tráfico internacional de drogas, que é o tipo de crime de maior lucratividade no mundo. As principais modalidades dessa atividade criminosa são: o tráfico para exploração no trabalho, o tráfico sexual, o tráfico para extração de órgãos e o tráfico de crianças.

O presente trabalho visa analisar as características e situações que envolvem crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil, buscando em seu bojo alertar sobre esse crime invisível e que vem crescendo em proporções alarmantes. Para isso, deve haver mais informações disponíveis para as pessoas, políticas públicas direcionadas às peculiaridades desse crime e a minimização da situação dos grupos em vulnerabilidade.

Visto isso, fica claro que a falta de informação e de estratégia em conjunto entre governo e sociedade, juntamente com a vulnerabilidade das vítimas são os principais fatores que permite a rede de tráfico de pessoas. Diante do exposto, fica evidente a necessidade de uma implementação de legislação específica e de mudanças nas estratégias para o combate a esse crime, seja na repressão ou no acolhimento às vítimas.

A vulnerabilidade social, cultural ou econômica auxilia o ataque das organizações criminosas no aliciamento de pessoas que buscam melhores condições de vida.

2 QUESTÕES GERAIS SOBRE O TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL

2.1 Conceitos de tráfico de pessoas

A discussão que caracteriza a prostituição como um problema foi realizada através da medicalização e do policiamento da sexualidade; desta forma tornando o tráfico dizível entrelaçado aos discursos médico e policesco acometido no repúdio à prostituição.

O tráfico de pessoas é um elemento em uma ampla estrutura de exploração que senta raízes na estruturação do mercado de trabalho, em sua segmentação, nas desigualdades de oportunidades e acesso ao emprego.

Em 1915, rearranjou-se a redação do código penal de 1890 trazendo, pela primeira vez no ordenamento brasileiro, uma forma de definição de tráfico, no artigo 278, em conjunto com o artigo 277. O artigo 277 penalizava a prática de facilitar a prostituição de outrem. O primeiro parágrafo do artigo 278 tratava sobre casos de tolerância, falando no desencaminho de mulheres e sinaliza preocupações com deslocamentos de mulheres para prostituição, ainda que com o seu consentimento:

Qualquer mulher estrangeira que praticasse o ato de se prostituir por vontade própria ou não, e que não fosse bem vista em seu círculo de sociabilidade, corria o risco de ser repatriada em cumprimento da função estatal de “limpar” as capitais brasileiras para que o país pudesse ser aceito no rol das nações civilizadas. Não importando se elas consentissem ou não, pois não eram os direitos delas que se tentava proteger. Ainda assim, nos dias de hoje é utilizado desse pensamento no Brasil, transmutada na máxima de que o consentimento da vítima é irrelevante para configurar crime de tráfico.

Em 1940, um novo código penal brasileiro foi elaborado. Pela primeira vez, o tráfico ganha um artigo específico. O artigo 231 dizia:

Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro. Pena [...]. Se a apontada vítima tivesse entre 14 e 18 anos de idade, se (o) agente fosse ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador ou afim, se houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude, ou se fosse cometido com fim de lucro, aumentava-se a pena. (BRASIL, Lei 2.848/40).

O ato de prostituição não é penalizado, nem mesmo a compra de tal serviço, entretanto qualquer ajuda ou facilitação é desencorajada. Essa disposição confusa de permissões e proibições parece estratégica para sanar as mesmas contraditórias demandas do século XIX, que se faziam em torno da tensão entre as concepções da prostituta como “vítima passiva” e como “infratora da moralidade”. Em torno do século XX, não havia que se pensar em “agência feminina”, como se faz hoje, nem mesmo em “direito ao próprio corpo”, assunto tratado nos movimentos feministas de 1960, no qual as mulheres que participavam de tais atividades eram meramente ignoradas no discurso jurídico. Não somente elas não participavam do debate, como nem sequer eram consideradas sujeitas.

A princípio o Código Penal Brasileiro se preocupava apenas com o tráfico de mulheres, se estendendo posteriormente ao tráfico internacional de pessoas, que passou a ser tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, considerando, dessa forma que todos os gêneros podem ser vítimas desse crime (BARRETO, 2018).

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional destinado a prevenir, reprimir e punir o Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, mais conhecido como Protocolo de Palermo (2004), estabelece em seu artigo 3º, “a”, a primeira definição, aceita no cenário internacional, de tráfico de pessoas:

Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos.

Essa elucidação leva a um pensamento amplo em relação ao ato delituoso, em que o referido instrumento internacional indica várias maneiras de investigação e a inevitabilidade de uma base social e legal de apoio as vítimas, tendo discernimento de tratá-las como pessoas que passou por traumas e foram exploradas e não como se tivessem cometido algum crime.

Assim, explica Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto (p. 9, 2018).

Atualmente, esse crime se confunde com outras práticas criminosas e de violações aos direitos humanos e não serve mais apenas à exploração de mão de obra escrava. Alimenta também redes nacionais e transnacionais de exploração sexual comercial, muitas vezes ligada a roteiros de turismo sexual, e organizações especializadas em retirada de órgãos.

O tráfico de pessoas é uma atividade que oferece cada vez mais lucros e não oferece tanto risco de punição, visto que a maioria dos países não contém uma legislação abrangente para tal conduta, acarretando o crescimento do crime organizado nessa atividade. Sendo praticado mais por homens do que por mulheres, de acordo com o quadro 1 abaixo:

NÚMERO DE PRESOS / MODALIDADE DE EXPLORAÇÃO	FEMININO	MASCULINO
Presos por Tráfico de Internacional de Pessoas para fins de Exploração Sexual	6	230
Presos por Tráfico Interno de Pessoas para fins de Exploração Sexua	0	8
TOTAL	6	238

Dados do DEPEN 2014 (Departamento Penitenciário Nacional): Relatório nacional sobre o tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016.

A Lei nº 13.344 de 06 de outubro de 2016 introduziu no Código Penal Brasileiro o artigo 149-A abordando o tráfico de pessoas e revogou os artigos 231 e 231-A que tratavam da mesma matéria. O artigo 149-A do CP detalha o tipo como:

Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; II submissão a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submissão a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; V - exploração sexual.

Uma vez que o sujeito do crime pode ser qualquer pessoa que tenha a conduta dolosa, a vítima também, em razão de se tratar de ação penal comum. Vale destacar que para se configurar tráfico, é necessário ter a finalidade de explorar a pessoa deslocando-a ou não de um país para outro, seja qual forma for.

O crime se dá em três fases, a primeira pela conquista da vítima por meio de diversas ofertas e recursos oferecidos. A segunda sucede na logística do transporte

e da admissão dessas vítimas nos países de destino, assim como a etapa de falsificação de documentos e diversas vezes, o aliciamento dos agentes responsáveis pelo controle migratório. A terceira fase se caracteriza na chegada da pessoa traficada no ambiente da exploração, normalmente ficando em cárcere privado e em condição de higiene e alimentação, introduzindo o consumo de drogas, chantagens frequentes e intensas agressões repetidas, podendo levar muitas vezes a à óbito (BARRETO, 2018)

2.2 Rejeições a prática do tráfico de pessoas

No período do século XIX, a rejeição ao tráfico de pessoas negras africanas para práticas escravistas tomou força. Junto a essa necessidade, não mais humanitária que econômica, surgiu-se a preocupação com o tráfico de mulheres brancas para prostituição.

Em torno do século XIX, marco da constituição de uma ciência sexual, as mulheres que levavam uma vida de prostituição foram tratadas como objeto do conhecimento médico, compreendida como uma enfermidade, como desvio social. Essas mulheres teve o amparo longe das cidades, sendo consideradas como um problema à vida civil e moral. Nesse período já se ouvia falar em prostituição atravessando fronteiras nacionais.

Em 1904, ocorreram inquietações de ordem moral, em relação ao tráfico para práticas escravistas nas Américas, o Tratado Internacional para Abolição do Tráfico de Escravas Brancas. Esse foi o primeiro instrumento internacional que tratou de tráfico para exploração sexual.

O Brasil constituiu o Tratado Internacional para Abolição do Tráfico de Escravas Brancas e ajustou seu contexto jurídico ao conteúdo dessa convenção. Na escrita original do Código Criminal do Império do Brasil de 1830, a prostituição não se concebia com um problema, embora quem praticava essa atividade já era mal visto. Tal prática teve uma única referência que se encontra no artigo 222, a respeito de estupro, em que caso o crime fosse cometido contra uma mulher honeste de boa índole ou contra uma prostituta, e pena seria diferenciada. Embora a preocupação com a prática de adultério, poligamia, ofensas à moral e aos bons costumes, desigualdade entre mulheres honestas, solteiras e casadas, o código imperial esclarece a entendimento de prostituta como mulher pública, "mulher de todos", "mulher da rua", que matem comportamentos dos padrões normativos, e que não é digna da de proteção da mesma forma que as outras. Porém, há uma preocupação específica com tal prática.

Conforme define Damásio de Jesus, (p.27, 2003).

O primeiro documento internacional contra o tráfico (1904) mostrou-se ineficaz não somente porque não era propriamente universal, como também porque revelava uma visão do fato centrada na Europa. O segundo documento de 1910, complementou o primeiro na medida em que incluía provisões para punir os aliciadores, mas obteve apenas 13 ratificações. Os instrumentos seguintes, de 1921 e 1933, que foram elaborados no contexto da Liga das Nações, eram mais abrangentes, mas definiam o tráfico independentemente do consentimento da mulher. Esses quatro instrumentos foram consolidados pela Convenção de 1949, que permaneceu como o único instrumento especificamente voltado para o problema do tráfico de pessoas até a adoção da Convenção de Palermo e seus Protocolos.

Já em 2009, foi admitido o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial, Mulheres e Crianças, promulgado no Brasil através do Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004.

Mesmo após a validação do Protocolo de Palermo no Brasil, não houve a mudança esperada no ordenamento jurídico Brasileiro. O legislador alterou o Código Penal de 1940 ao retificar a lei nº 12.015/2009, modificando o artigo 231 e incluindo o artigo 231-A que fazia parte do título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual), não se enquadrou na legislação interna, uma vez que criminalizou somente o tráfico para fins de exploração sexual.

No Código Penal antes de entrar em vigor a lei 13.344/16, o tráfico de pessoas no âmbito internacional era tratado no artigo 231, CP, in verbis:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou

curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Em relação ao tráfico interno, nacional, era tipificado no artigo 231-A, CP:

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O Código Penal tratava do delito em dois dispositivos diferentes, no âmbito internacional, sendo a competência da Justiça Federal e o âmbito comercial interno, sendo a competência da Justiça Estadual, ambos se limitam no núcleo do tipo penal, apenas criminalizando as condutas de exploração sexual ou prostituição, o que era uma terrível falha legislativa, tendo em vista que o tráfico de pessoas é um crime que pode ser executado em outras modalidades.

Além disso, a consumação do crime dava-se caso houvesse entrada ou a saída da vítima do território nacional ou deslocamento dentro do território nacional. Nota-se que a proteção era insuficiente, assim, sendo concretizadas as disposições do pacto internacional.

A Lei 13.344/16 revogou formalmente os artigos 231 e 231-A. Criou novo tipo, transferindo-o do Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual) para o Capítulo IV (dos crimes contra a liberdade individual). Não só englobando a exploração sexual, mas também a remoção de órgãos, o trabalho forçado, a servidão e adoção. O novo

diploma também reuniu o tráfico nacional e transnacional de pessoas no mesmo dispositivo:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Percebe-se que tanto no Protocolo de Palermo quanto no Código Penal, são necessários três elementos para caracterizar a conduta do tráfico de pessoas: ação, o meio e a finalidade de agir. Em relação ao último elemento, considera-se que o Protocolo de Palermo não é abrangente quanto às formas de exploração. Já o art. 149- A do Código Penal antepôs por delimitar as modalidades de exploração, para remoção de órgãos, submissão ao trabalho em condições análogas à de escravo e a servidão, adoção ilegal e exploração sexual.

2.3 Vítimas do tráfico de pessoas

O tráfico de pessoas é um fenômeno abominável e cada vez mais preocupante por se tratar de uma forma grave de crime organizado e constituir grave infração aos direitos humanos. Em meio as causas, estão à pobreza, o desemprego, falta de educação e acesso a informação.

O número de vítimas do tráfico de pessoas aumenta cada vez mais no Brasil e no mundo, a forma que os aliciadores encontram para enganar as vítimas muda constantemente, sempre com falsas promessas de uma vida melhor. O crime que não escolhe grupos ou situações, entretanto, os aliciadores preferem muitas vezes pessoas com baixa renda em grupos de risco, assim sendo difícil para as próprias vítimas se enxergarem como vítimas, assim os sonhos acabam se tornando iscas utilizadas pelos aliciadores (BRASIL,2013).

Uma das modalidades do tráfico de pessoas é o de mulheres para fins de exploração sexual e, nesta modalidade, as mulheres atingidas pela pobreza são particularmente mais vulneráveis.

Segundo a cartilha “Tráfico de Mulheres: Política Nacional de Enfrentamento” elaborada pela Secretaria de Políticas para Mulheres:

As principais motivações dos traficantes de pessoas são: a alta rentabilidade - os aliciadores ficam com o produto da exploração das vítimas; baixo risco - ocasionado pela dificuldade em se identificar o crime e pela legislação insuficiente; impunidade ineficácia da repressão e; a inexistência de materialidade do crime no caso do tráfico de pessoas, a própria materialidade do crime é a pessoa o que dificulta a caracterização dessa materialidade. Diversamente ocorre com o tráfico de armas e de drogas onde a materialidade se verifica, respectivamente, nas armas e nas drogas encontradas. (ROUSSEFF; TEMER et al., p, 14, 2011).

Conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 2005, denominado “Uma aliança Global Contra o Trabalho Forçado” estima-se em aproximadamente 2,4 milhões o número de pessoas no mundo que foram traficadas para serem submetidas a trabalhos forçados. Desse total, a OIT calcula que 43% das vítimas são subjugadas para exploração sexual e, 32% para exploração econômica entanto que as restantes (25%) são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas. (OIT, p. 12, 2005).

A forma de prevenção do tráfico de pessoas está prevista no art. 4º da lei nº 13.344/16:

Art. 4º A prevenção ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I - da implementação de medidas intersetoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II - de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens; III - de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; e IV - de incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas.

Conforme o relatório da OIT (2005), o valor adquirido com o tráfico de pessoas chega a torno de 31,6 bilhões de dólares, em vista que desse total, América Latina responde por 1,3 bilhões de dólares “Estipula-se, afirma o Relatório, que o lucro das redes criminosas com o trabalho de cada ser humano transportado ilegalmente de um país para outro chegue a 13 mil dólares por ano, podendo chegar a 30 mil dólares no tráfico internacional”, segundo estimativas do escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC).

A grande parte das mulheres traficadas seria de regiões do Leste Europeu (Rússia, Ucrânia, Albânia, Kosovo, República Tcheca e Polônia), “inclusive do Sudeste Asiático (Filipinas e Tailândia), África (Gana, Nigéria e Marrocos) e América Latina, especialmente Brasil, Colômbia, Equador e República Dominicana.” (OIT, p. 13).

As raízes do problema encontram-se muito mais nas forças que permitem a existência da demanda pela exploração de seres humanos do que nas características das vítimas. Essa demanda vem de três diferentes grupos: os traficantes – que, como visto acima, é atraído pela perspectiva de lucros milionários –, os empregadores inescrupulosos que querem tirar proveito de mão-de-obra aviltada e, por fim, os consumidores do trabalho produzido pelas vítimas. (OIT, p. 15, 2005).

Um dos fatores determinantes para o tráfico de pessoas é a pobreza, porém não é o único, mas é o mais importante. “A pobreza leva as pessoas a se submeterem às condições dos traficantes, pela necessidade de sobrevivência, por falta de perspectivas de vida futura.”

No que diz respeito às razões para o tráfico internacional de pessoas, Damásio de Jesus (2003, p. 19) atribui a

a ausência de direitos ou a baixa aplicação das regras internacionais de direitos humanos; a discriminação de gênero, a violência contra a mulher, a pobreza e a desigualdade de oportunidades e de renda; a instabilidade econômica, as guerras, os desastres naturais e a instabilidade política.

O Brasil é um país altamente marcado por desigualdade social, em que tem diferentes taxas de pobreza em cada região, proporcionando diretamente a existência de rotas de tráfico interno e internacional, na qual 120 das 131 rotas internacionais foram usadas para tráfico de mulheres. Na qual as regiões mais marcadas pela pobreza e desigualdade social são Norte e Nordeste, apresentam as maiores quantidades de rotas de tráfico. (ALEXSANDRO; ALYNE et al. p. 85, 2019).

3 DAS DISCUSSÕES E AÇÕES ANTITRÁFICO

As discussões e ações antitráfico tornam-se maiores no decorrer do ano de 2000, no qual foi elaborado e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.017, de 12/03/2004, o Protocolo de Palermo, que entrou em vigor em 2003.

O protocolo de Palermo foi à base que definiu o que seria o conceito de tráfico de pessoas em seu artigo.

Um instrumento jurídico internacional que trata do tráfico de pessoas, especialmente de mulheres e crianças, um dos instrumentos mais importante em relação ao tráfico de pessoas. Além de esse protocolo ser designado para combater o e precaver o tráfico de pessoas, visando à proteção dos direitos fundamentais das vítimas, ele faz parte de um conjunto de instrumentos dirigido à repressão do crime organizado transnacional, integrado pelo protocolo para o combate ao contrabando de migrantes.

No Brasil ainda não houve um alinhamento entre as leis nacionais referentes ao tráfico de pessoas e o Protocolo de Palermo, havendo múltiplos entendimentos na atuação estatal frente ao problema que decorre pelo desequilíbrio de dois instrumentos legais que define esse crime. O norte jurídico de "tráfico de pessoas", que guia o sistema criminal brasileiro é filiado exclusivamente à intermediação ou facilitação de deslocamentos internacionais e internos para fins de prostituição ou outras formas de exploração sexual.

Destaca-se que o Plano Nacional de Enfrentamento ao tráfico de Pessoas, em seu artigo 2º do anexo ao Decreto 5.948/2006, partilha a definição do conceito de tráfico de pessoas disposto no Protocolo de Palermo.

As mulheres são as maiores vítimas do tráfico de pessoas para exploração sexual obtendo um expressivo número, de acordo com o quadro 2 abaixo:

TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL POR ANO / SEXO	FEMININO	MASCULINO	PESSOAS QUE NÃO INFORMARAM OU NÃO RESPONDERAM A PESQUISA	TOTAL
2014	56	1	43	100
2015	139	0	76	215
2016	122	4	47	173
TOTAL	317	5	166	488

Fonte: MJSP / SPM: Relatório nacional sobre o tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016.

De acordo com os números apresentados, cada ano o tráfico de mulheres é maior. O Respaldo que temos em nosso ordenamento Jurídico a respeito da repressão ao tráfico de pessoas está prevista no artigo 5º da lei N°13.344/16, que diz:

Art. 5º A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio: I - da cooperação entre órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros; II - da integração de políticas e ações de repressão aos crimes correlatos e da responsabilização dos

seus autores; III - da formação de equipes conjuntas de investigação.

Desta forma, evidente que para combater o tráfico de pessoas, é necessária a junção e cooperação de todos os órgãos competentes, não existindo coordenação entre o Estado e o setor privado, não é possível desenvolver uma estratégia de prevenção.

A base jurídica brasileira para o enfrentamento do tráfico e da exploração sexual de meninas e mulheres está fundamentada nas seguintes leis: Decreto (nº. 5.948/06); Decreto (nº. 9.440/18); Decreto (nº. 9.833/19); Lei (nº. 13.344/16) Código Penal; Constituição Federal 18 de 1988; Lei dos Crimes Hediondos (nº. 8.072/90); Lei da Tortura (nº. 9.455/97); Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA Lei (nº. 8.069/90). Artigo que tipifica como crime a exploração sexual de crianças e adolescentes (meninas):

O Art. 244-A do ECA - submeter criança e adolescente à prostituição ou à exploração sexual, crime que comina pena mais gravosa – reclusão de 4 a 10 anos e multa.

Artigo que tipifica o tráfico de mulheres em nível internacional:

O Art. 230 do Código Penal - Promover ou facilitar a entrada no Brasil de mulheres que venham com o objetivo de exercer a prostituição ou a saída de mulheres para o exterior com o mesmo objetivo. Pena de 4 a 10 anos - forma qualificada.

Artigo que tipifica como crime o tráfico de pessoas no território nacional:

Art. 231-A do Código Penal lei (nº. 11.106/2005) que tipifica o crime de tráfico de pessoas em território nacional - Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição. Pena e reclusão de 3 a 8 anos e multa. (LÚCIA LEAL, FÁTIMA LEAL, LIBÓRIO, p.201, 2007).

4 A CPI DO TRÁFICO DE PESSOAS NO SENADO FEDERAL

A comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil (CPI), do Senado Federal, é responsável pela “investigação do tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis, no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da

convenção de Palermo. " A CPI foi criada em março de 2011, por Requerimento da Senadora Marinor Brito e têm como presidente a Senadora Vanessa Grazziotin e como Relatora a Senadora Lídice da Mata.

Lowenkron (2012) também diferencia entre dois tipos de CPI. As mais famosas voltadas para a apuração de irregularidades de corrupção envolvendo agentes públicos e as CPIs como a que estamos analisando, que funcionariam como fóruns para discutir, diagnosticar e encontrar soluções para "problemas sociais".

Na CPMI da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, Gorenstein analisa a reprodução de "lugares comuns estigmatizantes" e "indícios de utilização de discursos populistas, geralmente usados para gerar impactos", Modelos desses tipos de discursos seria a afirmação de que a CPMI deveria "erradicar" a exploração sexual". (Gorenstein, 2009).

Não se espera que qualquer comissão parlamentar de inquérito possa efetivamente erradicar qualquer problema social. Mas, mais do que isso, observar, aprender, retirar lições, melhorar os padrões legislativos e de consciência da população a esse respeito. No entanto, é certo que um tipo de discurso mais ambicioso pode gerar mais atenção que outro mais comedido.

5 CONCLUSÃO

O tráfico de pessoas acentua uma característica muito importante, a desigualdade social, que tem raízes culturais em patamar mundial.

Desde a assinatura do Protocolo de Palermo, o país está na luta para radicalizar o tráfico de pessoas. Mesmo com a ratificação do protocolo, ainda contém lacunas na legislação brasileira, haja vista que o país está dando prioridade ao combate do crime, obtendo destaque e se tornando modelo para outros países no combate ao tráfico de pessoas.

Sendo o tráfico de pessoas uma questão mundial, este presente em todos os países. A falta de aplicações em pesquisas sistemáticas dificulta um mapeamento geral do crescimento do crime.

Desta forma, sofrendo uma carência de coordenação de execução entre os países que já implementam ações nessa direção, mesmo lutando em busca global pelo fim dessa violação de direitos humanos. Não sendo fácil implementar a Política Nacional se não houver uma verdadeira coordenação de esforços, tanto nacional quanto internacional.

Para se obter sucesso nessa luta e acabar com o tráfico de pessoas, é necessário acabar com a pobreza, trabalhos conjuntos entre sociedade e governo, a mídia escancarar mais sobre um assunto tão importante, como alertando as pessoas sobre o crime.

O que se torna evidente nessa extensão, é a informação, informação sem fronteiras, para que todo o país tenha essa ferramenta para combater o crime.

É importante que o plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas permaneça elaborando metas e ações que devam ser implantadas.

O Brasil teve avanços no combate ao tráfico de pessoas, mas a questão ainda está longe de atender as necessidades e peculiaridades do crime.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Daniel. **O papel do Estado no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual**. Fev. 2018. Disponível em:

<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51370/o-papel-do-estado-no-trafico-internacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual>>. Acesso em: 08 out 2020.

BESSA, Alyne; SALUSTIANO, Johnes et al. **Relatório nacional sobre o tráfico de pessoas: dados 2014 a 2016**, ed. Brasília: Unicef, 2017.

BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico internacional de seres humanos**. São Paulo: ed. Damásio de Jesus, 2004. 104 f. (Série perspectivas jurídicas).

BRASIL, **Decreto n º 5.017, de 12 mar. 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato/2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 08 maio. 2020.

BRASIL, **Decreto n º 5.948, de 26 de outubro de 2006**. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004_2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018**. Aprova o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9440.htm>.
Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 9.833, de 12 de junho de 2019**. Dispõe sobre o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9833.htm.
Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília 1940.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>.
Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL, **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016**. Dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. **Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

Cienc. Cult. vol.67 no.2 São Paulo Apr./June 2015 [online]. Disponível em:
<http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200012>. Acesso em: 05 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico De Pessoas – Lei 13.344/16 Comentada por artigos**. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FEIJÓ, Alexsandro; CALDAS, Alyne Mendes et al. **Escritos do direito**, ed. São Luís: EDUFMA, 2019.

GORENSTEIN, Fabiana. **Da concepção menorista à proteção integral: oscilações de discurso na CPMI da exploração sexual de crianças e adolescentes.**

Dissertação de Mestrado defendida na Faculdade de Direito/UnB. Brasília, 2009.

Habigzang, L. F., Koller, S. H, Azevedo, G. A., & Machado, P. X. (2005). **Abuso sexual infantil e dinâmica familiar:** Aspectos observados em processos jurídicos.

Psicologia: Teoria e Pesquisa, 21(3), 341-348.

PINTO LEAL, Maria Lucia; PINTO LEAL, Maria de Fatima; COIMBRA LIBÓRIO, Renata Maria. **Tráfico de Pessoas e Violência Sexual.** 1.ed. Brasília: Leal Produções & Publicações, 2007.

TEMER, Michel; DILMA, Rousseff; LOPES, Iriny et al. **Tráfico de Mulheres:** Política Nacional de enfrentamento, ed. Brasília: Secretaria de Políticas para Mulheres, Presidência da República, 2011.

VENSON, Anamaria; Marcon, PEDRO; Joana Maria. **Tráfico de pessoas:** uma história do conceito. São Paulo: ed. Rev. Bras. Hist, 2013.

VENSON, Anamaria Marcon. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual? Uma análise de processos-crime (1995-2012).** Florianópolis; Rev. Estud. Fev, 2017.

WHITE, Ana Guglielmelli; CUNHA, Ana Paula; RAMIREZ, Andrés. **Refúgio, Migrações e Cidadania.** 7. ed. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2012.

A DESOBRIGATORIEDADE NA LEGISLAÇÃO DA ATUAÇÃO DE INTÉRPRETES DE LIBRAS EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM FACE DE MULHERES SURDAS NAS DELEGACIAS E JUIZADOS ESPECIALIZADOS.

ANA THALIA DA SILVA VITOR SOARES DINIZ:
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA

Resumo: O objetivo deste trabalho visa fomentar a discussão acerca da carência da interferência efetiva do Estado em políticas de enfrentamento à violência contra a mulher surda, bem como a ausência nas legislações infraconstitucionais da obrigatoriedade do atendimento humanizado por meio dos profissionais de Libras – Língua Brasileira de Sinais -, no que tange a acesso à justiça. Historicamente, a figura feminina é vítima de vulnerabilidade em virtude de uma sociedade patriarcal e capitalista, enraizada em conceitos ultrapassados. Porém, em se tratando de mulher com deficiência auditiva, incorre-se em dupla opressão ou hipervulnerabilidade, haja vista a perpetuação da incredulidade na competência moral e profissional da mulher. Desta maneira, faz-se necessário compreender que o Poder Judiciário deve ser atuante, didático e acessível com o escopo de reprimir os incidentes de violência, tal como a taxa de mortalidade desse grupo.

Palavra – chave: Mulher surda. Violência doméstica. Intérprete de LIBRAS.

Abstract: The objective of this work is to foster a discussion about the lack of effective State interference in policies to combat violence against deaf women, as well as the absence in the infra-constitutional legislation of the obligation of humanized care through Libras - Brazilian Sign Language professionals. , regarding access to justice. Historically, the female figure had been a victim of vulnerability, due to the patriarchal and capitalist society. However, in the case of a woman with hearing loss, double oppression or hypervulnerability is incurred, given the perpetuation of unbelief in the woman's moral and professional competence. Thus, it is necessary to understand that the Judiciary must be active, didactic and accessible in order to repress incidents of violence, such as the mortality rate of this group.

Keywords: Deaf woman. Domestic Violence. Interpreter of LIBRAS.

Sumário: Introdução. 1. Da omissão na Lei Maria da Penha e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. 2. A trajetória das mulheres surdas. 3. Dificuldade de acessibilidade no atendimento de vítimas de violência doméstica. 4. Conclusão. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito ao acesso à justiça encontra amparo nos mais diversos preceitos legais de ordem internacional, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), assentado nos termos do artigo 8º, 1 “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Dentro do plano nacional, está consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em uma sociedade regida pela Carta Maior, pela qual afirma que é dever do Estado assegurar a assistência a cada membro familiar, coibindo as variadas formas de violência, esta norma legal não se coaduna com a atual conjuntura, visto que os princípios da dignidade humana e isonomia são amplamente abordados, carecendo de especificidade em sua aplicação.

Logo, a perspectiva da presente pesquisa é por em xeque a discussão da ausência da obrigatoriedade da inserção dos intérpretes de libras em delegacias especializadas de atendimento a vítima de violência doméstica em face de mulheres surdas, no âmbito da Lei Maria da Penha e na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, as principais normas referentes ao cerne do problema. Desta forma, muito embora o § 1º do artigo 1º da Lei 11.347 de 06 de Agosto de 2006, defina que compete ao poder público providenciar políticas públicas as quais promovam oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, verifica-se nos últimos anos o avanço moroso da referida lei, uma vez que pouco acompanha as necessidades deste grupo vulnerável.

1. DA OMISSÃO NA LEI MARIA DA PENHA E NA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

A Lei Maria da Penha, em vigência desde setembro de 2006, trata-se da ferramenta jurídica de maior importância no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Sabe-se que a lei Maria da Penha é um compilado de proteção à opressão física, psicológica, sexual e profissional, a qual é uma das legislações mais avançadas e bem estruturadas existentes. Neste íterim, somente em 04 de junho de 2019, fora sancionada pelo presidente Jair Messias Bolsonaro (2018-2022), a inclusão obrigatória da informação se a mulher possui quaisquer tipos de deficiência, ou se da violência sofrida resultou no acometimento de deficiência”. Percebe-se que os direitos das mulheres foram se estruturando gradualmente, e infelizmente de modo vagaroso. Somente após treze anos da sanção da Lei Maria da Penha (2006), instituiu-se a obrigatoriedade da informação da condição de deficiência, ou se em

decorrência da violência resultou-lhe, elencado no artigo 12, §1 da Lei 11.346. O objetivo do legislador é imprimir maior segurança e senso de justiça em face dos opressores. Certamente figura como um avanço, todavia a mesma lei não tenha expressado maiores detalhes na prática. O Código Penal prevê no capítulo I, dos crimes contra a vida, o denominado feminicídio, evidenciando-se que este implica quando do assassinato ocorre pelas simples razões de condições do sexo feminino. A violência doméstica é causa que atribui ao delito em comento caráter de homicídio qualificado. É clarividente a preocupação com esta temática, visto que suscita repulsa à sociedade com previsão de aumento de pena:

§ 7^o-A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

Ademais, ainda a respeito dos mandamentos do Código Penal, no capítulo II, das lesões corporais, o legislador manifestou-se:

§ 9^o Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

§ 11. Na hipótese do § 9^o deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

De outra banda, a lei 13.146, de 06 de Julho de 2015, a qual institui a inclusão da pessoa com deficiência, em nada se manifesta acerca da obrigatoriedade dos intérpretes de libras em recintos como as delegacias e juizados especializados. A referida lei, até o presente momento, incorre em grave omissão. Em minuciosa análise ratificou-se a proposição de projetos de lei de iniciativa de parlamentares com o fito de trazer à baila tal emergência legislativa, todos sem efetivo parecer conclusivo. De toda sorte, é possível constatar que alguns Estados e municípios implementam em órgãos públicos a acessibilidade, é o caso de Goiás e São Paulo.

Em relação ao meio virtual, para além do disque 180, canal exclusivo e de funcionamento 24 horas, o Brasil conta com o suporte dos aplicativos Direitos

Humanos Brasil e Proteja Brasil, disponíveis para as versões Android e IOS, ambos do governo federal. O aplicativo Direitos Humanos Brasil, segundo o sítio oficial do ministério de direitos humanos, é um canal onde as denúncias podem perfazer-se de modo anônimo ou identificado. A mulher vítima de violência doméstica, responde a um breve questionário, em seguida é direcionada para o atendimento necessário. A partir de meados de 2020, a central terá à disposição o trabalho de intérpretes em chamadas de vídeo para um atendimento humanizado e acessível.

A vigente problemática fora objeto do Projeto de Lei nº 4.258 de 2019, de autoria do Sr. deputado federal Luiz Lima, o qual seria incorporado ao texto da Lei Maria da Penha passando a vigorar com as alterações previstas no artigo 12-A, parágrafo único: "Deverá ser disponibilizado um interprete de LIBRAS (Língua Brasileira de Sinais), para atendimento de mulheres com deficiência auditiva. (NR)". Em minuciosa pesquisa, constatou-se que o projeto de lei estado de inércia, com última movimentação em 04/12/2019, atualmente recebido pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), bem como apensado ao projeto de lei nº 4067/2019. Por esse motivo, salta aos olhos a ineficaz atuação do Estado, e a morosidade no trâmite de uma questão basilar.

2. A TRAJETÓRIA DAS MULHERES SURDAS:

O principal marco da história de resistência das mulheres surdas no que cinge ao combate à violência, refere-se Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em 30 de março de 2007 na cidade de Nova York, e em seguida ratificada pelo Congresso Nacional Brasileiro via decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009, contendo cinquenta artigos integrando direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. De caráter supranacional, adotada pela Assembleia Geral da ONU, tal ordenamento busca promover a igualdade de condições. Frisa-se que a ONU, organização que tem como membro o Brasil desde 1945, é veemente em afirmar que onde inexistente acessibilidade, comete-se infração à dignidade humana, sofrendo as penas previstas. De modo mais específico, no seu artigo 6º, sendo este dividido em duas passagens, denominado Mulheres com deficiência, a seguir transcrito:

1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos

humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção. (CDPD)

Ademais, e não menos importante, tem-se o artigo 16, o qual reitera a responsabilidade macro dos Estados membros em proporcionar políticas públicas eficientes, senão vejamos:

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras, para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero.

2. Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.

3. A fim de prevenir a ocorrência de quaisquer formas de exploração, violência e abuso, os Estados Partes assegurarão que todos os programas e instalações destinados a atender pessoas com deficiência sejam efetivamente monitorados por autoridades independentes.

4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o autorrespeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.

5. Os Estados Partes adotarão leis e políticas efetivas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, investigados e, caso necessário, levados à justiça. (CDPD)

Num período não muito longínquo, as mulheres surdas sob a égide de uma sociedade machista, eram vistas como incapazes de exercer com maestria as mais diversas atividades. Cumpre-nos informar que esses tempos, deveras arcaicos, ainda assombram o século XXI. Apesar da ascensão de grupos e coletivos a partir de 2011, como o Associação das Mulheres Deficientes Auditivas e Surdas de Goiás, Associação dos Surdos do Maranhão e canais na rede mundial de computadores, a exemplo do Juslibras, grupos dotados de autonomia e profissionalismo. Infelizmente, nota-se que até o presente momento, poucos são os movimentos que ganham notoriedade na mídia, e por fim uma identidade político-social consistente.

3. DIFICULDADE DE ACESSIBILIDADE NO ATENDIMENTO DE VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.

Em uma constituição que prega igualdade de condições e acesso a tutela jurisdicional como premissas básicas de todo e qualquer cidadão, constata-se que no plano real figura como uma utopia. Mulheres com total, ou certa limitação auditiva enfrentam desde muito tempo o descaso para com as mesmas.

Mulheres surdas não conseguem denunciar violência doméstica por falta de intérpretes APRIL 14, 2019 RIO - Depois de quase cinco anos sofrendo com a violência de seu marido, Carla* precisou de três tentativas — em 2014, 2017 e neste ano — para conseguir encaminhar um pedido de medida protetiva na Delegacia da Mulher do Rio. Sua surdez impedia a comunicação com os funcionários, já que o local não conta com um intérprete para auxiliar portadores de deficiência auditiva. Devido à demora do processo — também por falta de testemunhas —, ela voltou a sofrer agressões e pensou que fosse morrer antes de conseguir a medida. — Na polícia, não havia intérprete para me auxiliar. Tive de fazer o registro escrito, de um jeito bem informal, fazendo mímica. Me senti exposta — disse ela, por meio de uma intérprete. — Se eu vou até lá é porque realmente estou precisando de ajuda. Tem de haver um apoio humano e tecnológico. Fonte: O Globo, Mulheres surdas não conseguem denunciar violência doméstica por falta de intérpretes. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/mulheres-surdas-nao-conseguem-denunciarviolencia-domestica-por-falta-de-interpretes-23597017>. Acesso em: 13 de março de 2021.

Nesse contexto, “a questão da violência contra a mulher surda, aspecto que é citado como de maior incidência (entre as mulheres surdas diante de sua fragilidade) como: raptos, incesto, assédio sexual, prostituição e violência doméstica; a questão de capacitar a mulher surda a construir resistência aos abusos psíquicos e morais que abrem porta à progressiva instalação da violência doméstica ou no

trabalho; as delegacias da mulher, com acesso em libras, mediante intérprete ou tecnologia específica que pode ser Whatsapp, Skype ou outros mais recentes; traduzir para a libras a lei Maria da Penha e outros documentos; a questão de esterilização não consentida, aborto não consentido e de implante coclear precisa ser discutida no caso de ser violação de direitos sobre o corpo da mulher surda.” (PERLIN, 2016, p. 5).

A prevalência feminina da população com deficiência pode ser explicada pelo fato delas apresentarem maior expectativa de vida, tendo maior propensão a adquirir deficiências e doenças características do envelhecimento. Todos esses indicadores são significativos para efeitos de formulação e execução de políticas públicas para mulheres com deficiência, uma vez que aponta para a maior presença feminina entre a população com deficiência. Porém, é importante destacar que há diversos fatores pessoais em jogo, mostrando diferenças entre as pessoas com deficiência que vão além da deficiência, do gênero e da raça / etnia representadas nos percentuais, tais como a idade, o status socioeconômico, a sexualidade e a herança cultural, uma vez que todas elas contribuem para ditar as preferências e respostas pessoais de cada pessoa com deficiência em relação às suas necessidades e escolhas (WHO, 2012: 8).

4. CONCLUSÃO

É cediço que existe um leque muito amplo de órgãos de atendimento às mulheres em condição de violência doméstica como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM's), Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (estes últimos implantados por força da Lei Maria da Penha) e Defensorias Públicas disponíveis. Entretanto, faz-se necessário maiores ajustes relativos à acessibilidade nessas repartições públicas, e uma vez instalados, promover uma quantidade de profissionais tradutores minimamente condigna com a real demanda.

Mediante o exposto, urge a reflexão se o atual tratamento as mulheres deficientes auditivas desde o momento da ocorrência até o suporte e encaminhamento dentro das delegacias especializadas supre as expectativas das próprias vítimas.

Chega-se a conclusão de que muitas mulheres se autointimidam, a princípio por medo dos seus agressores e receio de julgamentos externos. Em segundo plano porque se deparam com um poder público despreparado, com a ausência de profissionais habilitados em Libras. Campanhas mais rígidas de debate e de efetiva execução aparentam ser o melhor caminho com o propósito de evitar o descaso e o desfalque.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Senado Federal. Lei Maria da Pena. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entendaosassunto/lei-maria-da-penha>>; Acesso em: 25 de outubro de 2020, às 23h41min.

BRASIL, Senado Federal. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>; Acesso em 25 de Outubro de 2020, às 13h00min.

BRASIL, Senado Federal. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>; Acesso em 01 de Novembro de 2020, às 10h:27min.

BRASIL, Senado Federal. Declaração Universal de Direitos Humanos. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>; Acesso em 01 de Novembro de 2020, às 13h:20min.

BRASIL, Senado Federal. Declaração Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>; Acesso em 05 de Novembro de 2020, às 14h:57min.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Ministério celebra mudança na Lei Maria da Pena, que torna obrigatório informar se a vítima tem deficiência. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/ministerio-celebra-mudanca-na-lei-maria-da-penha-que-torna-obrigatorio-informar-se-a-vitima-tem-deficiencia>>. Acesso em: 17 de Novembro de 2020, às 22h:07min.

WARKEN, J. Entenda: mudança na Lei Maria da Pena beneficia mulheres com deficiência. Site MDEMULHER, publicado em 12 agosto de 2019. Disponível em: <<https://mdemulher.abril.com.br/familia/entenda-mudanca-na-lei-maria-da-penha-beneficia-mulheres-com-deficiencia/>>. Acesso em: 17 de Novembro de 2020, às 22h:36min.

WHO. (2012). Relatório mundial sobre a deficiência / World Health Organization, The World Bank. São Paulo: SEDPcD. Acesso em 20 de Dezembro de 2020, às 10h:19min.

PERLIN, Gladis. FENEIS, Relatório sobre a situação de mulheres e meninas surdas no Brasil. Dezembro de 2011. Disponível em HTTP: www.feneis.org.br . Acessado em 27/02/2021, às 11h:15min.

O Globo, Mulheres surdas não conseguem denunciar violência doméstica por falta de intérpretes. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/mulheres-surdas-nao-conseguem->

denunciarviolencia-domestica-por-falta-de-interpretres-23597017. Acesso em: 12 de março de 2021, às 14h:11min.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO: DA INDISPONIBILIDADE À DISPONIBILIDADE DOS BENS NOS CRIMES SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA

GILMARO ALVES FERREIRA: Graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (2006), especialização em Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009); especialização em Pós-graduação “Lato Sensu” em Direito Público pela Faculdade de Direito de Ipatinga (2006). Atualmente é Docente do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais, DELEGADO DE POLÍCIA da Polícia Civil de Minas Gerais e Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO: O presente artigo busca perscrutar a disposição dos crimes contra o patrimônio no Código Penal brasileiro sob o viés da (in)disponibilidade dos bens. Observa-se, na legislação atual, que o estado, cada dia mais, passa a se impor como o titular sobre os bens, às vezes retirando o próprio poder de decisão da vítima. Os crimes contra o patrimônio encontram-se no título II da Lei 2848/40, caracterizando-se pela conduta ativa atentatória aos bens de terceiros, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, protegendo, é claro, bens jurídicos que possuem valores patrimoniais. Assim, neste trabalho, busca-se fomentar a discussão do tratamento dado aos bens patrimoniais na legislação penal pátria, visto sua consideração como bens indisponíveis e não disponíveis, como de fato deveria ocorrer, com a mudança da ação penal para pública condicionada, quando se tratar de crimes sem violência ou de grave ameaça à pessoa, incluindo aqui a violência imprópria. Nesse diapasão, inicia-se o trabalho com uma breve análise do contexto histórico da propriedade, desde o descobrimento do Brasil, analisando as ordenações, em especial as Filipinas, passando pelo Código Criminal do Império do “Brazil” de 1830; o Decreto n. 847 de 1890, bem como a Consolidação da Leis Penais de 1932. Avançando na discussão, este trabalho apresenta o perdão do ofendido no transcorrer da história nacional, como instigação ao tratamento da disponibilidade dos bens, chegando ao Código Penal de 1940 e suas consequentes mudanças, dentre elas, a atual mudança no crime de estelionato, em que o legislador passa a reconhecer a regra da ação penal pública condicionada. Faz-se, ainda, uma pequena comparação das ações penais nos crimes contra o patrimônio em alguns países europeus. Dessa forma, sem a pretensão de

esgotar o tema, tenta-se apresentar argumentos capazes de contribuir para a percepção de mudança por parte do legislador.

1 – INTRODUÇÃO

Na proposição da presente pesquisa, o tema — da indisponibilidade à disponibilidade dos bens nos crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça à pessoa — assimilou uma abordagem instigante, visto que há, em sua fineza de existir, segundo entender deste trabalho, uma equivocada questão política, ou seja, uma opção de política criminal que escora a fragilidade e a incapacidade do poder de decidir da própria parte ofendida interessada.

Em clara percepção, agindo dessa forma, o volume de Inquéritos Policiais e Processos Criminais se perpetua na engrenagem jurídica criminal pouco resolutiva, ao argumento do combate ao crime e da proteção do cidadão. Todavia, esse modelo traz um preocupante pensamento da manutenção impositiva estatal, em que o estado, progressivamente, vem sobrepondo a vontade da coletividade e do indivíduo.

Na discussão do tema, buscou-se, então, doutrinas e estudos compatíveis e optou-se por se fazer uma análise do discurso ao longo do período histórico nacional, bem como a forma diferenciada no tratamento dos bens particulares entre os diferentes ramos do direito. Acresce que se pretende analisar, sobretudo, conteúdos que trabalhem o tema desta pesquisa, tais como: sites engajados no conhecimento jurídico, Constituição Federal, Códigos brasileiros, legislação federal, bem como artigos e estudos publicados, incluindo projetos de leis e trâmite no Congresso Nacional.

Desta feita, o trabalho se divide em sete capítulos de modo que o segundo cuida de uma breve narrativa do contexto histórico da propriedade que, por sua vez, passa a gerir as relações entre os indivíduos, principalmente a socioeconômica. Passado o período do nomadismo, o homem sedentário tem necessidade da proteção dos bens materiais para produção de riqueza. Interessante o destaque que, ainda no período das vinganças (Privada, Divina e Pública), os bens poderiam ser tratados como disponíveis, visto que, nesse **período, ainda possibilitava o acordo (composição) dos danos, no que a pena ficaria superada, incluindo aqui o perdão.**

O terceiro capítulo e suas subdivisões abordam a análise dos bens do Brasil Colônia à República Velha, demonstrando o tratamento nas compilações da Monarquia, dentre elas a Filipinas (1603), que trouxe a primeira influência do Código Penal brasileiro. Em que pese as severas penas, a disposição e a decisão sobre os bens eram do particular. Após 1824, com o texto constitucional pátrio, é sancionado

o primeiro Código nacional, denominado como Criminal do Império (1830). Nesse período, ganha força a possibilidade do perdão do ofendido para os crimes particulares, incluindo-se aqui os crimes contra o patrimônio. Desse modo, caso houvesse o perdão antes da acusação por parte da Justiça, o ofensor seria eximido das penas, deixando a decisão nas mãos do ofendido. Ora, uma vez ocorrendo a situação exposta, o "estado não possuía a condição de procedibilidade para agir". Concita, ainda, o fato da escolha do ofendido para ação civil contra o delinquente em detrimento da criminal. Adiante, com o decreto 847 de 1890, o perdão do ofendido passa a ter natureza jurídica de suspensão da ação penal e da condenação. É bem verdade que o primeiro código republicado passa para a regra da acusação pública, apresentando apenas oito exceções, em que há exclusividade da ação penal privada, dentre elas, o furto e o dano (TEIXEIRA 2019).

No quarto e no quinto capítulos, trabalha-se com a legislação vigente, em que, a partir de 1940, somente nos crimes que se procedem mediante queixa (crimes de ação privada), o perdão do ofendido obstará o prosseguimento da ação penal (BRASIL, 1940), o que é possível até o julgamento da sentença condenatória, extinguindo a nomenclatura dos crimes particulares. Toma-se aqui uma guinada na direção, visto que, quase em sua totalidade, os **crimes contra o patrimônio passam a ser de ação penal pública incondicionada**, com raras exceções, o estado deve agir de ofício, retira-se do ofendido seu poder de decisão. Nesse modelo, cria-se uma avalanche de procedimentos, incluindo aqueles em que a vítima não quer a presença estatal, ou sequer registra os fatos, gerando verazes cifras invisíveis aos olhos da sociedade e do próprio Estado. Agindo assim, segundo entender deste subscritor, rompe-se com um dos princípios penais, o da "*última ratio*". Em nova direção, nas últimas mudanças legislativas, vê-se o início de um novo caminhar, com a implementação da justiça negocial, como nos casos da transação penal e do acordo de não persecução penal, e, mais recente, a mudança no crime de estelionato, passando como regra para ação pública condicionada.

No sexto capítulo, é exposta uma breve análise de alguns países desenvolvidos demonstrando que cabe à vítima o poder de disposição dos crimes contra o patrimônio, concluindo então o trabalho.

2 – BREVE ANÁLISE DO CONTEXTO HISTÓRICO DA PROPRIEDADE

Com o surgimento do homem e da necessidade de se firmar na terra, seja para exploração, seja para sua fixação em uma base territorial, surgem as demarcações e suas divisões. Segundo os socialistas, a inevitabilidade da agricultura e a imposição de controle de alguns grupos sobre outros propiciaram o surgimento da propriedade privada. Noutro giro, os liberais defendem que o desenvolvimento da sociedade somente é possível visto que o indivíduo fomenta os meios de

produção naquilo que é seu, ou ao menos por ele protegido, passando a exercer direitos e poderes sobre determinados objetos, coisas ou até mesmo a terra.

A propriedade privada passa, então, a gerir as relações entre os indivíduos, principalmente a socioeconômica.

Não pairam dúvidas de que, com a agricultura e com a domesticação dos animais, por exemplo, houve a necessidade de fixação em determinados locais, sendo deixado de lado o nomadismo, por maior segurança e por estabilidade (ESTEFANI, 2021).

A sociedade romana, influenciada pelo povo grego, baseando-se no alargamento territorial para “produzir riquezas”, passa a intensificar maior proteção aos bens materiais, ainda que a economia tivesse seu cerne na agricultura, conforme menciona (MACIEL 2009):

O crescimento da cidade não se baseava em uma economia tipicamente urbana, mas sim em uma economia essencialmente agrícola, com larga utilização do trabalho escravo, fato que permitia aos proprietários viverem na cidade, com riquezas vindas do solo.

Nesse período, com a distribuição das terras, principalmente entre os componentes do exército e da nobreza, viu-se a necessidade de estruturar e de proteger a posse e a propriedade. No mesmo esteio, encontra-se a igreja com a necessidade de justificar a ampliação de seu império de bens. Surge, também, a figura da usucapião, que, segundo (CORREIA, 1988), nada mais é do que a aquisição da propriedade mediante a posse continuada durante o tempo estabelecido pela lei. A Lei das XII tábuas confirma que o domínio por dois anos de posse daria direito à usucapião.

No transcurso do tempo, a propriedade sempre guardou seu lugar de destaque nas normas, seja durante o feudalismo, o despotismo, o absolutismo, o liberalismo e, contemporaneamente, durante o capitalismo. Observa-se que a propriedade aqui mencionada figura nos bens móveis e imóveis.

No decorrer da evolução do Direito Penal, constata-se o período das vinganças (Privada, Divina e Pública). No primeiro momento (Privada), após o cometimento de um crime, a reação cabia à vítima e a seus parentes, às vezes, até à sua tribo (grupo social). Nesse ínterim, chama atenção o fato de a “providência” ser rastreada pelo próprio ofendido. ***Esse período ainda possibilita o acordo (composição) dos danos, no que a pena ficaria superada.*** No segundo momento (Divina), a pena era imposta pelos sacerdotes como representantes divinos, ainda

assim, o perdão era possível para algumas condutas. E, por fim, no terceiro (Pública), essa pena passa à autoridade pública, mas que também agia em nome de “Deus”.

Dentre todas as heranças antigas, talvez a das codificações seja a mais significativa, possibilitando o surgimento dos Estados. Não se pode deixar ao esquecimento o Iluminismo, que serviu de pedra angular nesse período, a exemplo, o clássico *“Dos Delitos e das Penas”*, já ensinando que as leis não deveriam distanciar-se das pessoas e da sociedade. Com isso, as normas distantes da sociedade passam a ser ignoradas, e, por via de consequência, ocorrem mais delitos. Contudo, quanto mais homens entendessem e soubessem de sua existência, menos infrações ocorreriam.

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão, que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis. Colocai o texto sagrado das leis nas mãos do povo, e, quanto mais homens houver que o lerem, tanto menos delitos haverá (Beccaria, 1764).

Somado a isso, nos períodos antigos, as normas eram dotadas de uma linguagem intensamente hermética, afastando o povo do conhecimento, objetivo esse galgado pelos monarcas e até mesmo pela própria igreja que redigiam as leis.

3 – CONTEXTO DE PROPRIEDADE E DE BENS DO BRASIL COLÔNIA À REPÚBLICA VELHA

O Brasil Colônia encontrava-se sob a égide das chamadas “ordenações”, primeiro as Afonsinas (1446), depois Manuelinas (1521) e Filipinas (1603), normas essas influenciadas pelo código de Justiniano e pelas regras de direito Romano. Durante o período inicial, as terras brasileiras eram regidas, no meio rural e nas cidades que nasciam, pela mera posse, fundada no uso. Conforme Sergio Buarque de Holanda, terra onde a ideia de propriedade ainda estava intimamente vinculada à da posse dos bens (HOLANDA, 1995). ARAÚJO (2013) em sua obra cita:

Não foi introduzida junto ao texto das Ordenações Afonsinas uma diferenciação entre prescrição aquisitiva e extintiva ou, ainda, a usucapião como figura autônoma. Já o texto das Ordenações Manuelinas já dispunha sobre o assunto em seu Livro IV, Títulos XXXIII e LXXX. Pelo texto denota-se a existência

de uma prescrição ordinária pelo prazo de 10 ou 20 anos, onde os requisitos para sua invocação constituem-se na posse, justo título e boa-fé. Quanto à prescrição extraordinária, a mesma se perfaz com transcurso de 30 anos, não sendo necessário o justo título. Por fim, a última parte do texto prevê a prescrição imemorial no prazo de 20 anos entre os presentes e de 40 anos entre os ausentes, sem a exigência da boa-fé. A disposição traçada junto às Ordenações sofre uma modificação no ano de 1534, por ordem de D. João III, onde se revela nítida influência do Direito Canônico, ao não se permitir, em qualquer hipótese, o benefício da prescrição aquisitiva ao possuidor de má-fé.

Essas mesmas ordenações (compilações da monarquia com os nomes dos mandantes régios) geriram as relações até 1830 — data da primeira estrutura penal —, bem como até 1917 — data do primeiro Código Civil. Segundo ANDRÉ (2021)

As Ordenações levaram o nome de seus mandantes régios e três foram essas compilações: a Afonsina de 1447, ordenada por Afonso IV possuía cinco livros que versavam sobre Direito Administrativo (Livro I), Direito Constitucional (Livro II), Processo Civil (Livro III), **Direito Civil (Livro IV)**, e **Direito e processo Criminal (Livro V)**; as Ordenações Manuelinas datam de 1521 e foram elaboradas no reinado de D. Manuel, mantendo a mesma sistematização das Ordenações Afonsinas; e, finalmente as Ordenações Filipinas, que, apesar de sua vigência ter iniciado em 1603, no reinado de Filipe II, sua elaboração iniciou-se em 1583, sob a égide de Filipe I. Sua sistematização de assuntos é a mesma das Ordenações anteriores, onde encontramos cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos (grifo nosso).

Sem embargo, foi com as ordenações do Rei Felipe II de 1603¹¹⁷ que o primeiro “código penal” da colônia foi constituído. Insta observar que, nesse período, a igreja exercia forte influência sobre os reis, motivo pelo qual se destapava o temor pelas penas (cruéis), em total desproporção entre as condutas e as penas, bem como de acordo com os agentes (aplicando-se o Direito Penal do autor).

117 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>

Após a proclamação da independência, e com o texto constitucional de 1824, foi sancionada a norma penal intitulada **Código Criminal do Império** em dezembro de 1830.

3.1 – PROTEÇÃO DADA AO PATRIMÔNIO NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS

Conforme consta do quarto livro das ordenações Filipinas, os bens podem ser dispostos mediante compras e vendas (título I), bem como doados, incluindo-se aqui os bens móveis, em consonância com o Título LXII do livro IV (BRASIL, 1870).

As compras e vendas se podem fazer, não sómente quando o vendedor e comprador stão presentes e juntos em hum lugar mas ainda que o vendedor stê em hum lugar e o comprador em outro, consentindo ambos na venda, e acordando-se per cartas, ou mensageiros, contentando-se o comprador da cousa, e o vendedor do preço. E póde-se isso mesmo (2) fazer a venda, posto que a cousa comprada não stê presente diante o comprador e vendedor, consentindo ambos na venda (3) Liv. 4 t. 23 pr.

9. E posto que as partes renunciem o beneficio desta Lei, ou digam nos contractos, que fazem doação da maioria, que a cousa mais valer: e posto que e diga, ou se possa provar, que sabiam o verdadeiro preço da cousa, todavia as partes poderão usar do beneficio desta Lei, não sendo os Officiaes, de que acima fazemos menção. E a tal renunciação, doação, ou certeza havemos por nenhuma, posto que nestes casos outra cousa seja determinada per Direito Commum (I)}. M.-liv. 4 t. 30 § 6. Alv. de 19 de dezembro de 1581.

15. E se lhe forem dados em casamento bens moveis, e os ainda tiver, tral-os-ha á collação no stado, em que ao tempo da partilha stiverem (2), quer lhe fossem dado em preço certo (3), quer nao. E não os tendo para os poder trazer, trará a estimação do que valiam ao tempo que lhe foram dados em casamento, ou outros bens moveis taes (1) como elle eram ao tempo, que lhos deram, qual elle mais quizer\2) . M.-liv. 4. t. 77 § 13 (textos originais).118

118 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>

Os bens móveis são considerados disponíveis desde o surgimento do Brasil, observando que esse tratamento é dado pelo Direito Civil, o que ocorre hodiernamente.

De outro modo, em relação ao Direito “Criminal”, o livro Cinco — Direito e Processo Criminal — traz, em seu rol de crimes, condutas que ofendem o bem jurídico patrimônio com penas severas, dentre elas a morte, o banimento e o açoitamento.

E os que na Igreja furtarem alguma cousa, posto que da Igreja não seja, nem chegue a marco de prata, sejam açoutados publicamente, e vão degradados per quatro annos para galés (3). M.-Liv. 5 t. 37 §4.

Qualquer Carreiro, Almocreve, Barqueiro, ou outra pessoa, que houver de entregar, ou vender pão (2), ou levar de huma parte para outra e lhe lançar acintemente terra, agoa, ou outra cousa qualquer, para lhe crescer, e furtar o dito crescimento, se o damno e perda, que se receber do tal pão, valer dez mil reis, morra por isso (3). se fór de dez mil reis para baixo, seja degradado para sempre para o Brazil. M.- Livro.5 t. 87 pr. S.-p. 4t. 221. 9 (texto original) (BRASIL, 1870).

3.2 – O PATRIMÔNIO COMO BEM DISPONÍVEL NO CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL E DA “REPÚBLICA VELHA”

Em 1830, com o Código Criminal, as penas continuam sob a administração estatal, observando que a obrigação de satisfação do dano atingia os herdeiros dos delinquentes até os valores dos bens herdados, passando esse direito inclusive aos herdeiros dos ofendidos.

Art. 29. A obrigação de satisfazer o damno na fórmula dos artigos antecedentes, passa aos herdeiros dos delinquentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos ofendidos (texto original).

O legislador deixou claro, nesse período, que a satisfação não teria lugar antes da condenação, contudo apresentou algumas exceções, dentre elas, encontrava-se a ***possibilidade de o ofendido preferir usar a ação civil, em detrimento da ação penal***. Nesses casos, havendo a preferência da ação civil, revogados ficariam o artigo

31 do Código Criminal¹¹⁹ e o parágrafo 5 do artigo 260, não se podendo questionar sobre a existência do fato e sobre quem seja o seu autor (TINÔCO 2003).

Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausência do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver falecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente (texto original).

O código criminal de 1830 já previa o **perdão do ofendido**, todavia não se aplicava aos crimes públicos. No caso dos crimes particulares, também não se aplicava se já houvesse acusação por parte da justiça, conforme artigo 67 (BRASIL, 1930)

Art. 67. O perdão do offendido antes, ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem, ou possam ter incorrido, aos réos de crimes publicos, ou dos particulares, em que tiver lugar a accusação por parte da Justiça (texto original).

Ora, a contrário senso, verifica-se que o objetivo do legislador era a aplicação do perdão do ofendido aos "crimes particulares", antes da acusação por parte da justiça, crimes esses que figuram a partir da "parte terceira" do Código Criminal. Aqui enumera-se a entrada, em casa alheia, dos crimes contra a propriedade (furto, bancarrota estelionato e outros crimes contra a propriedade e o dano), dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade (roubo).

Outro raciocínio não há senão ser tratado o **patrimônio como bens disponíveis**, assim como o faz na legislação civil. A confirmação era a possibilidade de o ofendido perdoar o ofensor, desde que não tivesse lugar a acusação da justiça.

A **jurisprudência** da época assim dizia:

Julgam procedente a appellação interposta da sentença de fls., para revogarem a mesma sentença, porquanto tendo sido o appellante processado em virtude de queixa intentada pelo promotor publico, por ser miseravel o offendido, e sendo meramente particular o crime de que se trata, art. 201, desde

119 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>

que o paciente perdoou ao seu ofensor, o juiz formador da culpa não devêra prosseguir no processo para obrigar o appellante á prisão e. livramento. Rol. do Ceará. Ac. de 22 de Setembro de 1876; Appellante — Antônio Maria Lins e Appellada — a Justiça. Direito, vol. 12 (texto original, citado no próprio código) (BRASIL, 1930).

A pacificação e o caráter negocial já eram demonstrados nessa época, tanto que o próprio texto constitucional de 1824, em seus artigos 161 e 162, demonstrava a **indispensabilidade de reconciliação** antes das ações criminais, por intermédio do então denominado Juiz de Paz¹²⁰. (BRASIL, 1824).

É bem verdade que a pena deve possuir não apenas o efeito repressivo (retributivo), mas também o preventivo, que deve ocorrer para desestimular a prática de ilícitos penais. Sendo assim, a violência não é uma questão meramente privada, mas com danos à sociedade, motivo pelo qual o Estado também é vítima de todas as ações delitivas, mesmo porque os crimes ofendem, ainda que indiretamente, a ordem e a segurança públicas.

No entanto, com o Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890, **o legislador permaneceu com a disponibilidade patrimonial**, noticiando que o perdão do ofendido extinguiu a ação penal e a condenação:

Da extinção e suspensão da ação penal e da condenação

Art. 71. A ação penal extingue-se:

1º Pela morte do criminoso;

2º Por amnistia do Congresso;

3º Pelo perdão do ofendido;

4º Pela prescrição.

Art. 77. Nos crimes pelos quais não pôde proceder senão por queixa da parte, o perdão do ofendido extingue a ação penal, mas não faz cessar a execução da sentença, si o condenado

¹²⁰ Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum e art. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei (texto corrigido segundo língua atual).

recusar aceitá-lo. (texto corrigido pela língua atual). (BRASIL, 1890).

Nesse contexto, é evidente que o legislador tentou restringir o espaço do perdão do ofendido, uma vez que, na legislação imperial, a regra era a acusação privada em todos os crimes particulares. Com isso, o primeiro código republicado passa para a regra da acusação pública, apresentando apenas oito exceções, em que há exclusividade da ação penal privada, dentre eles, o furto e o dano (TEIXEIRA 2019).

Essas exceções foram expostas no artigo 407 do Código Penal da época, que assim se transcreve:

Art. 407. Haverá lugar a ação penal:

§ 1º Por queixa da parte ofendida, ou de quem tiver qualidade para representa-la.

§ 2º Por denúncia do ministério público, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

1º, os crimes de furto e dano, não tendo havido prisão em flagrante. (texto corrigido pela língua atual). (BRASIL, 1890).

Em 14 de dezembro de 1932, surge a consolidação das leis penais, diploma que antecedeu o atual Código Penal, que pouco alterou o tema em relação à disponibilidade dos bens patrimoniais.

Em apertada síntese, o que se vê, até então, é a disponibilidade dos bens patrimoniais. Traz-se à baila uma real disponibilidade, em que o ofendido pode optar pela ação estatal ou não, seja por intermédio de seu perdão, seja pela escolha de outro ramo do direito, ou ainda pela expressa disposição de ação privada.

4 – PERDÃO DO OFENDIDO E “AÇÃO PENAL PATRIMONIAL” NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1942, revogou as disposições contrárias às normas estabelecidas, é claro, aferindo algumas exceções, conforme artigo 360121.

121 Art. 360 - Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e

O legislador apresenta uma razoável mudança em relação ao perdão do ofendido, afirmando que, somente nos crimes que se procedem mediante queixa (crimes de ação privada), obstará o prosseguimento da ação penal (BRASIL, 1940), perdão esse possível até o julgamento da sentença condenatória. A dicção do antigo artigo 107 permaneceu com a reforma de 1984, porém, no artigo 105 (BRASIL, 1984), após as inovações trazidas pela lei 7.209/84. Atualmente, sua natureza jurídica é de extinção da punibilidade.¹²²

Necessária se faz a discussão entre as ações penais, uma vez que, a partir de então, a disponibilidade passa apenas para os crimes de ações privadas e, em uma análise finalística, passa a ocorrer também para os crimes de ações penais públicas condicionadas.

Desta feita, a nomenclatura dos crimes particulares é extinta do ordenamento jurídico, sendo a regra para os crimes, no contexto geral, a ação penal pública, e mais, a pública incondicionada.¹²³

Em verdade, a ação penal é tratada como um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 1989)

Na ação penal pública, vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal, os quais, respectivamente, preconizam que o Ministério Público não pode dispor sobre o conteúdo ou a conveniência do processo. Porém, não é necessário que todos os agentes ingressem na mesma oportunidade no polo passivo da ação, podendo haver posterior aditamento da denúncia (STJ, *HC 27119/RS*, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., *DJ 25/8/2003*, p. 341).

A ação penal pública condicionada exige a condição objetiva de procedibilidade, a qual seja a representação, que segundo o professor GRECO (2017)

os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 1940).

122 Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (...) V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

123 Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É o ato por meio do qual o ofendido ou seu representante legal manifesta seu interesse no sentido de ser dado início à *persecutio criminis*. Ressalte-se que a representação do ofendido ou de seu representante legal não precisa conter grandes formalismos. Nela, o ofendido ou seu representante legal simplesmente declara, esclarece a sua vontade no sentido de possibilitar ao Ministério Público a apuração dos fatos narrados, a fim de formar a sua convicção pessoal para se for o caso, dar início à ação penal pelo oferecimento de denúncia.

Dessa maneira, o ordenamento passou a adotar a regra da indisponibilidade da ação (pública incondicionada). E, assim, as exceções passaram a ser a pública condicionada (exigência expressa de representação do ofendido) e a ação privada (exigência expressa de queixa). Nesse último caso, é patente que, para certos crimes, a lei, ponderando a aflição processual e até mesmo a celeuma sob a ótica do ofendido, deixa ao arbítrio deste a iniciativa do início e do prosseguimento da ação penal.

A tendência hodierna é a extirpação dessas ações penais (privadas), tanto o é que raramente veem-se essas ações no Código Penal. No momento presente, essa modalidade de ação encontra-se nos crimes contra a honra, com exceções, é claro¹²⁴, no crime de esbulho possessório, mas também evidenciando exceções¹²⁵, no crime de dano, porém na figura do caput¹²⁶, do parágrafo único, inciso IV¹²⁷ e no caso do artigo 164¹²⁸. Ainda se encontra a referida ação nos casos de fraude à

124 Art. 145 do CPB - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal. Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.033, de 2009).

125 Art. 161 do CPB (...) II - invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório. § 2º - Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada. § 3º - Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

126 Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

127 Parágrafo único - Se o crime é cometido: IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima: Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

128 Art. 164 - Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa.

execução¹²⁹, na violação de direito autoral¹³⁰, induzimento a erro essencial e à ocultação de impedimento¹³¹ e no exercício arbitrário das próprias razões, na inexistência de violência¹³². Vislumbrando, desse modo, oito tipos penais de exclusividade da parte ofendida.

No mesmo giro, pouquíssimos são os tipos penais que exigem a condição objetiva de procedibilidade (representação), entretanto fica-se aqui no objeto dessa discussão. Em se analisando os **crimes contra o patrimônio**, constata-se que o legislador abre para a disponibilidade, ainda que com exceções, os crimes de **Esbulho possessório, de dano, de introdução ou de abandono de animais em propriedade alheia e de fraude à execução**, tipos penais esses já mencionados.

Em relação à representação nos crimes contra o patrimônio, ocorre no **furto de coisa comum**¹³³, **nas outras fraudes**¹³⁴ e agora na figura do **estelionato** como regra, após o advento da lei 13.964/2019, exceto nos casos quando a vítima for a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz (BRASIL, 2019).

Dessa forma, o rol da disponibilidade dos bens patrimoniais ficou muito restrito, pois é bem verdade que ainda é disponível no caso dos crimes contra o patrimônio praticados pelo cônjuge separado judicialmente, pelo irmão, pelo tio ou

129 Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

130 Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

131 Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

132 Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

133 Art. 156 - Subtrair o condômino, coerdeiros ou sócio, para si ou para outrem, a quem legitimamente a detém, a coisa comum: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. § 1º - Somente se procede mediante representação.

134 Art. 176 - Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

pelo sobrinho, com quem o agente coabita, desde que não seja crime de roubo, de extorsão, ou em geral quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa. Além disso, não seja praticado o crime contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, não se aplicando também ao estranho que participa do crime.

O que chama atenção, segundo o olhar deste trabalho, é a mudança da disponibilidade dos bens patrimoniais para indisponíveis. Ora, se, para boa parte dos crimes contra o patrimônio, o estado deve agir de ofício, retira-se do ofendido seu poder de decisão. Isso seria o mesmo que afirmar que a vítima não possui capacidade para gerir seus bens, decidir sobre providências ou não. Nessa seara, muitas vezes caímos na "*ciffre noir*", ora, se a vítima não deseja providências e se a simples notícia do fato ensejará a instauração de ofício, muito ocorre de não se noticiar aos órgãos públicos, fazendo com que os números se apresentem distantes dos reais. Nesse diapasão, atrapalham-se até mesmo políticas públicas preventivas.

Sincronicamente, devido à ausência de material humano em boa parte das delegacias do Brasil e à dinâmica de prioridade junto aos órgãos policiais, e ainda que elaboradas, as ocorrências de menores expressões que demandem instaurações de Inquéritos Policiais, em sua maioria, ficam sem soluções. Isso ocorre, às vezes, pelo próprio desinteresse da parte ofendida, mesmo havendo suspeições e conhecimento de diretrizes que facilitariam chegar ao autor, ou ao menos nortear a linha investigativa. Isto posto, a "**unspecified occurrence**" bem como a "**without offended party's notification**" coadunam para uma cifra invisível aos olhos da sociedade e do próprio Estado.

5 – DA (IN)DISPONIBILIDADE DOS BENS NO DIREITO PENAL

O direito penal, não diferente do direito civil, regula a relação entre os indivíduos, tratando-os como sujeitos de direitos, não esquecendo suas obrigações. Nessa relação jurídica, encontram-se os bens, fonte de aspiração e de satisfação do homem. À medida que esses bens se fazem necessários ao propósito físico ou imaterial, passam a gozar de proteção estatal. Desse modo, a melhor classificação entre móveis e imóveis é o deslocamento/transporte de um lugar para outro sem modificação da estrutura ou da substância.

No ramo do direito civil, a regra é a disponibilidade dos bens móveis e imóveis, guardando, certamente, suas exceções, a exemplo dos bens legalmente inalienáveis e indisponíveis. No caso dos bens móveis de uso pessoal, esses ficam

sob a **lei pessoal do proprietário**¹³⁵ (BRASIL, 2002), implicando dizer que possui livre disposição para dar, doar, destruir, deixar levar, dentre outros.

No direito penal, os bens que passam a gozar de proteção ganham a nomenclatura de bens jurídicos, ou seja, quando necessários e essenciais para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal (ROXIN apud GOMES 2002).

No mesmo sentido, o professor Luiz Flávio Gomes afirma que somente haverá proteção se importante for para a vida social, visto que a ***definição de disponibilidade ou indisponibilidade é uma expressão indeterminada, abstrata***.

Existe um escritor espanhol, Mir Puig, que faz uma observação muito precisa da limitação dos poderes do legislador com relação a punição de condutas. Ele entende o seguinte: o legislador, calcado na constituição, só vai proteger bem jurídico na medida em que aquela proteção seja importante para a participação do indivíduo na vida social. Esse é o limite à atuação do legislador. Portanto, a expressão bem jurídica, seja disponível ou indisponível, é uma expressão indeterminada. Assim, trata-se de um conceito abstrato. Entretanto, são considerados bens indisponíveis aqueles que dizem respeito a vida, integridade física, direitos ligados à personalidade, etc. E, por exclusão, bens disponíveis são os demais (Gomes 2002)

É nessa conjuntura que se chama atenção para o direito penal de "*última ratio*", devendo ser levado ao cabo se, só e exclusivamente, for o único capaz de evitar o conflito social, ou relevância para manutenção de uma pacífica e harmoniosa convivência. Isto posto, os outros ramos do direito devem ser analisados precipuamente, para, então, buscar-se no Direito Penal a solução conflituosa.

Intervenção mínima significa que o direito penal só deve cuidar de situações graves, de modo que o juiz criminal só venha a ser acionado para solucionar fatos relevantes para a coletividade. É um princípio a ser observado prioritariamente pelo legislador na criação de leis penais. Na prática, uma decorrência do princípio da intervenção mínima foi o reconhecimento do

¹³⁵ Art. 10 do C.C - Os bens, móveis, ou imóveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietário os moveis de seu uso pessoal, ou os que ele consiga tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares.

princípio da insignificância, que considera atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico tutelado pela lei penal é de tal forma irrisória que não justifica a movimentação da máquina judiciária. (GONÇALVES, 2003).

Do reconhecer-se o caráter subsidiário do direito penal não se segue, no entanto, que se lhe recuse autonomia científica, pois, como observa *Maggiore*, “em cada caso, a sanção imprime uma nova forma ao preceito, embora este pertença a um outro ordenamento jurídico. Ademais, convém notar que os ordenamentos jurídicos não são compartimentos estanques e incomunicáveis, e sim que se soldam uns aos outros num sistema comum de direito; coincidindo, no particular, com *Zaffaroni*, para quem a subsidiariedade do direito penal não afeta a sua autonomia científica e legislativa, mas, ao contrário, lhe permite elaborar seus próprios conceitos, a partir do particular enfoque tutelar preventivo especial ou reparador extraordinário de que carece a correção por meio da que realiza a restante tutela jurídica (QUEIROZ, 1998).

Partindo do pressuposto lógico de que o direito penal deve interferir o menos exequível na vida em sociedade, defende-se que os bens, assim como no direito civil, devem ser tratados como disponíveis e não indisponíveis. Assim analisado, o ofendido maior e capaz deve deter o poder de discernir sobre a tomada de providências ou não, motivo pelo qual **os crimes contra o patrimônio sem violência (própria ou imprópria) ou grave ameaça à pessoa deve atentar para a ação penal pública condicionada**. Nessa mesma linha, encontra-se o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB, 2017) que foi favorável ao projeto de Lei 7.031/2017. O referido projeto altera os artigos 182 e 183 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que por sua vez passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 182. Nos crimes previstos neste título somente se procede mediante representação, salvo se forem praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.” (BRASIL, 2017).

Todavia, entende-se que, a bem do direito, deveriam ser mantidas as mesmas exceções do estelionato trazidas pela Lei 13.964 de 2019, as quais sejam, mantendo as ações como públicas incondicionadas se praticados os delitos contra Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Ademais, os crimes contra o patrimônio de pequena monta representam um número expressivo de Inquéritos Policiais, de ações penais e de processos junto à justiça pública, visto a instauração compulsória, travando as pautas investigativas dos crimes de maiores montas. Em muitos casos, ocorrências são registradas tão somente para fins privados, seguros e outros relativos a esse contexto.

Assimila-se também que a representação exposta, na legislação brasileira, não é um instituto puramente processual penal, mas afeta diretamente o direito de ir e vir do indivíduo, sendo assim, indubitavelmente de natureza material. E, mesmo aos defensores da natureza mista, a retroatividade se mostra patente, independentemente da fase em que se encontram as investigações, as ações penais e/ou os processos criminais. Apenas por nomenclatura doutrinária, haveria então o pleno respeito à condição objetiva de procedibilidade ou, nos casos já em andamento, o termo utilizado seria prosseguibilidade.

Com maestria, o professor Jeferson Botelho Pereira explica a diferença entre ambas:

“As condições de procedibilidade (art. 43, III, 2 partes, CPP) são exigidas pela lei para a propositura da ação penal. Condicionam o exercício da ação penal nos casos determinados pela lei”.

“As condições de prosseguibilidade distinguem-se das condições de procedibilidade, pois são aqueles que possibilitam o prosseguimento do processo, em casos determinados pela lei”. (PEREIRA, 2016).

Outro fato que se aponta aos olhos é a pena dos crimes contra o patrimônio sem violência (consideram-se aqui as violências própria e imprópria) ou grave ameaça à pessoa. Em simples análise, vislumbra-se que as condenações para esses crimes quase sempre gravitam em patamares iguais ou inferiores a quatro anos, passível, então, o regime aberto¹³⁶. Insta observar que esse regime é cumprido em casa de albergado ou em estabelecimento adequado, este último inexistente em quase todo o Brasil, assim, ao fim e ao cabo, o condenado acaba por ficar em casa, praticamente sem fiscalização. E, mesmo havendo uma condenação superior a quatro anos e inferior a oito (raro de acontecer), esse teria o direito de cumprir sua pena no regime semiaberto¹³⁷, com execução em colônia agrícola ou industrial e em

¹³⁶ Art. 33, 2, c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

¹³⁷ Art. 33, 2, b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

estabelecimento similar, também quase inexistente no território nacional. (BRASIL, 1940). Não obstante, segundo o STF:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (artigo 5º, XLVI) e da legalidade (artigo 5º, XXXIX). ***A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.*** 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (artigo 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado (...) [RE 641.320, rel. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423.138

Destarte, em uma análise finalística, desprende-se muita energia, valores e material humano com procedimentos e com processos longos e dispendiosos para resultar em “regime aberto”.

6 – AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO DIREITO COMPARADO

138 No mesmo sentido a súmula vinculante 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

Referente às ações penais nos crimes contra o patrimônio, constata-se que alguns países desenvolvidos já utilizam a técnica da disponibilidade dos bens patrimoniais no direito penal.

À guisa de exemplos, vale citar **Portugal**, origem do direito penal brasileiro. Naquele país, na legislação penal, no título II, dos crimes contra o patrimônio, boa parte dos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa possui, como ação penal, a privada. O furto simples¹³⁹, o abuso de confiança¹⁴⁰, a usurpação de coisa imóvel, a alteração de marcos, a Burla e a Usura¹⁴¹, por exemplo, procedem-se mediante queixa.

Na **Espanha**, a prisão, nos casos de furto, condiciona a determinado valor, conforme artigo 236 do Código Espanhol, no caso em estudo, 400 euros¹⁴².

Na Itália, vê-se, em alguns momentos, a necessidade de “querella” da vítima para alguns dos crimes contra o patrimônio, a exemplo do próprio furto. Aqui o termo, no sentido de pedido de providências, para alguns significa a própria representação. Na mesma perspectiva, há o código penal alemão, segundo André Luis Alves de Barros (2018):

***Ação penal por crime de furto na Alemanha
Na Alemanha também prevalece a ação penal condicionada
à representação da vítima*** em caso de furto simples, bem

139 Art. 203 do Código Penal Português - **1** - Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. **2** - A tentativa é punível. **3** - O procedimento criminal depende de queixa.

140 Art. 205 do Código Penal Português **1** - Quem ilegitimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. **2** - A tentativa é punível. **3** - O procedimento criminal depende de queixa.

141 Art. 226 do Código Penal Português **1** - Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial, para si ou para outra pessoa, explorando situação de necessidade, anomalia psíquica, incapacidade, inépcia, inexperiência ou fraqueza de carácter do devedor, ou relação de dependência deste, fizer com que ele se obrigue a conceder ou prometa, sob qualquer forma, a seu favor ou a favor de outra pessoa, vantagem pecuniária que for, segundo as circunstâncias do caso, manifestamente desproporcionada com a contraprestação é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. **2** - A tentativa é punível. **3** - O procedimento criminal depende de queixa.

142 Art. 236 do Código Espanhol 1. Aquele que, sendo dono de um bem particular ou agindo com o consentimento deste, o retire de quem o tiver legitimamente em seu poder, em prejuízo de si ou de terceiro, será punido com multa de três a doze meses. 2. Se o valor do furto não ultrapassar 400 euros, será aplicada a pena de multa de um a três meses.

como qualificado, desde que de pouco valor, conforme está previsto no artigo 243, conforme Código Penal alemão, de 15/5/1871, com a reforma de 31 de janeiro de 1998, exceto se o Ministério Público entender que há algum interesse público maior que justifique aquela ação penal. Geralmente furtos no valor abaixo de 250 euros enquadram-se nessa situação, embora a lei não estabeleça limite objetivo (grifo nosso).

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo busca demonstrar as raízes do ordenamento jurídico brasileiro ao longo do contexto histórico, trazendo desde o início da proteção da propriedade privada, aos dias hodiernos. O objetivo é demonstrar que, mesmo em períodos sombrios da humanidade, a vítima podia decidir por seus bens, ora com o perdão sobre o infrator, outrora com a suspensão da própria ação acusatória.

No código criminal do Império de 1830, pós ordenações, um momento sem democracia, é curiosa a liberdade dada ao ofendido dos bens particulares. Ora, nesse tempo, permitia-se a disponibilidade dos bens, sob o viés do perdão do ofendido, antes da acusação formada, nos casos de crimes particulares, incluindo aqui os crimes contra o patrimônio, dentre eles, o furto, a bancarrota, o dano, o estelionato, entre outros.

Mesmo em um período em que a democracia ficou longe, o próprio texto constitucional de 1824 demonstrava a indispensabilidade de reconciliação, antes de iniciadas as ações penais.

Na mesma esteira, com as mudanças de 1890, o legislador optou pela política da capacidade do proprietário dos bens privados, tanto que o perdão do ofendido tinha capacidade para extinguir e para suspender uma ação penal. Nesse período, em que pese passar para acusações públicas, ainda assim, ações de alguns crimes contra o patrimônio ficaram como privadas, a exemplo do furto e do dano.

Não se pode coadunar que, em plena era democrática, o direito de escolha do indivíduo seja usurpado pelo estado, retirando dele a capacidade de exercer a disponibilidade de seus bens. Ora, se no direito penal a ação para os crimes contra o patrimônio é ação pública incondicionada, outro raciocínio não há senão a afetação da indisponibilidade desses bens. Nessa linha, a lei pessoal do proprietário deve incidir sobre a livre disposição desses bens, não cabendo ao Estado a imposição de uma ação de ofício sob alegação de também ser vítima indireta. Nessa ocasião, a vítima indireta deve sobrepor a vítima direta ou, em um Estado Democrático de Direito, deveria ser o inverso? Agindo assim, no entender deste trabalho, o “direito decisório da vítima” é deixado para um segundo plano. Não se podem suprimir o

poder, a capacidade e, ao mesmo tempo, a autoridade do indivíduo sobre seus bens, principalmente a expressão de sua vontade. Além disso, as democracias desenvolvidas já caminham nesse sentido, deixando a decisão de ver ou não a pessoa processada, com as vítimas diretas.

Conforme apresentado neste trabalho, muitos Inquéritos Policiais e Processos tramitam até mesmo com a animosidade da própria vítima, que busca, em verdade, a restituição de seus bens, e não seus vários deslocamentos para oitivas ou para importunações, por exemplo. Na mesma esteira, ofendidos de crimes contra o patrimônio deixam até mesmo de registrar os pequenos furtos, ocasionando as denominas "*ciffre noir*", atrapalhando, até mesmo, políticas públicas prevencionistas.

Assim e por mais, conclui-se esta dissertação, entendendo que o ofendido maior e capaz deve deter o poder de discernir sobre a tomada de providências ou não, motivo pelo qual **os crimes contra o patrimônio sem violência (própria ou imprópria) ou grave ameaça à pessoa devem atentar para a ação penal pública condicionada.**

Por conseguinte, sugere-se aqui modificação ao projeto de Lei 7.031/2017, acrescentando as mesmas exceções expostas para os crimes de estelionato, os quais sejam, permanecendo pública incondicionada, quando praticados contra Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. Acresce que as democracias desenvolvidas já caminham nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉ, André Luiz Pedro. **As Ordenações E O Direito Privado Brasileiro**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/31/01.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021, 12h:03min

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Usucapião**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p.70-71.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e da Penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores. eBookLibris. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021, 22h:41min.

BRASIL. Código criminal do Imperio do Brasil. **1930. anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente, e que explicação, revogação ou alteração algumas das suas disposições, ou com ellas**

tem imediata conexão : acompanhado de um appendice contendo a integra das leis adicionais ao mesmo código, posteriormente promulgadas. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221763>. Acesso em: 27 fev. 2021, 14h:39min.

BRASIL. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal. 1870. **recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 27 fev. 2021, 12h:03min.**

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, 1824. Coleção das leis do império do Brasil de 1824, p. 7. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 fev. 2021, 09h:39min.

BRASIL. Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. **Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX).** [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 14 mar. 2021, 14h:26min.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal.** Coleção das Leis do Brasil. 11 de out. 1890. Ministério da Justiça. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm, Acesso em: 09 fev. 2021, 22h:03min.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Brasília, DF. D.O.U de 31 de dez. 1940, p. 2391.

BRASIL. Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.** Coleção das Leis do Brasil. 11 de jul. 1984. DOFC 13 07 1984 010217 1

BRASIL. Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília, DF. D.O.U de 24 de dez. 2019, p. 1.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF. D.O.U de 11 de jan. 2002, p. 01.

BRASIL. Projeto de lei 7.031 de 2017. **Altera os artigos 182 e 183 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940** – Código Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0xhtpbkc6aggiti503ij4a1nhz4092223.node0?codteor=1529187&filename=PL+7031/2017, Acesso em: 14 mar. 2021, 13h:02min.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manuel de direito romano**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 134.

DE MELO, André Luis Alves. **Flexibilização da ação penal para pequenos delitos na Europa e o rigor no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-12/mp-debate-flexibilizacao-acao-penal-pequenos-delitos-europa#:~:text=Observa%2Dse%20que%20a%20Europa,as%20quest%C3%B5es%20atinentes%20ao%20furto>. Acesso em: 19 mar. 2021, 07h:01min.

ESPANHA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 19 mar. 2021, 11h:09min.

ESTEFANI, Daniel. A Evolução Histórica da Propriedade, O Surgimento de Sua Função Social e a Usucapião Extrajudicial Enquanto Propulsora do Conteúdo Existencial Mínimo. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-evolucao-historica-propriedade-surgimento-sua-funcao-social-usucapiao-extrajudicial.htm#sdfootnote59anc>. Acesso em: 27 fev. 2021, 10h:21min.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, **DIREITO PENAL PARTE GERAL**, Saraiva, São Paulo, 2003, p.8.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série "As Ciências Criminais no Século XXI – v. 5".

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2017.

HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. Ed. São Paulo: Companhia das letras, 1995. p. 77.

MACIEL, Jose Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

PEREIRA, Jeferson Botelho. **Elementos do Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PORTUGAL. Código Penal Português. Disponível em:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080626_10.pdf fonte
s%20ao%20furto. Acesso em: 19 mar. 2021, 08h:54min.

QUEIROZ, Paulo djte Souza. **Do Caráter Subsidiário Do Direito Penal**. Del Rey: Belo Horizonte, 1998.

TEIXEIRA, Arley F. **O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública?** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 299-338, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.213>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I.

TINÔCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brazil anotado. prefácio de Hamilton Carvalho**. Ed. facsim. - Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

OS DESAFIOS NO TRIBUNAL DO JÚRI E SUA SOBERANIA NO PODER DE DECISÃO

RAIMUNDO MATEUS VELOSO CALDAS:
Acadêmico de Direito-Ulbra Manaus

Resumo: O referido artigo busca falar sobre o Instituto de Tribunal do Júri da forma mais acessível possível, para que os leitores, sejam eles membros das academias de direito ou não, possam entender os principais aspectos do assunto e como funciona a composição e o desenrolar do “Tribunal do Povo” (como assim também é conhecido). Funciona o presente artigo como um pequeno manual, uma cartilha para o melhor entendimento sobre o assunto no dia a dia, embora sucinto, conta com os principais conteúdos, informações atualizadas e revisões bibliográficas.

Palavras chaves: História; Aspectos; Jurados; Soberania.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI

Ao longo da história do Brasil as sentenças emanadas dos tribunais constituídos por pessoas do povo influenciaram diretamente na forma como se da o desfecho de casos que são de grande repercussão e que aos olhos da sociedade são crimes horrendos, as decisões dos jurados levaram grande parte da sociedade a crer que a vida do criminoso e da vítima estão em um processo de decisão direta, a esse instituto secular do Direito deu-se o nome de Tribunal do Júri (ou como alguns gostam de fala “o tribunal do povo), a forma como decidem esses jurados foi claramente se moldando ao longo dos anos, uma vez que muitos fazem gozo de conceitos pré estabelecidos, que no entanto, quando no tribunal precisão ser superados para que a decisão seja de cunho justo, porém, imparcial.

Muito se fala em relação ao poder soberano de decisão nesses tribunais, prática muito comum e reconhecida no Brasil e no mundo, vale ressaltar como se caracteriza tal pratica (por voto secreto e soberano de 7 jurados.

Embora o tema seja corriqueiramente debatido no meio jurídico, a grande maioria do povo não fala sobre o assunto, o tribunal do júri tem como composição pessoas do povo, visto por muitos como o meio mais eficaz de dar ao acusado um julgamento desprendido de vícios, isso porque em tese até chegar ao julgamento os jurados são triados e filtrados, além de haver a possibilidade de alguns serem dispensados tanto pela defesa quanto pela acusação, desde que até o limite estabelecido.

As questões no tribunal do júri são amplamente debatidas entre os jurados. indo muito além do Direito de Defesa, nesse instituto vigora o que chamamos de plenitude defesa que decorre da ideia de que não tem porque a defesa do acusado se prender somente as provas produzidas no processo, vai muito além e diga-se de passagem, tem defesas em todas as linhas de pensamento possíveis e imagináveis, que se baseiam em conceitos por vezes muito polêmicos que vão da situação emocional e psíquica do acusado até fatos relacionados a religião por exemplo, todo esforço para que ao final da audiência em plenária o réu venha a ser absolvido, em suma, ocorre isso porque são diferentes jurados, com diferentes classes sociais, níveis de instrução e consequentemente distinções de pensamentos.

Surgimento do Tribunal do Júri

As definições e aspectos fundamentais do Tribunal do Júri

A história do Tribunal do Júri nos remonta primeiramente ao seu surgimento na Inglaterra e somente em 18 de julho de 1822 foi recriado no Brasil, inicialmente o tribunal do Júri foi um marco histórico para a imprensa, que já era limitada a essa categoria, embora não tenha sido utilizado para causas cíveis, nesta época tinha competência para julgar tanto as causas criminais como cíveis.

Embora tenha passado por um processo histórico de supressões de sua soberania, somente com o advento da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 o instituto do Tribunal do Júri ganhou sua total plenitude passando a ser reconhecido por meio do Art. 5º, XXXVII, onde lhe foram assegurados a) a plenitude de defesa, b) o sigilo das votações, c) a soberania dos veredictos, d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Houve um grande aperfeiçoamento quando se fala em Tribunal do Júri, a exemplo temos a época dos Gregos em que o julgamento ocorria de forma rustica e as penas não tinham limites, as leis de Moises eram aplicadas ao caso concreto, claro que doutrinariamente falando, muitos discordam dessa linha de pensamento e levantam inúmeras outras teorias sobre o surgimento do instituto fora do Brasil, mas de fato não é de hoje que a prática desse tribunal existe e também não é de hoje que a sua singularidade e a sua soberania é questionada.



Foto recuperada por Roberto Parentoni, site Jus Brasil, demonstra a fase de argumentações da defesa e da acusação em um júri realizado nas épocas Gregorianas.



Foto do canal ciência, remonta o observador a uma visão geral de como se compunha o Tribunal do Júri nos tempos Romanos.

De uma forma geral, tendo em vista que é composto por pessoas do povo o que por muito tempo deu a ideia de certa incompetência e estranheza no que diz respeito a suas decisões em conselho de sentença ser tomada por pessoas leigas (imagine você, que o destino de sua vida está nas mãos dos jurados).

Para alguns, os jurados poderiam ser corrompidos no sentido amplo da palavra, todavia com tantas décadas se passando o sistema judiciário aprimorou a organização do Tribunal do Povo, criando mecanismos para combater qualquer tipo

de ilegalidade ou vício no decorrer do processo, principalmente visando a não corrupção dos jurados (fator que ainda hoje é muito criticado, mas que se faz necessário a lisura do processo já que poderiam ser na teoria e na prática “parciais” em suas decisões se evitados de corrupção.

Hoje, muitas dessas questões, senão todas, são questões superadas, uma vez que já é menos comum a ideia de que o tribunal do júri seja inconstitucional (hipótese levantada durante muitos anos), mas, pacificada vez que a lei brasileira a décadas pacificou esse entendimento de que o Júri é soberano com previsão na Constituição brasileira.

Se hoje a situação já é melhor, nem sempre foi assim, houve um tempo em que o tribunal do júri foi verdadeiramente mitigado, não respeitavam suas decisões e o caos se instalou, neste prisma, não seria exagero dizer que para que haja a efetivação do tribunal do povo é preciso também contar com o conceito prático de democracia, pois isso assegura o seu bom funcionamento, a independência em seus veredictos, além do real funcionamento de suas obrigações, neste sentido vejamos o que nos trás o doutrinador Azevedo em seu livro, “O tribunal do Júri e sua soberania popular”:

*“Não há como se construir um modelo de Tribunal do Júri sem que haja, definitivamente, um sistema democrático”. AZEVEDO, André, **TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA POPULAR, 2007.***

Sendo assim, vale ressaltar que o Tribunal do Júri é de suma importância desde os primórdios, lógico que hoje bem mais estruturado e autônomo, uma vez que conta hoje com um juiz presidente responsável por abrir a audiência, organizar o alistamento dos jurados e fazer a dosimetria da pena, mas nunca decidir sobre o mérito da questão, aqui, não existe a possibilidade do Juiz suprir a falta dos jurados, tão pouco reformar a decisão, qual seja se é culpado, se existe indícios de autoria e prova da materialidade, o Tribunal do Júri também conta com 25 jurados a disposição dos quais 7 (sete) são escolhidos para compor o conselho de sentença por meio de um sorteio realizado durante a sessão do respectivo tribunal, desta forma, o Tribunal do Júri é um instituto legítimo.

Tanto no Brasil como em muitos países do mundo, a ritualista do Tribunal do júri é da mesma forma, em alguns países com pequenas modificações, em sua composição propriamente dita, a competência dos jurados quanto a suas decisões são soberanas, não podendo juízes togados ou o Juiz Presidente mudar a decisão proferida pelo conselho de sentença.

Nas palavras de Romano, em seu artigo sobre o Tribunal Popular:

“O corpo de jurados é constituído por uma lista a ser organizada pelo Juiz Presidente todos os anos, a lista definitiva deve ser publicada em dezembro na sua segunda quinzena, podendo ser alterada somente por meio de recurso ao presidente do Tribunal de Justiça, para efeitos desse recurso poderá ser pedida a exclusão ou inclusão de jurados da lista”.

Em linhas gerais o Júri assegura que a sociedade possa participar diretamente no que tange a resolução de um crime de natureza extremamente reprováveis tipificados no Código Penal Brasileiro, Lei nº 7.209 de 11.7.1984, os jurados tem papel fundamental. Isso porque uma vez que não são vinculados a nenhuma decisão preexistente, os jurados são livres para decidirem, não sendo necessário fundamentar o porquê de ter considerado o acusado culpado ou inocente, tal disposição sobre a não subordinação dos jurados a decisões pretéritas fazem com que se possa ter o desfecho exigido pela lei, sem que ocorra lesões ao direito de ambos os envolvidos, pois ao réu é assegurado um julgado justo e com o devido processo legal, bem como a vítima é assegurada a proteção ao seu bem jurídico que aqui é a vida (socialmente conhecido como o bem mais precioso existente na humanidade).

Nesse sentido alguns autores e juristas criticam em sua obra a questão da soberania e ate onde o preparo desses jurados, como exemplo temos o que diz Guilherme Nucci em uma breve abordagem do assunto:

“A missão de julgar requer profissionais e preparo, não podendo ser feita por amadores. É impossível constituir um grupo de jurados preparados a entender as questões complexas que muitas vezes são apresentadas para decisão no Tribunal do Júri”.

Nesse trecho, Nucci faz uma reflexão da forma como os jurados julgam o acusado, baseando-se em aspectos genéricos de relação direta como os comportamentos, fatos característicos do crime e por muitas vezes levando em consideração características do acusado.

Deixando de lado e tendo como base muito raramente os conhecimentos característicos aos direito, ora, mas não seria essa a finalidade que se espera ao compor um tribunal do júri? Que sentido teria se não garantir de maneira concreta que as lacunas da lei não sirvam de válvula de escape para aqueles que cometem crimes extremamente reprováveis e que atentam conta a vida? Pensemos que não faria sentido.

Mas, afinal, quais os crimes que são da competência dos jurados e sobre o que eles deliberam?

Nesse instituto do Direito Penal, os jurados decidem sobre a **autoria, materialidade**, se existem **excludentes, causas de diminuição da pena**, etc. São de competência do Tribunal do Júri os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: **Homicídio, Infanticídio, instigação, induzimento e auxílio ao suicídio, além do aborto.**



Fonte: Henrique, Folha - Tribunal do Júri atualmente

Abordar princípios e características do Tribunal do Júri é necessário para que possamos entender melhor o assunto abordado neste projeto, uma vez que o tema como já dito, tem pouca visibilidade na sociedade civil, bem como há uma carência muito grande também no campo doutrinário, é muito difícil falar do Tribunal do Júri sem abordar o que nos trás a Constituição Federal, os pilares, os participantes as vedações e exigências frente aos jurados, o assunto merece ter um aprofundamento maior para que o leitor e a quem interessar possa ter uma fonte de pesquisa que vá ajuda-lo a entender melhor essa importante ceara do direito.



Fonte: Rádio Santana FM



Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foto ilustrativa sobre infanticídio.

É preciso estabelecer de uma forma pacífica o papel fundamental do Tribunal do Povo (ou Tribunal do Júri), depois de tantos séculos passados e tantos fatos, processos de melhoramento passados por esse instituto é de grande importância um estudo mais aprofundado, que vislumbre o efetivo exercício desse instituto.

O instituto é um instrumento humano regulado pelo poder judiciário para se responder perguntas e resolver conflitos, para se adequar aos fatos relevantes que acontecem ao redor da vida humana, é preciso que se tire uma espécie de fenda dos olhos do povo, já que a justiça é para todos tendo em vista que o tribunal do júri e sua soberania são asseguradores de direitos para a sociedade em geral.

Composição do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é um dos institutos mais antigos do mundo em matéria de Direito, ao longo de sua existência sofreu centenas de mitigações e tentativas de

descredito, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º, XXXVIII as disposições sobre o referido tema e sua composição.

Formam o Tribunal do Júri atualmente, um juiz togado que figura no tribunal como presidente e mais 25 jurados sorteados no início da sessão, vale lembrar que esses 25 jurados tem obrigações e direitos quando convocados, tais como falta justificada em face de seu trabalho, etc.

Em principio esse instituto foi efetivamente instituído em 1822, para defender questões relacionadas a julgamentos que versem sobre o direito da imprensa.

São princípios considerados basilares do Tribunal do Júri a amplitude de defesa, a soberania dos veredictos e a competência para julgar crimes dolosos contra a vida. Nesse mesmo sentido e para que fique mais claro entendimento a nível de informação, temos o que diz Aramis Nassif sobre a plenitude de defesa nos casos de processos no tribunal do júri:

[...] para determinar que o acusado de um crime doloso contra a vida tenha efetiva e plena defesa e não apenas o direito de se defender de forma geral”.

Em outras palavras, quer dizer que muito além da ampla defesa, o agente precisa ter sua efetiva defesa, compatível com aquilo que o estão acusando, para tanto, a defesa deve ocorrer no caso concreto e não ficar apenas na teoria. Isso ocorre porque se trata de um momento processualmente falado, muito importante, pois é nesse momento do rito do tribunal do júri que o réu por meio de seu procurador (defensor) vai utilizar todas as suas teses para convencer os jurados de sua inocência ou mesmo usar dos artifícios lícitos e constantes na lei para que o réu sofra o mínimo de sanção possível.

Nesse sentido explica Guilherme de Souza Nucci que:

“Um tribunal que decide sem fundamentar seus veredictos precisa proporcionar ao réu uma defesa acima da média”.

Em consonância com esse princípio é preciso lembrar que o Juiz presidente tem fundamental importância, podendo este até mesmo dissolver o conselho de sentença caso perceba algum tipo de falta de preparo da defesa que possa vir a prejudicar o réu na sentença, comumente isso ocorre quando a defesa não age como se espera ao decorrer da sessão do Tribunal do Júri.

Outro princípio de fundamental importância é o sigilo das votações, isso porque existe grande preocupação em relação aos jurados, é uma forma de coibir futuras represálias frente aos mesmos.

NASSIF nos coloca que:

“É assegurado pela Constituição Federal o sigilo faz votações para preservar, com certeza, os jurados de qualquer tipo de influencia ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder o questionário, eis o motivo pelo qual a jurisprudência repeliu a eliminação da sala secreta”.

A Soberania dos Veredictos é uma cláusula pétrea reconhecida constitucionalmente, em poucas palavras, se pode dizer que o que os jurados decidem torna-se uma decisão suprema, não pode nesses casos nem mesmo ser refeita pelos magistrados (juízes), bem como também não pode ser contestado de ofício pelo presidente do Júri, mas tenhamos cuidados em relação a essa informação, pois ainda assim, caberá ao juiz presidente a anulação da sentença se houver algum vício processual e determinar novo julgamento se entender que a decisão não teve ligação com as provas do processo.

Guilherme Nucci explica que nesses casos:

“Soberania quer dizer que o júri, quando for o caso, assim apontado por decisão judiciária de órgão togado, terá a ultima palavra sobre um crime doloso contra a vida”.

Nessa mesma linha de pensamento Julio Fabbrini Mirabete destaca que:

“A soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele. Assim, se o tribunal popular falha conta o acusado, nada impede que este possa recorrer ao pedido revisional. Também instituído em seu favor, para suprir as deficiências daquele julgamento. Alias, também vale recordar que a Carta Magna consagra o principio constitucional da amplitude de defesa, com os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), e que entre estes a revisão criminal, o que vem de amparo dessa pretensão”.

Vale lembrar que mesmo sendo soberano, em caso de recorribilidade da sentença, os autos retornam ao tribunal do júri para novo julgamento.

Como último, porém não menos importante, temos a competência do julgamento de crimes dolosos contra a vida, isso quer dizer que serão processados e julgados em consequência pelo tribunal do júri, aqueles crimes cujo o desenrolar dele é com a vontade de tirar a vida de uma pessoa, valendo para efeitos de competência desse principio tanto os crimes tentados como os consumados.

Do sigilo das votação

Durante algum tempo o sigilo das votações foi um princípio relativamente mitigado já que alguns promotores e juízes faziam a retirada dos votos de forma completa, deixando o resultado nos 7 a 0 (na questão de votos). Tal pratica hoje é pouco frequente, tendo em vista que hoje os juízes tiram apenas 4 cédulas, independente de virem com a deliberação de Sim ou Não no que diz respeito a autoria e materialidade, nessa fase se os quatro vierem com a mesma decisão o juiz precisa parar de retirar as cédulas, ate por uma questão de logica já que as três cédulas restante não superam as 4 com a mesma deliberação. Essa pratica da a ideia de segurança e assegura o anonimato dos votos do jurados.

Das fases do Tribunal do Júri

O Juiz ao receber a denuncia ou queixa , abre p´razo de 10 dias para que o acusado se defenda, nessa defesa preliminar o acuado pode alegar tudo aquilo que achar necessário pontuar para debater todos os fatos a ele foram imputados.

Após haverá audiência preliminar onde o acusado e o Ministério Público devem produzir todas as provas que entender necessárias, podendo o Juiz nessa fase descartar provas que entender irrelevantes ou inconvenientes para o desfecho do caso.

Os argumentos feitos serão orais, feitos pelas partes em 10 minutos, que podem ser prorrogáveis por igual período, a fase aqui mencionada precisa ser concluída em 90 dias em regra. O juiz poderá, pronunciar o acusado que significa dizer que ele irá submeter o caso a julgamento pelo júri popular, isso ocorre quando o magistrado presidente da sessão entende que existem provas da materialidade do caso e os indícios da autoria ou participação do acusado, em sede de fatos contrários, pode ocorrer a impronuncia, nesse mesmo contexto existe a possibilidade do juiz entender que o crime é inexistente ou que não há indícios suficientes de que o acusado participou ou praticou o crime, possibilidade em que ele pode absolver sumariamente o acusado.

Da decisão que pronunciar o acusado em diante, segue o rito da seguinte forma:

- Recebido os autos pelo presidente do Tribunal do Júri, passará este a intimação do Ministério Público ou querelante para apresentação das testemunhas que irão depor em plenário.

- Poderão Ministério Publico e Defesa fazer diligencias que serão autorizadas pelo Juiz presidente;

- O alistamento dos juízes;

Nessa fase processual, poderá ocorrer em caso de dúvida da imparcialidade dos jurados ou para segurança do acusado o desaforamento que nada mais é do que remeter o processo para a comarca mais próxima a fim de melhorar as condições do julgamento, o desaforamento jamais poderá ser feito para diminuir custos processuais.

Como bem visto acima, os procedimentos adotados são dos mais diversos que vão desde a audiência preliminar, chegando a pronúncia, instrução em plenário, debate das partes quais sejam Acusação e defesa para que haja a plenitude de defesa dos fatos imputados ao acusado, o voto secreto e soberano, a dosimetria da pena feita pelo juiz presidente que levará em conta todas as causas de aumento e diminuição da pena até o veredicto e a sentença.

Considerações finais

Não há como negar a proporção e a importância do instituto aqui explanado, nos dias atuais onde os casos de violência contra o bem jurídico protegido mais importante que temos qual seja, a vida, vem sendo atacado e banalizado, no Brasil muito embora haja muitas lacunas na lei, não existe uma forma melhor de fazer valer a lei do que colocar pessoas do povo para darem uma resposta imediata ao caso concreto.

A soberania dos veredictos é uma ferramenta fundamental que trás segurança tanto ao réu quanto a vítima dentro de suas peculiaridades, bem como a amplitude de defesa faz com que os jurados possam tomar sua decisão de acordo com aquilo que se comprova durante os debates, conclui-se então que o tribunal do júri é hoje um dos mais importantes mecanismos de resolução de conflitos, senão o mais.

REFERÊNCIAS

- ANSANELLI JÚNIOR, Angelo. O Tribunal do Júri e a Soberania dos Veredictos.
NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, p.387.
GOMES, Edneia Freitas, Origem, história, principiologia e competência do tribunal do júri.
AZEVEDO, André, *TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA POPULAR*, 2007.

O TRATAMENTO DIFERENCIADO MINISTRADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente trabalho volta-se para uma análise crítica acerca do princípio da isonomia em cotejo com as hipóteses legais de tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. A igualdade meramente formal representaria um injusta e desleal competição entre grandes e pequenos. Então, em atenção aos ditames da isonomia material, o ordenamento passou a prescrever alguns tratamentos diferenciados às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. Assim, o foco deste trabalho volta-se para uma análise das hipóteses legais onde esse tratamento diferenciado se sustenta.

Palavras-chave: Microempresas. Empresas de Pequeno Porte. Licitações. Tratamento Diferenciado.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prescreve que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, de modo que, *a priori*, constitui dever da Administração Pública conferir tratamento isonômico aos participantes das disputas licitatórias.

Neste toar, constitui ponto de partida nos certames licitatórios a necessidade de que os licitantes disputem em condição de igualdade, sendo vedado, por exemplo, o estabelecimento de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Nesta linha, o notável jurista José dos Santos Carvalho Filho assim pontua:

“A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva ao outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal¹⁴³”

Não obstante, nenhum princípio, ainda que de natureza constitucional, possui caráter absoluto. Embora a isonomia seja um primado inafastável quando se fala em licitação, há algumas situações excepcionadas em lei merecem a devida atenção da comunidade jurídica. Se é verdade que a igualdade nas disputas licitatórias encontra assento constitucional, também não se pode desconsiderar que há outras situações igualmente albergadas na Lei Maior que precisam dialogar e se acomodar entre si.

Nesta perspectiva, é preciso observar que nem todo tratamento diferenciado representa ofensa à isonomia, muito pelo contrário, há algumas situações que reclamam um tratamento diferenciado justamente para preservar a isonomia. Ilustrativamente, é como se houvesse uma corrida de automóveis em que estão a competir um corredor com carro popular de mil cilindradas em face de um adversário equipado com um carro extremamente mais potente do que de seu concorrente. Certamente, nesta situação hipotética, tratar os dois competidores de forma absolutamente igual seria manter uma injusta e desigual disputa. Então, há determinadas situações onde o tratamento diferenciado na exata medida da desigualdade existente representa nada mais que aplicação da igualdade material.

Neste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra intitulada “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, fornece de forma irretorquível critérios científicos para se saber qual a discriminação conforme com o princípio da igualdade e qual a que o afronta, indicando que diferenciações que podem ser feitas sem quebra da isonomia quando existir correlação lógica entre o critério de *discrímen* e o tratamento diferenciado procedido e quando a discriminação estiver em harmonia com valores constitucionalmente protegidos.

Desta forma, como a seguir se perceberá, há situações nos certames licitatórios, previstas em lei e com respaldo constitucional, onde há a necessidade de se conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, justamente como forma de preservar a igualdade de condições no certame.

¹⁴³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008. P. 225.

Certamente as microempresas e empresas de pequeno porte não teriam condições de disputar em condição de igualdade com as grandes empresas se a igualdade aplicada nas disputas licitatórias fosse meramente formal.

Então, como consectário da igualdade material e diante do reconhecimento da importância econômica e social das microempresas e empresas de pequeno porte, a ordem jurídica vigente contempla algumas situações especiais no que tange à participação destas empresas nas disputas licitatórias.

2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO, EM ESPÉCIE, MINISTRADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Como já se anunciou, a Constituição da República, em seu artigo 37, XXXI, prescreve que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, nos seguintes termos:

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

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Então, percebe-se que a Lei Maior, no que tange às licitações, assegura igualdade de condições a todos os concorrentes. Todavia, como prenunciado, isso não significa a necessidade de um tratamento formalmente igualitário, desprezando-se as diferenças existentes dentre os participantes. A alusão a “condições de igualdade” deve ser interpretada levando-se em consideração as diferenças legalmente reconhecidas às micro e pequenas empresas.

A própria Constituição Federal, em outras passagens, reconhecendo a importância social e econômica das micro e pequenas empresas, expressamente consignou a necessidade de se conferir tratamento diferenciado e favorecido para esta categorial empresarial, a exemplo dos artigos 146 e 179, que assim prescrevem:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Então, sob o aspecto constitucional, a conferência de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte constitui um verdadeiro dever imposto ao legislador e à Administração Pública, evidentemente, nos termos e limites da lei e da própria Constituição.

Conforme prescrito na Lei 8.666/93, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, observando-se os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, sem prejuízo do tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Neste contexto, a Lei Complementar 126/2006 prescreve que nas contratações públicas deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Na mesma perspectiva, a Lei Complementar 123/2006, confere a possibilidade de que, nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente seja exigida para quando da assinatura do contrato, sendo ainda assegurado, em existindo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, o prazo de 2 (dois) dias úteis, prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da

documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa, o que não é extensível às empresas de grande porte, nos termos seguintes:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Na mesma linha, a referida Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 44, estabelece que nas licitações públicas deverá ser assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada, sendo esse percentual de 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço, quando a modalidade licitatória for pregão.

Desta forma, ocorrendo o empate, considerando a margem percentual acima indicada, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma indicada no parágrafo precedente, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese de empate referida, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

Então, o legislador, além de estabelecer a preferência para contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, findou por criar uma margem fictícia de empate para possibilitar que as empresas desta categoria possam adjudicar o

objeto do certame, acaso optem por apresentar proposta de preço igual ou inferior àquela classificada em primeiro lugar.

Ressalte-se ainda que, no caso de equivalência de valores apresentados por mais de uma microempresa ou empresas de pequeno porte, considerando a margem de empate ficta de 10%, sendo 5% no pregão, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

De toda forma, é preciso registrar que, na hipótese da não contratação nos termos acima referidos, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame, ressaltando ainda que essa sistemática de empate ficto e preferência estabelecida em favor das microempresas e empresas de pequeno porte não se aplica se a melhor proposta já tiver sido apresentada por empresa dessa categoria.

Por fim, para que se possa aplicar o tratamento diferenciado acima referido, é imprescindível que haja, mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Da mesma forma, o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deve ser afastado acaso reste configurada a ausência de vantajosidade para a Administração Pública ou represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Outra forma de tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte consiste na obrigação de realização de certames licitatórios exclusivos para contratação de itens cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, previsto no artigo 48, I e III, da Lei Complementar 123/2006, que assim dispõe:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(...)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Neste toar, é preciso registrar que, da mesma forma que ocorre em relação à aplicação da preferência de contratação na situação de empate antes tratada, para que se possa aplicar a licitação exclusiva e a cota reservada é imprescindível que haja, mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, bem como que não reste configurada a ausência de vantajosidade para a Administração Pública ou haja indicativo de prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Embora existam outras situações legais onde é possível constatar um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno, as principais e mais corriqueiras situações são as acima referidas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o legislador, atendo à importância das microempresas e empresas de pequeno para sociedade, por representarem, notadamente, o segmento empresarial que mais gera postos de emprego na economia nacional, passou a conferir, em situações bem delimitadas, tratamento diferenciado a esta categoria de empresas nos certames licitatórios.

Neste contexto, como se viu, o tratamento favorecido nas licitações ministrado aos pequenos empreendedores, representados pelas microempresas e empresas de pequeno, não significa ofensa ao princípio da igualdade, mas, pelo contrário, um mecanismo a serviço da igualdade material, possibilitando que os pequenos empreendedores possam concorrer com as grandes empresas. É a mão invisível do Estado buscando o equilíbrio da balança do mercado na área das compras públicas.

Então, os favorecimentos legais existentes nos certames licitatórios em favor das microempresas e empresas de pequeno se fazem necessários tendo em vista que, sem eles, dificilmente este segmento empreendedor teria possibilidade de disputar em condição de igualdade com as grandes empresas.

Assim, os benefícios legais apontados ao longo deste trabalho consolidam o reconhecimento da importância econômica e social das microempresas e empresas de pequenos porte, possibilitando que este segmento empresarial atue na fatia do mercado destinada às aquisições públicas, o que seria muito difícil de ocorrer se a igualdade aplicada nas disputas licitatórias fosse meramente formal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2005.

DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O PAPEL DO ESTADO

FRANCISCO CLEITON DA SILVA PAIVA:

Graduado em Direito (FACEP) e Ciências Contábeis (UERN). Pós-graduado em Contabilidade Pública (FINOM) e Direito Tributário (UCAM). Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade (UFERSA).

RESUMO: O Estado brasileiro (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) tem a possibilidade e responsabilidade de contribuir positivamente para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, via destinação de recursos ou incentivos fiscais, estabelecendo, assim, políticas públicas de promoção do desenvolvimento sustentável. O objetivo deste trabalho é mostrar como o Poder Público pode contribuir para a proteção do meio ambiente através da tributação ambiental. O direito ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável é considerado um direito humano. Direitos Humanos correspondem aos direitos fundamentais de toda pessoa humana, abrangendo tanto os aspectos individuais como também seu sentido comunitário. Para a pesquisa, foi utilizada como metodologia um estudo de natureza qualitativa, descritiva e bibliográfica, abordando a temática dos direitos humanos, direito tributário e o desenvolvimento sustentável. Verificou-se que a proteção do meio ambiente é fator decisivo para a consolidação do direito humano ao desenvolvimento sustentável, visto que os indivíduos precisam da natureza para se desenvolver plenamente em sua condição de vida, tendo a tributação ecológica um papel fundamental na promoção desse direito, tão importante para as atuais e futuras gerações.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Tributação Ambiental; Sustentabilidade; Direitos Humanos.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável. 3. Tributação Ambiental e o Papel do Estado. 4. Conclusões. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As ações do homem para com o meio ambiente têm provocado sérias mudanças no planeta e ocasionando diversos problemas, cujos efeitos atingem e são sentidos em todas as partes do mundo. Por essa razão, as discussões acerca da questão ambiental têm ganhado força, ao mesmo tempo em que se insere como pauta das ações do Estado quando da definição das políticas públicas. Alguns fatores como a intensificação da industrialização, explosão demográfica, aumento da produção, consumo desenfreado, urbanização e modernização das técnicas agrícolas trouxeram consigo também consequências como a degradação dos recursos

naturais, poluição da água, do solo e do ar, que culminaram em desastres ambientais observados até os dias de hoje (NASCIMENTO; LEMOS; MELLO, 2008). Em função dessas questões, tem-se buscado estabelecer uma nova forma de desenvolvimento, provocando uma melhora na qualidade de vida da população e, ao mesmo tempo, a sobrevivência das espécies no planeta.

Não por acaso, abordando a temática ambiental, Boff (2012) observa que, nos dias de hoje, o tema sustentabilidade e meio ambiente é um dos assuntos mais comentados em todo o mundo, mostrando a importância que o tema tem alcançado perante a sociedade, as empresas e os governos. Isso vem acontecendo não só devido a um afloramento de uma percepção de limitação dos recursos naturais (que já é evidente e que vem se consolidando cada dia mais), mas também pelo entendimento que um meio ambiente é um bem que deve estar disponível a todas as pessoas de modo indistinto, inclusive numa perspectiva atemporal.

No Brasil, o Poder Público encarrega-se da responsabilidade compartilhada de defender e preservar o meio ambiente, garantindo, assim, o desenvolvimento sustentável no âmbito nacional, conforme definido na Constituição Federal de 1988, no Capítulo VI, que trata do Meio Ambiente, assim como em outros dispositivos do texto constitucional.

Viver em um ambiente preservado, com qualidade de vida e em condições que beneficiem a saúde das pessoas é um direito humano. Contudo, diante do contexto ambiental atual, como o Estado poderia atuar para beneficiar e promover um meio ambiente equilibrado e capaz de atender às necessidades da atual e futura geração, garantindo assim esse direito à população?

O presente trabalho objetiva mostrar como a tributação ambiental contribui para a proteção ao meio ambiente, considerando que o direito ao desenvolvimento sustentável é um direito humano. Neste sentido, é importante que se compreenda a dimensão do meio ambiente relacionada aos direitos humanos, haja vista que, comumente, tem-se uma percepção equivocada de que direitos humanos estão mais ligados a outros aspectos, como direitos dos presos, dentre outros direitos civis, entendimento esse que não traduz seu conceito. Por isso, tornam-se importantes outras abordagens envolvendo os Direitos Humanos em suas várias dimensões. Além disso, não há como tratar da vida humana sem considerar a variável ambiental, fundamento de sua própria existência.

Quanto ao aspecto metodológico, este artigo corresponde a um estudo de revisão. Está categorizado, quanto à sua natureza, como pesquisa qualitativa; quanto aos objetivos da pesquisa, definida como descritiva; e, quanto ao objeto, considerada uma pesquisa bibliográfica.

2 DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Comparato (2001) conceitua os Direitos Humanos como os direitos fundamentais da pessoa humana, contemplando não só os aspectos individuais como também seu sentido comunitário, chamados de direitos de fraternidade. Para Ramos (2014, p. 23), os Direitos Humanos “consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana, pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.

Direitos Humanos são direitos vinculados à condição da pessoa humana. Ramos (2015, p. 38) entende que sem esses direitos o ser humano “não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”. Embora não exista um rol determinado de direitos que o ser humano precise dispor para que tenha uma vida digna (já que as necessidades humanas variam conforme o contexto histórico e cultural), há elementos que, ao longo do tempo, foram sendo incorporados dentro do que é considerado essencial para que o mesmo se desenvolva plenamente. Historicamente, esses direitos são marcados pela mutação e constante renovação, desde a Antiguidade aos dias de hoje, podendo ser considerado um produto da História, conforme preceitua Ramos (2015) e Comparato (2001).

Segundo Ferreira Filho (2011, p. 57), os Direitos Humanos são classificados em primeira, segunda e terceira geração (ou dimensão), correspondendo, respectivamente, aos direitos à liberdade, igualdade e fraternidade, basicamente o mesmo lema da Revolução Francesa de 1789, teoria defendida por Karel Vasak, em 1979.

Nessa linha, Ramos (2014) explica que os direitos de “primeira dimensão” correspondem aos direitos de liberdade, que são os individuais, civis e políticos. Os de “segunda dimensão” são aqueles ligados aos direitos de igualdade, quer sejam econômicos, sociais e culturais, por exemplo.

Conforme Ferreira Filho (2011), os direitos classificados como de “terceira dimensão” (ou geração) são os direitos de titularidade da comunidade (solidariedade e fraternidade), que estão ligados à qualidade de vida e solidariedade entre os seres humanos, abrangendo os direitos relativos à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente.

Há ainda uma outra corrente doutrinária, defendida por Bonavides (2009), que preconiza a existência de mais duas outras dimensões, quais sejam: uma “quarta dimensão” dos direitos humanos (que ele defende corresponder aos direitos de informação, pluralismo e à democracia) e também de um grupo de quinta dimensão

(que corresponde no direito fundamental à paz). Outra corrente, mais além, defende que há também uma “sexta dimensão”, que é o direito humano à água potável, conforme explicação de Santos (2001).

Um marco histórico para os direitos humanos ocorreu em 1948, com a proclamação da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” pela Organização das Nações Unidas (ONU), uma conquista enorme para a humanidade no tocante aos seus direitos individuais e universais. Dentre todos os direitos postos a partir do documento, o mesmo trouxe em seu Art. 3º que o ser humano tem direito à “vida”, considerando que nela estão incluídas as condições necessárias à sua manutenção. Dentre essas condições está a preservação do meio ambiente, pressuposto fundamental, sem o qual, inclusive, não seria possível a vida.

À luz da contemporaneidade, é interessante observar na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 que nela não há nenhuma menção sobre o meio ambiente. Isso mostra que assuntos ligados ao meio ambiente, à época da sua elaboração, ainda não eram tratados com a devida importância, ou, no mínimo, não estava em evidência. Qual a razão disso? O meio ambiente ainda não era considerado como um bem a ser preservado nem um problema a ser resolvido.

Mais de setenta anos depois, o que se nota é a questão ambiental ganhando destaque nas discussões em todo planeta, visto que o ser humano tem percebido o quanto o desgaste do meio natural atinge diretamente suas vidas. A concepção de que os recursos naturais são limitados e cada vez mais em declínio acendeu o sinal de alerta para que as pessoas passassem a adotar uma nova postura e uma nova mentalidade em relação ao meio ambiente, entendendo que a destruição da natureza é, automaticamente, a destruição do próprio ser humano.

Manter o meio ambiente em equilíbrio é condição para o desenvolvimento pleno de todas as sociedades. Uma sociedade sadia e equilibrada é aquela que entende que seu bem-estar é alcançado quando se considera nas suas ações não só os impactos que elas podem causar no presente, mas, também, os efeitos que essas ações podem gerar no futuro. Esse é o conceito de “Desenvolvimento Sustentável”, definido pelo relatório “Nosso Futuro Comum” (também conhecido como *Relatório Brundtland*, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, da ONU, em 1987), como “a habilidade das sociedades para satisfazer às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das futuras gerações de atenderem a suas próprias necessidades” (CMMAD, 1999, p. 09).

No entanto, esse entendimento já vinha sendo firmado desde 1972, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, da qual resultou a Declaração de Estocolmo e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

(PNUMA). Essa declaração foi também um marco histórico para o Direito Ambiental ao considerar o direito ao meio ambiente como um direito fundamental do indivíduo, equiparando-o a direitos já consolidados na esfera dos direitos humanos, como a liberdade e igualdade (primeira e segunda dimensão). No documento consta em seu Princípio nº 1 que: “o ser humano tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.

A referida Declaração defende também que quando existe uma relação em que o homem protege a natureza, ambos são beneficiados, destacando em seu Preâmbulo: “O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente” (ONU, 1972, s.l.). O mesmo texto ressalta ainda que: “a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos” (ONU, 1972, s.l.).

Quando o conceito de desenvolvimento sustentável aborda a questão das “necessidades”, Dias (2011) explica que o desenvolvimento sustentável é, antes de qualquer coisa, um projeto social e político destinado a erradicar a pobreza, elevar a qualidade de vida da sociedade e satisfazer às necessidades básicas da humanidade. Portanto, a proteção do meio ambiente emerge como um direito humano, cuja responsabilidade é de todos e global, o que inclui os Governos, as organizações e a sociedade de modo geral.

O desenvolvimento pleno do ser humano depende de vários fatores, a fim de que possa encontrar a condição adequada para uma vida com dignidade. A ONU, ao desenvolver o conceito de desenvolvimento sustentável, traz com isso uma tentativa de resposta para os problemas ambientais existentes e dos riscos que todo o planeta corre em função dessa problemática.

Embora pareça fácil, lidar com a questão ambiental não é tão simples assim. A própria dinâmica econômica (ligada diretamente à utilização de recursos naturais) tem que ser levada em conta, já que ações de impacto econômico trazem, por consequência, um impacto socioambiental imediato. Ou seja, economia, sociedade e meio ambiente encontram-se em uma relação direta e intimamente ligados. Questões inerentes ao contexto emergem a partir disso, como, por exemplo: é possível reduzir o desgaste na natureza sem afetar a economia? É possível mexer na economia sem atingir a sociedade? O fato é que é impossível mexer nessas questões sem impactar na vida humana, nas condições de vida da sociedade e no bem-estar

dos indivíduos, não podendo ser analisado nenhum ponto sem uma abordagem holística.

Por isso, “para ser sustentável o desenvolvimento deve ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto”, como afirma Boff (2012, p. 43), conceito também defendido por Elkington (2012), conhecido como “Tripé da Sustentabilidade” (*Triple Bottom Line*), que preconiza exatamente o equilíbrio entre essas três variáveis. De maneira similar, a própria Declaração de Estocolmo (1972) traz também que: “O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável [...]” (Princípio nº 8), ensejando também esse conceito.

Viver em um ambiente preservado, com qualidade de vida e em condições que beneficiem a saúde das pessoas é um direito humano. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 aborda em seu Capítulo VI o Meio ambiente, que, em seu Art. 225 declara que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, Art. 225, CF, 1988). Essa posição compartilha a responsabilidade pela garantia dos direitos ambientais não só para o governo, como também com a própria sociedade, que é, ao mesmo tempo, agente transformador do meio ambiente e também quem é suscetível nessa transformação.

3 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O PAPEL DO ESTADO

Atualmente, uma das formas que o Estado dispõe para contribuir para a preservação do meio ambiente, ao mesmo tempo proporcionando à sociedade o direito ao desenvolvimento sustentável, é por meio da instituição de tributos, cujas receitas podem ser utilizadas para a preservação e promoção do meio ambiente, como os denominados tributos ambientais (também conhecidos como tributos ecológicos), que fazem parte da chamada economia verde.

Tributos são instrumentos que o Estado dispõe para obtenção de receitas, buscando, a partir delas, a devida aplicação para a prestação de serviços e desenvolvimento de políticas públicas de interesse de toda sociedade. O Código Tributário Nacional, em seu art. 3º dispõe que: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda e cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

O desenvolvimento nacional, preconizado no art. 3º da Constituição Federal, não será de outro modo atingido sem que seja considerada a variável ambiental, esculpida nos Arts. 170 e 225 da nossa Constituição, premissa básica do

desenvolvimento sustentável. Por sua vez, é papel do Poder Público contribuir positivamente para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, via aplicação de recursos ou incentivos fiscais, já que o Estado pode atuar e interferir na economia por meio da instituição de tributos, sejam eles com funções fiscais, parafiscais ou extrafiscais.

Conforme Machado Segundo (2018), os tributos com função fiscal são aqueles usados para obter recursos orçamentários para a entidade estatal correspondente, como, por exemplo, o caso do IPTU cobrado pelos municípios. Os parafiscais são aqueles utilizados para obtenção de recursos para orçamentos de entidades que funcionam como “prolongamentos” do Estado, mas que não se confundem com o mesmo, a exemplo dos Conselhos de Regulamentação Profissional, os denominados Conselhos de Classe. Por fim, os tributos com função extrafiscal são aqueles instituídos com objetivos que vão além da própria arrecadação. Podem ser utilizados de várias formas, desde o incentivo à determinadas condutas e atividades para a consecução de finalidades específicas, até para o alcance de resultados no intuito de alcançar a redução de externalidades negativas (como é o caso da preservação ou conservação do meio ambiente, bem como a mitigação dos impactos negativos sofridos), como parte de uma política pública de desenvolvimento sócio-econômico-ambiental.

No caso da utilização de instrumentos tributários para finalidade extrafiscal de corrigir, minimizar ou mesmo promover a proteção do meio ambiente, esta é uma forma de indução do desenvolvimento nacional por meio de uma política tributária ambiental.

Na análise do art. 170, Inciso VI, da Constituição Federal, que trata da Ordem Econômica e Financeira, pode ser observado que para assegurar a todos uma existência digna, direito humano fundamental, há que ser considerado como princípio básico a variável ambiental:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Percebe-se que o Estado brasileiro teve como preocupação estabelecer na sua Constituição princípios norteadores do desenvolvimento sustentável como pilares da sociedade, considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial para o alcance desse desenvolvimento. Essa é uma preocupação imbuída do espírito de solidariedade/fraternidade estampados no próprio Preâmbulo da Carta Maior brasileira, pois o desenvolvimento sustentável preocupa-se não somente com o hoje, mas também com as gerações futuras e seu bem-estar.

É com o propósito de preservar o meio ambiente e promover um desenvolvimento capaz de proporcionar uma qualidade de vida para toda a sociedade, que surgiu a Tributação Ambiental, atuando precipuamente com a extrafiscalidade, punindo aqueles que atuam negativamente em relação ao meio ambiente e premiando aqueles que adotam posturas positivas de preservação/conservação do meio natural.

Costa (2005, p. 297) conceitua a Tributação Ambiental como “o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental”. Neste sentido, o Estado deve atuar para a implantação, fiscalização e aplicação dos “tributos ambientais”, onde pode ser citados como exemplos o “ICMS Ecológico” e o “IPTU Verde”, já adotados em vários estados e municípios do país, e que compõem os chamados “impostos verdes”.

O “ICMS Ecológico”, por exemplo, é um tipo de intercâmbio entre os estados e municípios, em que parte dos recursos arrecadados pelo estado com o ICMS (Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) é transferido aos municípios, por meio de quotas. Dessa forma, 25% da arrecadação retorna para os municípios (aqueles que se adequam às normas de repasse), em troca de ações a serem desenvolvidas em prol do meio ambiente (LOUREIRO, 2008).

O “IPTU Verde”, por sua vez, varia de acordo com cada município instituidor, a atua com o objetivo de estimular ações de preservação ambiental, mediante benefícios fiscais, como a redução de alíquota do imposto para aqueles contribuintes que realizam tais ações, como, por exemplo, plantação e manutenção de árvores na calçada dos prédios e residências, assim como o uso de equipamentos que visem à preservação/conservação do meio ambiente, tais como os que economizam água.

4 CONCLUSÕES

Os Direitos Humanos englobam uma série de direitos, que vão desde o direito à vida, liberdade, igualdade, até temas como o meio ambiente. Classificados em três categorias, denominadas de “dimensões” ou “gerações”, o meio ambiente encontrasse na terceira dimensão desses direitos.

A proteção do meio ambiente, como condição essencial para o direito à vida, coloca esse direito como parte daqueles que alicerçam os direitos humanos.

Ter um ambiente ecologicamente equilibrado e protegido é fundamental para o desenvolvimento econômico, que, por sua vez, é necessário para que a sociedade também se desenvolva em sua plenitude e usufrua de um bem-estar.

É a partir do equilíbrio entre as variáveis econômica, ecológica e social que se tem o desenvolvimento sustentável, resultado conjunto de ações de todas as esferas sociais e cujos benefícios são sentidos não só pelas gerações presentes, mas também pelas futuras gerações.

A responsabilidade pelo desenvolvimento sustentável é compartilhada entre vários agentes, como as empresas, a sociedade e os governos. No Brasil, o Poder Público é um dos responsáveis para que todos tenham garantidos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Estado e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações.

Neste trabalho, o objetivo foi mostrar como a tributação ambiental contribui para a proteção ao meio ambiente, considerando que o direito ao desenvolvimento sustentável é um direito humano. Com efeito, foi apresentado que a tributação ecológica tem um papel muito importante para a preservação do meio ambiente e para a garantia do direito humano ao desenvolvimento sustentável, e isso ocorre por meio da aplicação das receitas auferidas pelo Estado com esses tipos de tributos.

Por fim, percebe-se que no Brasil as ações que envolvem a busca pela promoção e proteção do meio ambiente ainda são incipientes, carecendo de ampliação e aplicação por parte do Estado, visto que não é tarefa fácil destinar recursos para uma área que, apesar de ser evidente sua importância, é uma percepção que não atingiu toda sociedade, ainda. Muitas variáveis influem nesse cenário, como o nível de instrução da população, em que mostra que, quanto maior a educação, maior preocupação com o meio ambiente. Isso ainda é um desafio para o Brasil, já que uma população bem informada é mais capaz de exigir do Poder Público ações dessa natureza. E, se o Estado pode ser indutor dessas ações, a própria sociedade também pode, ou mais ainda, já que, conforme o próprio da Constituição Federal (Art. 1º, parágrafo único), "Todo poder emana do povo [...]", e ninguém melhor que o próprio povo para defender seus direitos.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico:** elaboração de trabalhos na graduação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Código Tributário Nacional. *In Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 mar. 2021.

CMMAD, Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OSTA, Regina Helena. Apontamento sobre a tributação ambiental no Brasil.

In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental: responsabilidade social e sustentabilidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ELKINGTON, John. **Sustentabilidade, canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Wilson. **ICMS Ecológico, uma experiência brasileira de pagamentos por serviços ambientais**. São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração sobre meio ambiente humano (Declaração de Estocolmo) - 1972**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/> Acesso em: 11 mai. 2021.

NASCIMENTO, Luis Felipe; LEMOS, Ângela Denise da Cunha; MELLO, Maria Celina Abreu de. **Gestão Socioambiental Estratégica**. Porto Alegre: Bookman, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

A SEGURANÇA PÚBLICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

ARICIEL TEBALDI GODOY: Cursando Graduação em Direito pela UNIVERSIDADE BRASIL, unidade Fernandópolis - SP

ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS
(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a segurança pública adotada no Brasil, analisando seus principais aspectos e também reflexos quanto à responsabilidade civil do Estado em relação à obrigação de reparar danos causados à sociedade pelos agentes de segurança pública no exercício de suas funções públicas. Sob o prisma constitucional, é consagrado que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, sendo que o ente público deve propiciá-la por meio de seus servidores, de modo a tutelar os cidadãos visando a manutenção da ordem pública, proporcionando-lhes o gozo do bem comum. Apesar disso, quando a prestação estatal é feita de maneira defeituosa e omissa, surgirá a responsabilidade de reparar o dano do particular, exceto na hipótese de incidência de excludentes. Com base nisso, nota-se que em se tratando de assegurar a segurança pública, a responsabilidade estatal, bem como a responsabilidade dos cidadãos, representam corolários constitucionais e políticos de um efetivo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Segurança Pública. Responsabilidade Civil do Estado. Ordem pública.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 SEGURANÇA PÚBLICA. 1.1 Evolução Histórica. 1.2 Conceito. 1.3 Legislação. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 Conceito. 2.2 Responsabilidade Civil do Estado. 2.3 Teorias. 2.4 Excludentes. 3 INDENIZAÇÃO. 3.1 Regresso. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

A segurança é um dos serviços públicos mais essenciais e fundamentais atualmente, isso ocorre devido ao grande aumento e desenvolvimento da criminalidade e do crime organizado, porém, o que se nota é que este mesmo desenvolvimento não ocorre com a própria segurança pública.

Este problema é o que impossibilita a garantia da sensação de segurança a todos os brasileiros, como defendido e esculpido em um dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

O objetivo deste trabalho é seu desenvolvimento de modo que consiga mostrar as reais responsabilidades, tanto do Estado quanto, também, de todos os brasileiros em relação à segurança pública, além ainda de expor que a responsabilidade não parte apenas do Estado, mais sim de toda a sociedade, mostrando que uma sociedade unida e que caminha com as mesmas ideias ou finalidades, pode trazer grandes benefícios, como a diminuição da criminalidade e também a redução de custos para o próprio Estado, que neste tema é o que terá maior destaque.

O Estado será responsabilizado por tudo, ou todos terão uma parcela de responsabilidade? E caso exista a responsabilidade qual seria a maneira de fazer cumprir ou arcar com ela? Estas serão algumas das questões que serão abordadas para que este tema seja mais bem esclarecido.

Este artigo trará as informações e desenvolvimento com base em outras pesquisas, livros, e da própria internet de fontes seguras, para assim demonstrar com maior clareza e credibilidade que nele será exposto.

2 SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 Evolução Histórica

A segurança como todos sabem está ligada diretamente a relação social, econômica e cultural que envolve toda e qualquer sociedade, onde todos esses são fatores para grandes debates e principalmente disputas políticas, que a cada dia estão mais afloradas.

No Brasil seu início se deu desde a época colonial e descobrimento do Brasil, em meados de 1500, quando D. João III resolveu adotar um sistema de capitanias hereditárias, outorgando uma carta regia a Martim Afonso de Souza para estabelecer a administração, promover a justiça e organizar o serviço de ordem pública. Registros históricos mostram que em novembro de 1530, a polícia brasileira iniciou suas atividades, tentando desde então trazer justiça e organização pública.

Após o descobrimento houve a colonização através dos Donatários das Capitanias, os quais se tratavam de pessoas ligadas diretamente à nobreza e que tinham se enriquecido com o mercantilismo, sendo estas as pessoas para administrar, proteger e explorar grandes extensões de terras, contra outras colônias que tinham

também a pretensão de se expandir, tudo isso sendo financiado por cada donatário, para assim garantir a expansão portuguesa na América.

O desenvolvimento das colônias foi ocorrendo e não parou, com isso também se desenvolveu a segurança através dos exércitos, pois cada colônia para se expandir e não deixar que outros a tomassem investiram pesado em poderio militar. Porém, mais a frente e precisamente no ano de 1822 e 1823, o recém-criado exército brasileiro derrotou a resistência portuguesa à independência, aonde alguns anos depois vieram então a proclamar a república brasileira, deixando para traz a monarquia constitucional parlamentarista e dando início a república presidencialista do Brasil.

2.2 Conceito

A segurança Pública é uma ferramenta complexa que o Estado tem de garantir a paz, a ordem e a preservação, de forma preventiva, repressiva e de demonstração de força quando houver a real necessidade, sempre preservando os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, pois não se relaciona apenas com o órgão e a palavra "Polícia", mas sim em todos os setores da sociedade, a segurança pública envolve aspectos sociais, judiciais e até mesmo da saúde, por ser através dela que todas as garantias e direitos expostos na Constituição Federal possam caminhar umas com as outras, se relacionando entre si e ainda que toda a engrenagem Estatal funcione em perfeita harmonia, trazendo assim a paz social que é assegurada a cada indivíduo.

Segundo Silva (2008), segurança pública se define em:

Uma situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. (SILVA, 2008, p.780)

Com base nessas definições é possível ainda destacar a relação da segurança pública em diferentes ações como preventivo onde envolve a educação, emprego e saúde; legislativa onde pode se verificar as definições de crimes e suas penas; de fiscalização e repressão, neste caso se prendendo mais na atuação dos órgãos policiais e até mesmo do ministério público; de responsabilização que se classifica no julgamento de acusados pelos juizados; de punição, que é o cumprimento da pena pelo acusado propriamente dito e ainda a ressocialização que está ligada a reintegração do preso a sociedade.

Sendo assim, possível analisar de maneira mais específica e pontual toda a esfera que pode ser atingida pela segurança pública, e não apenas se restringindo aos órgãos policiais como é de costume a maior parte da sociedade imaginar.

2.3 Legislação

A relação da segurança está intimamente ligada desde as raízes do direito, caminhando sempre paralelo um ao outro, pois direitos devem ser protegidos, e para que assim tudo efetivamente seja sempre preservado deve ser assegurada através dos meios que o Estado dispõe, tanto em relação com a segurança propriamente dita quanto através das normas, aonde uma possa garantir a outra.

A Constituição Federal que é nossa lei suprema e serve de origem para todas as demais, traz em seu art. 144, a segurança pública, seus órgãos e, além disso, expor a quem se atribui o dever, direito e responsabilidade:

Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

(BRASIL, 1988, Art. 144).

Outra norma importante que a Constituição Federal trás e que não tem o costume de ser lembrado, ou até mesmo pode ser esquecido por alguns operadores do direito é seu art. 245, que discorre sobre a relação e suporte que o Estado poderá fornecer a herdeiros e dependentes carentes, por crimes praticados contra tais vítimas de crimes dolosos, mas mesmo assim a assistência prestada pelo Estado não suprima a responsabilidade civil do autor que praticou o delito, sendo responsabilizado nas esferas que couber, tanto criminal quanto civil posteriormente encerrado o processo crime.

Conforme citado o art. 245, este assim tipificado:

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Ainda referente a legislações que aborda este tema deve-se destacar que o Código Civil de 2002 em seu art. 43, esclarece outra questão, de que as pessoas jurídicas de direito público serão sim responsabilizadas civilmente por condutas, ações ou omissões que seus agentes venham a causar danos a terceiros, porem a norma ainda assegura o direito de regresso contra os causadores, caso haja dolo ou culpa:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

É notável que segurança pública e a responsabilidade civil do estado se interage com vários ramos do direito, dentre eles ainda vale salientar e destacar como não menos importante que os demais, o direito administrativo, que apesar de ser um ramo autônomo e que não possui um código específico, seu estudo é com base na Constituição Federal e outras inúmeras leis esparsas, tanto no âmbito federal quanto estadual, definindo assim a administração pública, ele também tem por objetivo o interesse público, ou seja, sempre será preservada a coletividade com base no princípio da legalidade, regrando os princípios aplicáveis ao Estado em suas relações com os particulares, com seus agentes e consigo mesmo, para que o estado com todo seu poder não prevaleça de maneira absoluta sobre o particular, mas sim que possa existir um equilíbrio, equiparando e normatizando as atividades jurídicas entre as partes (particular/Estado).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Conceito

A responsabilidade civil advém do Direito Civil e sua aplicabilidade se dá na obrigação de reparar os danos causados a terceiros, seja eles de origem moral ou patrimonial, sendo que, para que se concretize tal responsabilidade serão exigidos alguns elementos como uma ação culposa ou dolosa do agente, trazendo um dano patrimonial ou moral, devendo ainda existir o nexo de causalidade, entre o dano

causado e o agente, ou seja, deve sempre estar relacionado à pessoa causadora com fato lesivo propriamente dito.

Para conceituar de uma maneira nobre, Cavalieri Filho (2009, p.2) entende por responsabilidade civil:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Com base no doutrinador entende-se que a responsabilidade civil, ocorrera sempre que um agente violar um direito jurídico de outro, ou seja, não cumprir com a obrigação, obrigação esta de cumprir as normas preestabelecidas para o convívio harmonioso em uma sociedade.

Quando a responsabilidade civil se relaciona com o Direito Penal, em casos de crimes praticados que venham causar algum dano moral ou patrimonial a terceiros, não devem prosseguir juntos no mesmo processo, ou seja, são matérias independentes umas das outras, sendo sua aplicabilidade para responsabilização do autor referente à esfera civil quando as questões estiverem decididas no juízo criminal, caso contrário não se deve ser litigado em nenhum juízo até que se encerre o processo crime.

Conforme o art. 935 do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Neste caso o artigo 935 do Código Civil expõe com clareza as situações onde será necessário primeiramente a resolução do litígio na esfera criminal, para posteriormente solucionar a responsabilidade na matéria civil.

3.2 Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado ou da Administração Pública é legal porem não contratual, pois não necessita de uma ação direta, apesar de existir

normas que tentam minimizar a diferença entre o Estado e o Particular, nunca poderá ser exigida equiparação, devido como já citado a Administração Pública sempre prezar pelo coletivo e pela sociedade em geral sem distinções, com isso quando constatado ilicitudes ou violações de direitos advindos do Estado, este deverá ser provocado para que assim possa responsabilizar quem realmente o fez, pois seus agentes são representantes do Estado, e estes na atribuição de suas funções poderão trazer a primeiro momento a culpa estatal, mas após apurado o próprio Estado poderá reaver, se a ação resultar da violação obrigacional que tenha ultrapassado os limites tipificados em lei, responsabilizando assim o agente do Estado de maneira particular.

Analisando este tema, o artigo 144 da constituição Federal começa a ser entendido de uma maneira mais clara e objetiva, pois como nele citado, todos terão o direito a segurança, mais também haverá responsabilidades a todos envolvidos, ou seja, o particular, o estado e também seus agentes, pois independente do poder, estarão todos ainda abaixo da lei, de modo que cada um responda em seu grau de responsabilidade.

Uma das ressalvas que excluem seus agentes de possíveis violações ou até mesmo erro, desde que não seja provocado propositalmente, ou em razão de algum outro benefício, é o caso de julgamentos realizados pelos juízes, onde os magistrados estarão isentos de reparar o dano causado, apesar de que, caso aconteça ou exista tal fato, o único que poderá ser responsabilizado e até mesmo sofrer com indenização pelo erro do juiz que julgar determinado caso, será o Estado, não sendo possível reaver ou responsabilizar o magistrado.

O artigo que retrata tais considerações é o artigo 143 do Código de Processo Civil:

Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Assim como esclarecido o magistrado acabara respondendo em casos onde no exercício de suas funções, proferir decisões subjetivamente com fraude, ou dolo por benefício próprio ou de terceiros que trouxeram o fato até a ele, e assim tirando vantagens em determinadas decisões proferidas, prejudicando de maneira imoral e fugindo totalmente do princípio da legalidade.

3.3 Teorias

A responsabilidade do Estado ao longo do tempo sofreu várias e grandes modificações, devido à sociedade sempre estar em desenvolvimento e evolução, pois tudo e principalmente o direito tem a obrigação de se inovar e adequar suas normas com base em sua sociedade, para assim buscar a paz e harmonia social.

As teorias a respeito da responsabilidade do estado também evoluíram, tendo como início a “Teoria da Irresponsabilidade do Estado”, que nada mais era uma ideia absolutista, onde não se admitia a possibilidade de o Estado arcar com obrigações violadas por ele, pois era o poder máximo, ou seja, não cabiam questionamentos as suas condutas e muito menos ações, sendo elas certas ou erradas.

Transcorrido o período absolutista surgiram teorias que tinham por finalidade responsabilizar o Estado de alguma maneira, trazendo ideias menos prejudiciais e demonstrando uma maior aproximação do Estado com sua sociedade. As teorias que foram se desenvolvendo foram divididas em dois raciocínios, as subjetivas e as objetivas, onde as subjetivas foram fracionadas em cinco pensamentos, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: Teoria da culpa civilista, onde os agentes agiam em nome do Estado, sendo assim seus agentes incidiam em culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, pois tais obrigações em selecionar ou eger seus membros traziam consigo a responsabilidade sobre eles, bem como a vigilância; Teoria da culpa administrativa ou do acidente administrativo, neste caso os funcionários fazem parte da própria estrutura estatal, assim ao gerar o dano, seria basicamente o mesmo que se a administração o fizesse, sendo necessário que se aja a culpa *in commitendo* ou a culpa *in omittendo*, ou seja, o elemento subjetivo seria nada mais e nada menos que a ação ou omissão dos agentes estatais; Teoria da culpa anônima, já esta teoria deixava uma grande lacuna, não sendo necessária a identificação do agente, mas sim que fosse causado tal dano em situações que o responsável fosse qualquer membro do Estado, ou seja, a vítima de qualquer maneira teria a garantia do dano ou lesão reparado; Teoria da culpa presumida quer dizer que havendo apenas a presunção da culpa do Estado, Este já seria responsabilizado, sendo a presunção elemento que difere da teoria da culpa administrativa; Por fim, a Teoria da falta administrativa traz uma ideia que com a falta do serviço público ou a sua ineficácia perante garantias defendidas, o Estado deveria se responsabilizar por

elas, não havendo também a necessidade de agentes para a prática, e como já citada apenas seria mesmo o mau funcionamento de determinada ferramenta pública, para já exista a responsabilização de reparação do dano.

As teorias Objetivas foram divididas em apenas dois pensamentos, que tinham por finalidade a responsabilização civil do Estado, diferentemente da teoria abordada da irresponsabilidade estatal, pois com essas novas teorias não havia mais a necessidade de elementos e investigações minuciosas para trazer a culpa a Administração.

Assim se divide a teoria objetiva: Teoria do risco administrativo, onde o Estado é obrigado a indenizar a vítima lesada, devendo apenas ser demonstrado que tal ação ou omissão ocasionada tenha sido provocada por algum agente Público; e a Teoria do risco integral traz a responsabilidade totalmente ao Estado, sendo ele obrigado a indenizar todos os danos causados, mesmo havendo culpa exclusiva da vítima ou até mesmo dolo. Um exemplo é o art. 21, inciso XXIII, alínea "d", onde esta teoria se normatiza: a responsabilidade civil por danos nucleares independentemente da existência de culpa.

No Brasil apesar de não existir um pensamento majoritário entre os doutrinadores, a jurisprudência evidencia a dominância da teoria da responsabilidade objetiva, pois ela implica em elementos necessários para a responsabilização estatal, que são: a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão com o dano causado, sem que exista a necessidade de comprovação do dolo ou da culpa.

Com base na jurisprudência:

"(...) 2. A jurisprudência dominante tanto no STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade objetiva" (REsp 1069996/RS, STJ- Segunda Turma, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, julgamento: 18.06.09, Dje:01.07.09)

A Constituição Federal também atribui ao Estado uma responsabilidade objetiva, com base em seus princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo retratado no § 6º, do artigo 37:

Art. 37, § 6. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ao se falar em agentes públicos, vale destacar principalmente nossos servidores prestadores da segurança pública, pois são eles que estão diretamente atuantes contra a criminalidade, sendo assim acabam por estar muito próximos de cometerem ilícitos, não porque talvez queiram, mais sim devido a área de atuação ser extremamente delicada, pois não se admite erros, podendo um erro custar a vida de uma pessoa, tanto de maneira física com a perda dela, quanto de maneira psicológica para um cerceamento da liberdade de uma maneira injusta, e caso isso ocorra, o Estado será provocado, e assim comprovada a lesão causada, a possível vítima terá de ser indenizada, e posteriormente a isso o Estado acionara o agente causador, que por fim devera ressarcir o Estado.

É notável que quando o assunto é relacionado à criminalidade e determinadas leis penais infelizmente o benefício sempre será pro réu, ficando uma balança injusta e desigual, onde um lado é obrigado a servir sempre com as normas como base, e o outro além de não seguir conduta, legalidade, moralidade e muito menos as normas para um convívio digno em sociedade, sempre ou maior partes das vezes será beneficiado, e caso comprovado que a lesão causada a um terceiro seja provocada pelo possível infrator, dificilmente este terá condições de ressarcir a vítima. Com isso então, vemos que determinadas áreas da administração pública tem suas peculiaridades, algumas menos propicias a um agente realizar condutas que tragam dano à terceiro, e outras com mais probabilidade pela delicadeza que a área oferece.

3.4 Excludentes

No direito acaba existindo uma grande ocorrência de exceções para quem se aprofunda, e na responsabilidade civil em relação ao Estado, também haverá situações onde não será comprava a conduta ilícita ou lesão causada a terceiro provocado por ele, assim o excluirá da responsabilidade que estiver sendo acusado.

A existência de responsabilidade se dará quando houver os requisitos exigidos para responsabilização do agente causador, ou para quem este prestar serviços, sendo eles como já citados, a conduta, o dano e o nexos causal, onde não havendo a existência de um desses elementos, isso já será possível para a exclusão de responsabilidade.

A causa de excludente de responsabilidade mais comum e para uma efetiva comprovação será o nexos de causalidade, ou seja, relacionar o fato ocorrido com o agente que o provocou, onde não havendo tal elemento o estado então será poupado de responsabilizar o terceiro.

As excludentes também serão possíveis em casos onde ocorrer a exclusão do nexo causal entre a conduta do Estado e o dano causado a terceiro, em razão de força maior, caso fortuito, estado de necessidade e a culpa exclusiva da vítima.

4 INDENIZAÇÃO

A indenização será a maneira legal para a Fazenda Pública ressarcir o terceiro lesado caso comprovada os requisitos responsabilizando o Estado, podendo ser efetuada de maneira amigável ou através de ação de indenização.

Quando o assunto se trata de indenização será possível atingir todos os casos para ressarcimento do dano causado, sendo eles: danos emergentes, lucros cessantes, correção monetária, honorários advocatícios além ainda de juros. Além ainda dos casos citados, será possível ainda também a indenização por lesão corporal e inclusive quando resultar morte, sendo necessário a pagamento de custas de tratamento quando houver lesão corporal, e no caso de morte todas as custas fúnebres e ainda pensão para seus dependentes fazendo um cálculo provável de vida que a vítima ainda teria.

A indenização também poderá ser motivo de litígio quando se tratar de dano moral, porém nesse caso haverá uma maior dificuldade de comprovação, pois se trata de um aspecto subjetivo, onde a vítima devesse tentar provar que sofreu alguma lesão implícita, ou seja, somente ela saberá a essência do dano que a afetou psicologicamente, sendo assim possível tal indenização porém mais complexa de difícil comprovação, pois seria fácil caso simplesmente os terceiros declarassem que o Estado afetou a moral sem comprovação, isto não deve ser tão simples para que não exista um enriquecimento ilícito.

4.1 Regresso

A ação de regresso será possível depois de o Estado já ter indenizado a vítima, pois quem devesse impetrar será a própria Administração Pública, contra o agente que no caso discutido da segurança pública for o responsável da lesão causada ao terceiro, sendo este obrigado a ressarcir o ente Público.

O art. 934 normatiza a respeito: Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Esta ação será possível ser ajuizada até mesmo após o agente não exercer mais o cargo ou função, em decorrência de aposentadoria, afastamento ou expulsão do cargo, além ainda de caso o agente já estiver falecido, podendo o Estado reaver seu patrimônio através dos herdeiros e sucessores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de dever do Estado a promoção da segurança pública, sendo mandamento constitucional fundamental indisponível dos cidadãos, a ser garantido por meio de efetivação de políticas públicas, através de agentes incumbidos à tal função.

A prestação estatal ineficiente de ações de segurança e ordem públicas, desarticulada com os ideais consolidados por um Estado Democrático de Direito dá margem a ocorrência de graves violações à sociedade, inclusive aos direitos humanos.

Por meio da pesquisa do tema, foi possível compreender que é majoritariamente admitido, inclusive por decisões do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente nonexo entre o ato do agente estatal e o dano sofrido pelo particular, restando prescindível a apreciação dos elementos dolo e culpa.

Ressalta-se a possibilidade de ação de regresso em face do servidor causador do dano, devendo ser comprovada a culpa deste no resultado danoso.

Nota-se que há maior proteção à vítima, que representa o polo hipossuficiência da relação jurídica com o Estado, não deixando de lado o fato de que, nas hipóteses em que há excludentes, a responsabilidade estatal é afastada.

De modo conclusivo, vê-se que a eficiência das políticas de segurança pública, de responsabilidade primordialmente do Estado, também estão relacionadas à responsabilidade que os cidadãos e a sociedade como um todo possuem perante a gestão da segurança pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 Ed. Revista e ampliada. São Paulo. Atlas, 2009.

MARCONDES, Sérgio. **Segurança Pública no Brasil. Blog Gestão de Segurança Privada**. Disponível em: < <https://gestaodesegurancaprivada.com.br/seguranca-publica-no-brasil-estrutura/>>. Acesso em: 20 set. 2020.

SILVA, Jorge da. **Segurança Pública e Policia: criminologia critica aplicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Revista e Atualizada (até Emenda Constitucional n.68, de 21.12.2011). 35. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEIXEIRA, Suellen Kathlen. **Limite da Responsabilidade Objetiva e Subjetiva na Prestação de Serviços pelo Profissional Liberal**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2359, 16 dez. 2009. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/14027> >. Acesso em: 10 set. 2020.

GUERRA FISCAL E A REGULARIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS INCONSTITUCIONAIS

EVANDRO CARENO: Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Brasil,

RESUMO: A criação do Estado para estabelecer limites aos cidadãos e proporcionar desenvolvimento e prosperidade às nações foi acompanhada da implantação de um sistema de arrecadação para alcançar tais objetivos. No Brasil, em razão da organização político-administrativa federativa, as responsabilidades e competências foram constitucionalmente divididas entre entes autônomos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Aos estados, foi disponibilizada a competência para a instituição de alguns tributos, tendo o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações (ICMS) como a principal fonte arrecadadora desses. Embora sejam autônomos, a Constituição Federal impõe limites aos entes políticos almejando preservar a harmonia federativa. Entretanto, essa tem sido frequentemente abalada, com as disposições da Carta Magna sendo cotidianamente ignoradas pelos estados, resultando em dezenas de batalhas jurídico-tributárias, principalmente no que tange o ICMS. Desrespeito às normas, insegurança jurídica e prejuízos à maioria dos envolvidos é o que tem preponderado nesse cenário conhecido como Guerra Fiscal. Para entender um pouco sobre esse tema e vislumbrar os malabarismos que são utilizados para minimizar os impactos dessa batalha, foi elaborado este artigo, após pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e acadêmicas.

Palavras-chave: Pacto Federativo. ICMS. Guerra-Fiscal. Benefícios Fiscais Irregulares.

SUMARIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO TRIBUTÁRIO. 1.1 Conceitos do Direito Tributário e o princípio da legalidade. 1.2 Direito Tributário na Constituição Federal do Brasil. 1.2.1 O pacto federativo. 1.2.2 ICMS e seus conceitos. 2 GUERRA FISCAL. 2.1 Leis Complementares. 2.2 Conceito da Guerra Fiscal. 2.3 Insegurança Jurídica. 3 REGULARIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS INCONSTITUCIONAIS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, toda vez que o Brasil é atingido por alguma crise econômica, o debate sobre a necessidade de uma reforma tributária profunda também é aquecido. Além de das dificuldades políticas que fazem parte da história nacional e que emperram o desenvolvimento pátrio, a complexidade do sistema tributário brasileiro está cotidianamente presente entre os motivos mais indicados pelos economistas, investidores e empresários como um grande elemento impeditivo para o Brasil se tornar o tão esperado “país do futuro”.

Embora seja do senso comum que o sistema tributário brasileiro é tortuoso e que necessita de um essencial progresso, cada vez que a discussão sobre o tema se aprofunda, esbarra-se no venenoso e espinhoso Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), que deixa as classes política e econômica enroscadas no emaranhado de suas densas e tortuosas raízes.

Assim, a despeito de tratar-se do principal meio de arrecadação dos entes estatais para a manutenção das suas máquinas públicas, esse imposto estadual tem sido frequentemente utilizado pelos governos como instrumento de fomento econômico e como ferramenta de barganha. A concessão de benefícios fiscais utilizando tal tributo tornou-se uma prática comum entre os 26 estados e o Distrito Federal, todavia, destaco que, em sua maior parte, tais vantagens são inconstitucionais. Por essa razão, muitas disputas judiciais são estabelecidas, desaguando nos tribunais de todo o país. Somando-se a essa conjuntura as diversas disputas políticas, criou-se o cenário competitivo entre os entes federativos conhecido como Guerra Fiscal.

Tratando-se de um imposto com consequências que ultrapassam as barreiras estaduais, essa guerra produz efeitos colaterais que vão além da simples diminuição da arrecadação governamental, mas que provoca inseguranças jurídicas bilionárias aos atores envolvidos. Diante disso, com toda a questão política-econômica atinente e as intermináveis disputas judiciais, as opiniões políticas convergiram em uma única saída: a regularização dos benefícios fiscais de ICMS inconstitucionais. Mas será que essa seria a solução do problema ou apenas um remédio para o sintoma?

Neste trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscar-se-á uma reflexão à questão levantada, introduzindo conceitos que envolvam o assunto, com o intuito de compreender o funcionamento do ICMS, entender como a condução política da desoneração desse imposto cria o cenário conhecido como Guerra Fiscal entre os estados, com reflexos na seara jurídica e econômica das empresas e da população como um todo e, por fim, abarcar o motivo pelo qual se tornou necessário convalidar tais irregularidades.

1 DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 Conceitos do Direito Tributário e o princípio da legalidade

O Estado é diuturnamente cobrado por seus cidadãos para que lhes proporcionem os serviços mínimos necessários para se ter uma vida digna. Essas cobranças foram reforçadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a qual estabeleceu preceitos fundamentais ao Estado como: a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, que pretenda garantir o

desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promova o bem de todos (art. 3º, CF/88). Contudo, os Estados não criam suas próprias riquezas para poder financiar esses preceitos, assim, o meio historicamente implementando para subsidiar a máquina estatal foi o da cobrança de tributos de seus cidadãos. No entanto, o transcorrer da história evidenciou que é preciso estabelecer limites ao poder do Estado, pois, sem a existência desses, o poder central soberano que foi inicialmente instituído para proteger a sociedade e desenvolver a nação é capaz de, através de governos autoritários ou ilegítimos, se tornar o algoz do seu próprio povo. Diante disso, para limitar esse poder, estabeleceu-se que o Estado somente poderia agir dentro das condições estabelecidas em lei.

A Constituição pátria assegura essa proteção ao cidadão: art. 5º, II, CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse grande respeito e subordinação às leis é o que caracteriza o Estado de Direito. Todos os setores são regradados por esse princípio, não sendo diferente para a parte arrecadatória dos tributos. Para doutrinadores como Machado (2008 apud SABBAG, 2017, p. 35), o princípio da legalidade constitui o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação. A relevância do princípio é tão especial e necessária, principalmente quando envolve tributos, que o constituinte originário fez questão de reforçar sua obrigatoriedade no capítulo da Constituição Federal que trata do Sistema Tributário Nacional:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (BRASIL, 1988).

Em razão da magnitude da matéria, da interferência na vida do cidadão e da complexidade que a rege, além da já citada obrigatoriedade legal, existe todo um ordenamento jurídico que gere o sistema tributário brasileiro e seu poder de tributar, o qual recebe o título de Direito Tributário. É possível resumir o Direito Tributário como “o conjunto de normas que regulam o comportamento das pessoas de direcionar dinheiro aos cofres públicos” (SABBAG, 2017, p. 41). Com isso, esse ramo do Direito regula a relação entre dois atores: o primeiro que dispõe de uma parte de seus frutos para que uma entidade maior possa lhe proporcionar coisas e situações que seriam impossíveis de se alcançar sozinho e outro que foi criado justamente para suprir as expectativas do primeiro.

No Brasil, essa relação tributária é exercida pelo contribuinte (pagador de tributos) e o Estado, o poder arrecadatório. Compete ao contribuinte cumprir suas obrigações de dar, que é o ato de pagar ou recolher tributos aos entes, e de fazer, que é o de seguir algumas regras que servem basicamente para que os órgãos de fiscalização e arrecadação consigam verificar e confirmar que aquela primeira obrigação esteja sendo efetuada de maneira correta.

1.2 Direito Tributário na Constituição Federal do Brasil

1.2.1 O pacto federativo

Por ser um país de dimensões continentais e diante da necessidade de gerir de forma mais eficiente, o Brasil republicano importou o federalismo como forma de organização do Estado. Nesse modelo estatal, existe um Estado Federal soberano, interna e externamente, porém formado por unidades federativas internas autônomas. Para Mendes (2017, p. 850),

a autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder. Essa descentralização é não apenas administrativa, como, também, política. Os Estados-membros não apenas podem, por suas próprias autoridades, executar leis, como também é lhes reconhecido elaborá-las.

Brandão Junior (2013, p. 24) conceitua Estado Federal como “uma especial forma de descentralização, constitucionalmente constituída e delimitada para uma maior aproximação do Governo com a sociedade”. “A característica mais importante de um federalismo verdadeiramente democrático é esta maior liberdade das instâncias políticas descentrais, autônomas e aproximadas da sociedade” (ZIMMERMANN, 2005, *apud* BRANDÃO JUNIOR, 2013, p. 24). Essa divisão política-administrativa autônoma existe para que cada governo atue dentro de suas necessidades, interesses e peculiaridades, pois esses variam muito dentro de um território mais amplo. Contudo, essa autonomia não significa anarquia ou hierarquia. Toda essa forma de organização do Estado é regulada pela Constituição Federal de cada país federalista. Para Mendes, (2017, p. 850), a Carta Maior

atua como fundamento de validade das ordens jurídicas parciais e central. Ela confere unidade à ordem jurídica do Estado Federal, com o propósito de traçar um compromisso entre as aspirações de cada região e os interesses comuns às esferas locais em conjunto.

Nos termos da CF/88, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º, CF/88), sendo que a

organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição (artigo 18, CF/88). Organização essa que não é passível de modificação por emenda à constituição, nos termos do artigo 60, §º, I da CF/88, tornando-se, conforme preceitua a doutrina, a forma federativa do Estado brasileiro uma cláusula pétrea.

A Carta Magna brasileira não define apenas quais são os entes federativos, sua imutabilidade constitucional e suas autonomias, mas dentro de sua função de instrumento regulador e estabilizador da federação estabelece também a repartição de competências. Essa “consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria” (MENDES, 2017, p. 851). Assim, o autor preceitua que, como no modelo federalista existe mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, a repartição de competências é o instrumento concebido para garantir a eficácia estatal e evitar conflitos. Entretanto, para que cada ente consiga exercer sua autonomia política-administrativa, é preciso que eles também tenham autonomias financeira e tributária.

Essas são aspectos centrais do pacto federativo, visto que esse “é o conjunto de dispositivos constitucionais que configuram a moldura jurídica, as obrigações financeiras, a arrecadação de recurso e os campos de atuação dos entes federados” (SENADO FEDERAL, 2015). Diante dessa essencialidade, o constituinte também estabeleceu a repartição de competência tributária entre os entes:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (BRASIL, 1988).

Para conseguir legitimar a autonomia e garantir o pacto federativo, a constituição pátria estabeleceu em seu art. 145, I, que todos os entes poderão instituir impostos, entretanto, além da necessidade de respeitar diversas restrições constitucionais, reforça-se que somente poderão ser estabelecidos por lei. Conhecedores da função constitucional de garantir a autonomia entre os entes, os constituintes originário e reformador trouxeram na Carta Magna as delimitações de competência tributária de cada um daqueles, de modo a assegurar harmonia na relação federativa. Nessa repartição, foi definido que os Estados e o Distrito Federal poderiam instituir impostos sobre (art. 155 da CF):

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores (BRASIL, 1988).

1.2.2 ICMS e seus conceitos

Conforme se verifica no inciso II supra, a CF/88 manteve aos estados a competência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e incluiu nesse mesmo tributo outras competências, como a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, consolidando assim o conhecido Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. Mas ela foi além, sabendo da complexidade do imposto e de natureza tributária deste, a qual envolve 27 entes federativos (26 estados mais o Distrito Federal), procurou-se estabelecer no próprio texto da Carta Magna, mais precisamente no §2º do artigo 155, regras objetivas para o melhor funcionamento da competência tributária:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

O fato do ICMS ser um imposto plurifásico, isto é, ser cobrado cada vez que a mercadoria mude de posse ou seja movimentada entre os entes federativos, obrigou o constituinte a estabelecer regras basilares para a melhor sistemática da tributação pátria, ou seja, foram introduzidas no topo da pirâmide normativa brasileira limitações ao poder de tributar.

Uma delas é o princípio da não cumulatividade. Essa regra é basicamente: aquilo que é cobrado a título do imposto nas movimentações/operações anteriores poderá ser abatido do ICMS devido na próxima movimentação/operação (inciso I supra). Se essa compensação não existisse, o percentual de imposto no valor final do produto ou serviço, em sua maioria, seria maior que o percentual do valor da mercadoria em si ou da vantagem produzida pelo serviço. Isso incapacitaria o valor comercial ou útil dos objetos ou serviços tributados, isto é, o imposto praticamente confiscaria toda a vantagem do contribuinte e do consumidor. O Estado, que nada produz, em uma relação direta com o pagador do imposto, ficaria ao final em uma posição totalmente exploratória, o que invalidaria o seu real objetivo e desestimularia, com isso, a produção e o consumo, culminando com o enfraquecimento da economia como um todo.

Com essa limitação ao poder de tributar, criou-se para o ICMS a sistemática da compensação, assim, o imposto somente é acrescido sobre o real valor agregado à mercadoria. Em termos utilizados no cotidiano, o imposto que já tiver sido pago em operações anteriores será creditado pelo contribuinte adquirente do insumo ou serviço para que ele possa debitar (compensar) do imposto devido na operação posterior. Como é possível depreender, o respeito a essa norma não se restringe apenas ao princípio da não-cumulatividade, mas também acata o princípio da vedação ao confisco, o qual impede que o Estado tribute abusivamente seus cidadãos, evitando que ao final de uma cadeia de consumo, o ente fique com a renda ou um benefício maior do que aquele que produziu ou consumiu.

Infelizmente, esse processo de compensação do imposto não é tão simples, por conta do envolvimento de vários atores nessa relação. O comércio não fica restrito a apenas um local ou um estado, tudo é interligado e com reflexos em cada ação realizada. Como existe a subsunção legal para se tributar diversos tipos de ação (hipóteses de incidência), a partir do momento em que acontece no mundo fático aquilo que está previsto em lei como passível de tributação, ocorre o fato gerador. Quando isso se concretiza, compete ao contribuinte que vive em um Estado de Direito arcar com suas obrigações de dar e de fazer.

Entretanto, considerando o fato que as operações com mercadorias e os serviços de transporte e comunicação não ficam restritos a apenas um estado, como ficaria a tributação do ICMS se fosse simplesmente liberado aos entes autônomos as deliberações e regras de acordo com suas próprias políticas? Em exemplos hipotéticos, um estado poderia simplesmente decidir tributar com alíquotas no limite confiscatório enquanto outros poderiam, por diversos motivos, não cobrar o imposto; ou algum estado poderia estabelecer distinções que fogem daquelas objetivadas pela Constituição Federal para estabelecer alíquotas diferentes em operações semelhantes. Diante dessas diversas possibilidades e para evitar maiores

aberrações, a Constituição preconizou que, através de resolução do Senado Federal, seriam estabelecidas as alíquotas aplicáveis entre as operações interestaduais e facultou o estabelecimento de alíquotas mínimas nas operações internas (dentro do mesmo estado) e máximas, quando for necessário para resolver conflitos entre esses entes (artigo 155, §2º, IV e V, CF):

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

De acordo com o inciso VI supra, essas alíquotas internas estabelecidas pelo Senado não são totalmente rígidas, elas podem ser modificadas para acomodar as particularidades estaduais, contudo, mesmo sendo autônomos, os entes que pretendem fazer isso não podem realizá-las sem seguir o disposto no inciso §2º, XII, "g" do artigo 155 da Constituição Federal. Esse inciso dispõe:

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

- grifos e negritos nossos -

Verifica-se que a CF delegou à Lei Complementar regular, dentre outras questões, a forma como os estados e o DF poderiam estabelecer as reduções de alíquotas e a concessão e revogação dos benefícios fiscais. Como se tratam de situações mais específicas e que necessitariam de uma maior estruturação, o constituinte considerou correto transferir a responsabilidade da regulação dessas questões relacionadas ao ICMS para a legislação infraconstitucional, no caso, para lei complementar.

2 GUERRA FISCAL

2.1 Leis Complementares

Além do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), que estabelece as regras básicas para todo e qualquer tributo nacional, existem duas leis complementares em vigor específicas para o ICMS. A primeira e mais ampla é a Lei Complementar 87/1996, também conhecida como Lei Kandir. Essa lei complementar, respeitando as exigências da Constituição Pátria, definiu as normas gerais do imposto como: quem são os contribuintes, estabeleceu as hipóteses de incidência e as bases de cálculo do ICMS, o local e o momento das operações ou prestações, pois essas definem a qual estado deverá ser recolhida a obrigação pecuniária, dentre dezenas de outros regramentos necessários. Já a parte mais importante para o objetivo do presente trabalho, aquela que regula a forma que os benefícios fiscais referentes ao ICMS podem ser estabelecidos, é constituída pela Lei Complementar 24/1975.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 1/1969, mais especificamente com o art. 23, §6º dessa, a Constituição de 1967 exigiu Lei Complementar para a regulação da concessão de benefícios fiscais vinculados ao Imposto sobre Circulação de Mercadoria (ICM). Com isso, foi aprovada e promulgada a LC 24/1975 que versa sobre a matéria em questão. Com a promulgação da CF/88, essa exigência foi mantida no texto constitucional, assim, apesar da Lei Complementar 24/75 ser anterior à atual Constituição, a especificidade de sua matéria fez com que ela fosse regularmente recepcionada no atual ordenamento jurídico. Isso é pacificado Supremo Tribunal Federal (STF):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. "GUERRA FISCAL". BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO. Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual nº 20.326/94. C.F., art. 155, § 2º, XII, g. I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e

sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 1179, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00069 EMENT VOL-02096-01 PP-00054)

A lei 24/1975 prescreve em seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal.

§ 1º - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

É nítido na lei que qualquer tipo de benefício fiscal do ICMS deverá ser concedido ou revogado nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal. Também é evidente que esses convênios somente serão celebrados em reuniões que tenham a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação e, indubitavelmente, as matérias referentes a concessão de benefícios dependerão sempre de decisão unânime dos Estados representados nessas. Esse formato de concessão de benefícios preza pelo equilíbrio do pacto federativo. Nas palavras de Torres (2007, apud ADI 5467/MA, 2019, p. 3) “essa exigência constitucional específica evidencia a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, dada a relevância do regime do ICMS para a manutenção da harmonia do pacto federativo”.

Embora seja nítido, a necessidade de unanimidade na decisão dos benefícios, conforme dispõe o §2º do artigo 2º supra, é um tema controverso, pois diversos doutrinadores consideram essa exigência uma afronta ao Estado Democrático de Direito, e que não deveria ser recepcionado pelo atual regime jurídico e político nacional, visto que unanimidade é incongruente à pluralidade de opiniões e decisões. Para Oliveira Junior (2015, p. 99), a unanimidade é inconstitucional “porquanto não se verifica na Constituição Federal de 1998 nenhuma menção expressa ou implícita de concordância unânime dos entes subnacionais para aprovação de incentivos fiscais do ICMS”. Reforça Carvalho (2012, apud DE OLIVEIRA JUNIOR 2015, p. 100) que a Constituição demanda “[...] apenas, que se tenha um *iter procedimental legislativo*, a adoção de norma que estabeleça os termos da isenção, incentivo ou benefício fiscal a que as pessoas políticas estão atreladas, caso optem por implementá-los”. Já Scaff (2014, apud DE OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 102) ressalta que “trata-se de única regra de aprovação unânime existente em todo o sistema político brasileiro”.

No entanto, em corrente contrária, Carraza (2012, apud DE OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 99) dispõe sobre a constitucionalidade da exigência da unanimidade:

a Lei Complementar nº 24/1975 simplesmente atendeu aos comandos constitucionais, disciplinando, com riqueza de detalhes, o exercício da competência para conceder ou revogar isenções, incentivos ou benefícios fiscais, em matéria de ICMS. Outro entendimento brigaria com a ideia de que o art. 155, §2º, XII, “g”, da CF visa evitar a ‘guerra fiscal’ entre as Unidades Federadas”.

Para o jurista Martins (2012, apud DE OLIVEIRA JUNIOR, 2015, p. 99), a unanimidade nas decisões dos convênios, com fulcro nos artigos 155, §2º, IV, V e VI, 146-A e 170, IV, da CF/88, é uma proteção constitucional, pois:

ao criar um sistema de controle de determinação de alíquotas internas e interestaduais pelo Senado Federal; determinou, também, a observância, pelos Estados e DF, do princípio da livre concorrência, como forma de evitar a descompetitividade dos produtos de um Estado em relação aos outros.

Diante de tamanha controvérsia, essa questão da unanimidade foi questionada na Suprema Corte brasileira mediante ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 198/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA) e teve seu julgamento recentemente finalizado, prevalecendo a decisão pela constitucionalidade da norma.

Com a recepção da Lei 24/1975 reforçou-se a obrigação constitucional de aprovação dos benefícios fiscais pelo colegiado formado pelos representantes estaduais, isto é, qualquer benefício fiscal relativo ao ICMS deve ser aprovado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) para ser legalmente instituído nos respectivos estados. Assim, fica definido que as leis que instituíram benefícios fiscais sem o seguimento dessas regras são irregulares, isto é, inconstitucionais. Conseqüentemente, todos os efeitos produzidos por essas também o são, o que acarretam seqüências de atos irregulares em razão da natureza do imposto e da cadeia econômica em que ele é inserido. Esse entendimento é reiteradamente exarado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. ICMS. RESPEITO AO PACTO FEDERATIVO NA CONCESSÃO DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE DELIBERAÇÃO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE NA CONCESSÃO UNILATERAL. PROCEDÊNCIA. 1. As competências tributárias deverão ser exercidas em fiel observância às normas constitucionais, que preveem, especificamente, limitações ao poder de tributar, com a consagração de princípios, imunidades, restrições e possibilidades de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais. 2. A deliberação dos Estados e do Distrito Federal para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS é exigência direta do texto constitucional, assim como a observância da disciplina constante na lei complementar, que constitui uma das matérias básicas de integração do Sistema Tributário Nacional, no sentido de desrespeito ao equilíbrio federativo (guerra fiscal). 3. Desrespeito à alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal em decorrência da

concessão unilateral de isenção fiscal no ICMS pela Lei estadual de Santa Catarina 11.557/2000. 4. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2357, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019)

2.2 Conceito da Guerra Fiscal

Os estados, atuando como fomentadores da economia local, vêm-se invariavelmente obrigados a implementar políticas públicas que aqueçam o mercado econômico e contribuam para o desenvolvimento regional. A perene cobrança pela diminuição do desemprego e por um crescimento econômico constante faz com que os governos estaduais busquem todo e qualquer tipo de alternativa para solucionar essas questões e transformar o ambiente no qual estão inseridos. Além disso, conforme estudo de Vogas (2010, p. 105), não obstante o mercado financeiro e empresarial estejam frequentemente discursando por uma menor intervenção do Estado na economia, quando necessitam estabelecer vantagens competitivas ou aumentar sua lucratividade, encontram como uma das primeiras alternativas a solicitação de auxílio governamental em termos fiscais.

Diante de tantas pressões, uma alternativa frequentemente encontrada pelos estados para a atração de investimentos privados é a instituição de benefícios fiscais no âmbito do ICMS. Como esse é o principal imposto de competência estadual em termos de arrecadação e por incidir sobre uma vasta cadeia (produção, circulação e o consumo), qualquer alteração em sua sistemática atinge fortemente os atores envolvidos. Todavia, por ser uma prática de dezenas de entes, tornou-se uma verdadeira disputa entre eles, alguns querendo atrair empresas e, assim, gerar desenvolvimento, outras querendo mantê-las e, com isso, não prejudicar a região onde ela se encontra. Contudo, essa “guerra fiscal” não é apenas ideológica ou argumentativa, ela influencia fortemente no âmbito econômico dos estados e das empresas, representando cifras bilionárias. Alves (2001, p. 29) conceitua a guerra fiscal “como um processo pelo qual os entes federativos buscam interferir no processo privado de alocação espacial dos investimentos, seja na realocação das plantas já existentes ou na alocação de uma nova planta”. Para Costa (2002, *apud* COUTINHO, 2011, p.124), a guerra fiscal caracteriza-se como uma “descoordenada política descentralizada de atração de investimentos privados, mediante renúncia explícita do ICMS”.

Em razão da ineficiência do governo federal em alcançar os objetivos constitucionais fundamentais de garantia do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades sociais e regionais, é defendida por muitos a implantação de

políticas fiscais desonerativas como alternativa para buscar aqueles objetivos. No entanto, embora defenda o uso racional dessa política, Coutinho (2011, p. 124) declara que o ponto em que se chegou essa disputa entre os estados, com a desenfreada desoneração, ultrapassou os limites:

a guerra fiscal é sinal maior das radicalizações e ressentimentos locais e regionais, decorrentes de políticas públicas incapazes de conter o déficit na capacidade de investimento público, assim como as desigualdades regionais gritantes, fruto da ausência de projetos de desenvolvimento pactuados nacionalmente e de posturas políticas desesperadas, de caráter nitidamente desagregador.

2.3 Insegurança jurídica

Repisa-se que o ICMS é um imposto plurifásico que incide em todas as etapas da formação, transporte e comercialização de produtos, sendo que, os contribuintes que vendem o produto ou prestam o serviço debitam o imposto e aqueles que os compram se creditam do ICMS anteriormente pago. Infelizmente, dentro de um contexto de guerra fiscal, esse mecanismo do débito e crédito, que deveria proteger o consumidor final, torna-se um perigoso direito aos contribuintes compradores.

Apesar da tentativa de se criar legislações complexas para mascarar a concessão de benefícios fiscais inconstitucionais, os estados prejudicados rapidamente insurgem-se e procuram o respaldo judicial junto à Corte Maior brasileira para expelir do ordenamento jurídico esses benefícios fiscais. Entretanto, a morosidade do judiciário faz com que os estados busquem alternativas para diminuir as perdas estatais, sendo uma delas, a punição aos contribuintes situados em seus próprios territórios, quando esses adquirem produtos ou tomam serviços de empresas dos outros estados que se beneficiam de vantagens consideradas indevidas. Segundo Moreira (2001, *apud* VOGAS, 2010, p.104),

tais entes tributantes passaram a tomar medidas indiretas para exigir dos contribuintes, que adquiriram mercadorias ou tomaram serviços das empresas unilateralmente incentivadas, o valor equivalente à vantagem obtida junto ao estado de origem, limitando o creditamento do imposto relativo às operações anteriores, em total agressão ao regime jurídico do ICMS, estabelecido pelo Texto Maior.

Enquanto o judiciário não expurga a lei do ordenamento jurídico, o contribuinte adquirente de boa-fé, aquele que pagou pelo imposto quando da

compra da mercadoria e normalmente se utilizou do direito ao crédito desse, é penalizado pelo seu próprio Estado, através da constituição do crédito fiscal pelo Fisco autuador. Em outras palavras, o contribuinte recebe Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) por se creditar de um valor desconhecidamente irregular, mesmo pagando corretamente ao vendedor. Para Vogas (2010, p. 108), "este é um dos mais perversos efeitos da guerra fiscal, pois se trata de reação que atinge terceiro/contribuinte, na maioria das vezes, sem conhecimento de que a mercadoria adquirida é incentivada na origem". Por outro lado, o Fisco, que existe justamente para resguardar a legalidade e a coletividade, também está correto em considerar esse crédito como indevido e irregular, pois se tratava de um benefício fiscal irregular e que nunca foi de fato devido e recolhido aos cofres públicos, nos termos das legislações vigentes

Nessas situações, o contribuinte adquirente tem o crédito do imposto glosado pelo Fisco, rompendo totalmente o princípio da não cumulatividade do imposto, pois ele pagará duas vezes pelo imposto, mesmo que esse não chegue aos cofres públicos. Primeiro no momento da compra (embutido no valor) e depois na venda, quando da cobrança do AIIM. Além da glosa, também será atingido por multas e juros, sem poder repassar ao seu cliente todo esse custo, pois a mercadoria já terá sido vendida pelo preço normal. Desse modo, fica claro que a guerra fiscal traz prejuízos e insegurança jurídica aos terceiros de boa-fé, por conta da tremenda dificuldade em se saber qual mercadoria adquirida ou serviço utilizado foi beneficiado ou não por um incentivo fiscal irregular. Conforme dispõe Vogas (2010, p. 111), "as armas que deveriam estar apontadas para as unidades federadas que concedem incentivos em desacordo com a Constituição Federal, na verdade, acabam se voltando para o contribuinte sediado no estado de destino".

Dentro desse cenário de incertezas, dificuldades legislativas, interesses escusos e competitividade predatória, infelizmente, a população e os menores empresários acabam por suportar os efeitos colaterais dessa guerra que destrói a sociedade e a economia aos poucos.

3 REGULARIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS INCONSTITUCIONAIS

A exigência de unanimidade nas decisões do CONFAZ praticamente impossibilita a aprovação da maioria dos benefícios pleiteados junto ao conselho, visto que a renúncia fiscal de um estado para atrair investimentos privados, na maioria das vezes, representa a perda desses em um outro. Constantemente, algum membro do conselho vota contra o benefício, o que impede o desenvolvimento dos projetos. Por conta disso, os estados simplesmente ignoraram as claras exigências legislativas e começaram a estabelecer incentivos fiscais unilaterais sem a chancela do CONFAZ.

Tal desenrolar dos fatos acarretou em constantes buscas de respaldo judicial para que fosse respeitada a Lei 24/1975 e, conseqüentemente, culminou com dezenas de decisões declarando a inconstitucionalidade das legislações que não a seguiam. O excesso de socorro junto ao Supremo e a consolidada posição do órgão levou à apresentação da proposta de Súmula Vinculante nº 69, com a seguinte redação: "Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional".

Todavia, em razão da enorme quantidade de benefícios concedidos e dos bilhões de reais em que as partes envolvidas poderiam ter que suportar com Autos de Infração e Imposições de Multas, a depender da modulação dos efeitos dessa súmula vinculante, fez com que o trâmite dessa praticamente parasse. Mas isso não era suficiente, pois a existência dessa proposta e a solidificada posição do Supremo em relação à inconstitucionalidade das legislações que não respeitam a Lei 24/75, ainda trazia insegurança as empresas envolvidas indiretamente na guerra fiscal. Desse modo, o Congresso Nacional chegou a uma solução política e aprovou a Lei Complementar nº 160/2017, a qual

dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais"

Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:

I - a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;

II - a reinstituição das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais referidos no inciso I deste artigo que ainda se encontrem em vigor.

Art. 2º O convênio a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar poderá ser aprovado e ratificado com o voto favorável de, no mínimo:

I - 2/3 (dois terços) das unidades federadas; e

II - 1/3 (um terço) das unidades federadas integrantes de cada uma das 5 (cinco) regiões do País.

Art. 5º A remissão ou a não constituição de créditos concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço afastam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão da isenção, do incentivo ou do benefício fiscal ou financeiro-fiscal, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo por sujeito passivo.

Além disso, a entrada em vigor dessa lei possibilitou aos próprios entes estatais, através de convênio CONFAZ, solucionarem os conflitos vigentes da guerra fiscal, sem necessitarem aguardar o desfecho das decisões judiciais e a modulação dessas e, conforme visualiza-se no artigo 2º supra, quiçá ainda mais relevante, sem a imperativa unanimidade para a sua aprovação.

Carvalho e Martinelli (2018, p. 931) resumem brilhantemente a lei:

Tecnicamente, a lei tratou da regularização dos benefícios fiscais com (i) a remissão dos créditos tributários de fatos geradores ocorridos anteriormente à publicação da lei, quando previu em seu artigo 5º a publicação de lei remetendo o passado pelas diversas unidades federadas e gerando efeito retroativo no tocante às sanções previstas no artigo 8º da Lei Complementar nº 24/75; (ii) uma espécie de revogação tácita com a publicação, o registro e depósito dos benefícios regularizados; e (iii) a posterior reinstituição dos mesmos benefícios para fruição por prazos que variam entre um a quinze anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao de publicação da lei, de acordo com a natureza do benefício originariamente concedido.

Diante dessa maior facilidade para aprovação, em dezembro do mesmo ano, o conselho se reuniu e aprovou o Convênio ICMS 190/17:

Cláusula primeira Este convênio dispõe sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-

fiscais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre a reinstituição dessas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, observado o contido na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e neste convênio.

Vislumbra-se que, compete aos estados-membros cumprir o que consta no respectivo convênio para que os benefícios fiscais irregulares instituídos até a data em que entrou em vigor a Lei 160/17 sejam regularizados e, com isso, traga segurança jurídica a todos os envolvidos.

Outra importante questão para resguardar os contribuintes envolvidos na guerra fiscal é a necessidade de os estados saírem da inércia e publicarem leis que reitem os débitos ou proíbam a constituição de créditos tributários que envolvam esses benefícios:

Cláusula décima quinta A remissão ou a não constituição de créditos tributários concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço, nos termos deste convênio, afastam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão dos benefícios fiscais de que trata a cláusula primeira, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo por sujeito passivo.

A remissão, que "é o perdão da dívida pelo credor, é a liberação graciosa (unilateral) da dívida pelo Fisco" (SABBAG, 2018, p. 1002), que se trata de uma causa extintiva do crédito tributário (aquilo que é cobrado do contribuinte a partir de uma ação fiscal) e as futuras não constituições desses, somente poderão ocorrer quando os estados efetivamente publicarem as leis com esses fins, conforme entendimento do artigo 5º da Lei 160/17 e a cláusula 15ª do convênio CONFAZ 190/17. Assim, para que toda a farra de irregularidades seja revertida, não bastará a usual prática política de ignorar o malfeito e se beneficiar da morosidade dos tribunais superiores no julgamento desse tipo de questão, deverão, também, os estados que criaram toda esse problemática agirem dentro de suas competências, nos termos da legislação criada, para socorrer os contribuintes de boa-fé.

Enfim, depois de muita discussão, com a aprovação dessa regularização, procura-se garantir a segurança jurídica e o respaldo de que as empresas não serão autuadas por se apropriarem desses benefícios antigos, visto que os contribuintes são, concedendo o benefício da dúvida, partes de boa-fé em todo esse processo. Contudo, não é possível afirmar que tudo se resolveu e que a guerra fiscal acabará. Devido à usual prática de auxílios tributários às empresas e as consequências que uma abrupta retirada dos benefícios poderia proporcionar àquelas, os legisladores, através do artigo 3º, §2º da própria Lei 160/17, permitiram a manutenção desses benefícios fiscais em até 15 anos da data em que os efeitos do convênio comecem a produzir efeitos. Tal permissão significa que os benefícios que criaram todo esse dilema jurídico-tributário ainda serão concedidos e causarão muito debate por, pelo menos, 15 anos.

Além disso, todo esse malabarismo resolutivo foi em referência aos benefícios que já estavam em vigor, mas nada mudou em relação a instituição de novas renúncias tributárias referentes ao ICMS. Ainda prevalece no ordenamento legal que a instituição de novos benefícios fiscais deve seguir todo o rito da Lei 24/75, ou seja, perdoaram aquilo que estava errado, mas mantiveram o que originou tudo, o ICMS e seus complexos regramentos e a unanimidade para a validação de novos benefícios fiscais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, se por um lado é pujante e cristalina a irregularidade dos benefícios que não seguem a Lei 24/75, por outro conclui-se que as regras da lei retro que exigem unanimidade nas decisões colegiadas são prejudiciais ao estado democrático. Ocorre que as soluções utilizadas pelos estados para contornar tais dificuldades durante as últimas décadas foram ainda mais nocivas à população e ao pacto federativo, já que o que havia sido proposto para impulsionar o crescimento autônomo dos entes, tornou-se, em verdade, uma derrocada competitiva, isto é, uma grande Guerra Fiscal.

Nesse cenário, é compreensível o desfecho político orquestrado para regularizar os benefícios fiscais inconstitucionais, em uma tentativa de se evitar crises financeiras e econômicas bilionárias que estavam sendo previstas como reflexos das decisões judiciais. No entanto, considerando toda a conjuntura exposta, a qual originou e provocou a situação em que se encontra a questão do ICMS, é de clareza solar a imperativa necessidade de uma reforma tributária consistente. Reforma essa que altere a estrutura e as regras de tributação sobre o consumo, deixando-as mais claras, compreensivas e com maior facilidade de implementação, de forma que mantenha a autonomia tributária dos estados e, simultaneamente, solidifique o respeito ao pacto federativo prescrito na Carta Magna, impedindo que aqueles se

utilizem de manobras tributárias que poderiam conduzir ao cenário de constantes batalhas econômicas e judiciais.

A aprovação da Lei Complementar 160/17 e do convênio CONFAZ 190/17 foi um grande passo para perdoar os erros passados e garantir segurança jurídica ao sistema econômico do ICMS. Todavia, diante da possibilidade de prorrogação dos controversos benefícios fiscais por mais 15 anos, acrescida da manutenção das mesmas regras que originaram toda essa grande guerra fiscal, é reluzente a previsibilidade de, em um futuro breve, descobrir-se que tudo foi apenas um grande teatro político para burlar o sistema jurídico e econômico e, assim, normalizar as práticas ilegais, sem o real intuito de findar-se com elas. Enquanto isso, perpetua-se o anseio nacional por uma profunda reforma tributária, sendo essa a inevitável solução para o fim da guerra fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Maria Abadia da Silva. **Guerra Fiscal e Finanças Federativas no Brasil: O caso do setor automotivo**. 2001. Dissertação (Mestrado em Economia). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas-SP, 2001. Disponível em:

<http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Tributario_Dissertacao_Guerra_Fiscal_Automotivo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRANDÃO JÚNIOR, Salvador Cândido. **Federalismo e ICMS: estados-membros em guerra fiscal** / Salvador Cândido Brandão Júnior. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013. 193f. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-13112014-161700/publico/Federalismo_e_ICMS_Estados_membros_em_guerra_fiscal.pdf>
Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Lei Complementar 160/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp160.htm>. Acesso em: 03 out. 2020

_____. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Convênio ICMS 190/17**. Disponível em:

<https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV190_17>.

Acesso em: 04 out. 2020.

_____. Senado Federal. **Pacto Federativo**. Agência Senado. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/pacto-federativo>>. Acesso em: 04 out. 2020.

CANÁRIO, Pedro. **Supremo modula decisão que declarou inconstitucional benefício de ICMS**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-19/supremo-modula-decisao-declarou-inconstitucional-beneficio-icms>>. Acesso em: 04 out. 2020.

CARNEIRO, Luiz Orlando. **STF não edita súmula vinculante há um ano**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stf-nao-edita-sumula-vinculante-26062017>>. Acesso em: 03 out. 2020.

CARVALHO, Osvaldo Santos de; MARTINELLI, Luís Fernando dos Santos. **A “convalidação” de benefícios fiscais de ICMS, o convênio CONFAZ 190/2017 e seus reflexos após um ano da publicação da LC 160/17**. IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. 2019, p. 927-944. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/03/Guerra-Fiscal-ICMS.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego. **A legitimidade dos incentivos fiscais num contexto de guerra fiscal**. 2011. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4192>>. Acesso em: 11 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP)

NOBRE, Caio; MORAES, Leonardo Theon de. **A guerra fiscal do ICMS e a proposta de sumula vinculante**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/198537/a-guerra-fiscal-do-icms-e-a-proposta-de-sumula-vinculante>>. Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5467/MA – Maranhão**. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410739/false>>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 851421. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4668596&numeroProcesso=851421&classeProcesso=RE&numeroTem a=817>>. Acesso em: 11 out. 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Afrânio Menezes de. **Incentivos fiscais no âmbito do ICMS: regramento constitucional, falhas jurídico-legislativas, federais e guerra fiscal**. 2015. 224f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/1464>>. Acesso em: 11 out. 2020.

OLIVEIRA REZENDE, R. **Benefícios e Competição Fiscal entre Estados Brasileiros: Judicialização da “Guerra Fiscal” do ICMS no Supremo Tribunal Federal** (Menção Honrosa Prêmio do Tesouro /2019). CADERNOS DE FINANÇAS PÚBLICAS, v. 1, n. 01, 31 maio 2020

PEREIRA, Francisco José de Andrade. **Pacto Federativo e Guerra Fiscal entre os Estados** / Francisco José de Andrade Pereira. –1.ed.—Salto, SP: Editora Schoba, 2010.

Disponível em:
<<https://books.google.com.br/books?id=QUIGIpNJI2EC&pg=PT19&dq=pacto+federativo&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiYq9Oth5nsAhV1H7kGHUunBM4Q6AE wAHoECAIQAg#v=onepage&q=pacto%20federativo&f=false>>. Acesso em: 3 out. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário** / Eduardo Sabbag. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

VOGAS, Rosiris Paula Cerizze. **Limites constitucionais à glosa de créditos de ICMS em um cenário de guerra fiscal**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima-MG, 2010. Disponível em: <<http://www3.mcampos.br:84/u/201503/rosirispaulacerizzevogaslimiteslconstituiconaisaglosadecreditosdeicms.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

A NADIFICAÇÃO NUMA SOCIEDADE LÍQUIDA

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal, Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (PUC/SP), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Mackenzie/SP), Bacharel em teologia e direito, professor de Direito e pesquisador da CNPq.

RESUMO: A sociedade está passando por transformações já há algum tempo, e recentemente, com uma perspectiva de pandemia há longo prazo pode passar por uma metamorfose ainda mais forte, por uma série de modos, formas e uma vivência diferente da existente antes deste acontecimento com patologia ainda não totalmente descoberta; desta feita o uso da nadificação, da coisificação, a perda de valores questionados poderão transformar uma comunidade que tinha modestas adequações, em um ajuntamento de pessoas que embora convivam se distancie ainda mais dos aspectos moldantes de pessoas perdendo seu referencial trazido das famílias, atravessando para um extremo perigoso, não enxergar qualidades necessárias que sustentam a família e, por conseguinte, toda orla de seres humanos dentro das comunidades e sociedades já estabelecidas, pode-se perceber que só a segurança extrema, conspirará contra a liberdade, devendo, para se ter um destes mais vigorosos, abrir mão do outro, Bauman, de forma muito pragmática afirma, ousando parafraseá-lo, que “quanto mais segurança, menos liberdade teremos, e quanto mais liberdade, menos segurança obteremos”, e na sua perspectiva, não há como equilibrar de maneira eficiente, pois, não há equilíbrio possível para gerar um padrão de equação sem variável entre esses dois elementos que definem a sociedade.

Palavras chaves: Nadificação. Coisificação. Sociedade. Líquida. Liberdade.

ABSTRACT: Society has been undergoing transformations for some time, and recently, with a long-term pandemic perspective, it may undergo an even stronger metamorphosis, through a series of ways, forms and a different experience from the one that existed before this event with pathology not yet fully discovered; this time, the use of nadification, of re-objectification, the loss of questioned values may transform a community that had firm adaptations, in a gathering of people who, although living together, distance themselves even more from the molding aspects of people losing their referential brought from families, crossing to a dangerous extreme, not seeing necessary qualities that support the family and, therefore, the entire border of human beings within the communities and societies already established, it can be realized that only extreme security will conspire against

freedom, and, in order to have one of these more vigorous, giving up the other, Bauman, in a very pragmatic way says, daring to paraphrase it, that “the more security, the less freedom we will have, and the more freedom, the less security we will obtain”, and in his perspective, there is no how to balance efficiently, because there is no possible balance to generate a standard equation without variable between these two elements that define the society.

Key words: Nadification. Objectification. Society. Net. Freedom

Sumário: Introdução; 1.Uma sociedade em transformação; 2. O líquido que nadifica; 3. A necessidade de um ponto de inflexão; Considerações Finais.

Introdução

Tem havido em cada ser humano pensante no presente momento a ideia como seria o “after day”; ou seja, o dia seguinte após a descoberta de uma vacina que imunize os seres humanos em sua plenitude. As vacinas foram descobertas, e o que parecia ser a solução imediata ofereceu, problemas de logística, de temperaturas, quantidade de doses, entre outras muitos outros problemas típicos de um problema que envolveu todos os países.

A chamada pesquisa em grande escala continuam, pois além de proporcionar alguma forma trazer de alento aqueles que já perderam amigos, familiares. Não se pode parar de pesquisar, pois ainda há muitas perguntas não respondidas, e questões importantes a serem verificadas.

Dentre esta verdadeira expectativa a cada dia, de uma maneira geral, grande parte dos seres humanos ainda estão se adaptando, a cumprimentar sem dar as mãos, sem poder se abraçar e nesta linha nem aquele beijo de carinho pode ser mais ofertado.

Na prática estamos ficando distante dos demais seres humanos, mantendo distância real, sem aquela proximidade que sempre foi uma marca muito latina.

Como se não bastasse todo distanciamento ou isolamento social, “lockdow”, ainda a cada dia vemos o número de pessoas morrendo aumentar de forma assustadora e não controlada, e os profissionais da área de saúde, chegando a uma exaustão física e, certamente psicológicas de a cada dia terem que praticamente escolherem, quem vive e quem morre.

Destarte todo este cenário, ainda há respostas que precisam ser respondidas sobre o porquê o Brasil chegou a este ponto, tão traumático, e pior, quase de terra devastada.

Há indagações que devem permear e seguir a importância nos dias atuais, nesta direção; como ficará os valores após esta pandemia? Será possível não coisificar situações que antes trazia sensações agradáveis? A sociedade conseguirá superar a iminente nadificação produzida por muitos meses de isolamento e distanciamento?

1. Uma sociedade em transformação

Ao tratar do tema transformação envolvendo pessoas é necessário primeiro, desassocia-lo da pandemia inicialmente, uma vez que a sociedade está sempre em transformação e mudanças. É certo que deve-se ter um olhar neste acontecimento grave, mas com um olhar cuidadoso, afinal, haverá mudanças necessárias, o que será salutar ou não.

O que não se pode esperar é uma radicalização, ainda mais aqui no Brasil uma mudança permanente pelo próprio espírito brasileiro, de se agregar, de concentrar em rodas de amigos e colegas, as mudanças poderão chegar em alguns hábitos, contudo, não em todos.

Ao se voltar atrás de atos ocorridos há anos anteriores, se poderá ter uma visão mais apurada das transformações sofridas e, como elas projetam uma sociedade diferente em vários aspectos.

Como se pode extrair, do texto sociológico, houve uma mudança da ideia de “pós modernidade”, para “sociedade líquida” e com esta mudança o comportamento foi largamente afetado, sem a devida percepção dos seres humanos, transportando a todos a condição efêmera de dissonância.

O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi à dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividade humanas, de outro. (BAUMAN, 2010, p. 12).

É inegável as mudanças perceptíveis e movidas pela a fluidez de um consumo desenfreado até 2020, o ano que mudou as necessidades, que mudou conceitos, transformou comportamentos, que mudou o consumo, que forçosamente teve que

se alterar muitas coisas sem que desse tempo para a reflexão, através de algo imperceptível chamado Covid-19, gerando uma pandemia em âmbito mundial.

Neste período que ainda não terminou, vivenciou-se a maior demonstração de ausência de civilidade em grande parte das pessoas. Um egoísmo escancarado, na busca de “um salve-se quem puder”, conflitando com recomendações pronunciadas pelas maiores autoridades no assunto. Desrespeito as autoridades interessadas em combater a pandemia, as solicitações simples de usar máscara, e alguns até se negando a tomar a vacina.

Ademais, foi presenciado, muitas vezes em silêncio, a pobreza sendo tratada como que parte da doença, evitando-se contato, no início os idosos sendo quase que colocados num campo de concentração mental, e tantas outras coisas, que não vale a pena enumerar.

Essa transformação da sociedade, alcançada em flagrante despreparo lembra um texto importante, escrito pelo pai da psicanálise, demonstrando como o ser humano vem se afastando de alguns valores essenciais.

De nosso próprio corpo, condenado à decadência e à dissolução, e que nem mesmo podem dispensar o sofrimento e a ansiedade como sinais de advertência; do mundo externo, que pode voltar-se contra nós com forças de destruição esmagadoras e impiedosas; e, finalmente, de nossos relacionamentos com os outros homens. O sofrimento que provém dessa última fonte talvez nos seja mais penoso do que qualquer outro (FREUD, 1980, p.95)

A pandemia está sendo [...] “o mundo externo, que pode voltar-se contra nós com forças de destruição esmagadoras e impiedosas” [...], não forçando o texto e tirando de seu contexto iminente, mas demonstrando como a questão dos relacionamentos entre os seres humanos são frágeis a ponto de mesmo diante de uma situação calamitosa, não haver empatia, respeito ao próximo, cuidado com aqueles que nos rodeiam, podem facilmente serem esquecidos e o egoísmo, sentimento genuíno entre as pessoas desconhecidas e ou, conhecidas foi exposta de uma forma tão impactante, que ficou difícil não ficar incrédulo com respeito ao futuro da sociedade.

A transformação apresentada por Bauman não poderia ter pano de fundo mais prático e autêntico do ocorrido esse ano, sem as habituais máscaras, os seres humanos se mostraram em toda sua decadência, interior e exterior como afirma Freud.

Infelizmente, a pandemia tem transformado a sociedade que já era obcecada por consumo, por futilidades e fragilidades líquidas, ainda mais num fosso escandalosamente profundo, sem trazer nenhuma melhora, nenhuma luz no fim do túnel, gerando esperança para mudanças que poderiam trazer uma transformação palpável nos papéis dos atores deste mundo, não como coadjuvantes, mais como protagonista de uma vida bem melhor, mudando a essência e a grandeza de nossos valores, confundidos e muito, com ideologia, filosofia de vida, que demonstra o quanto se está perdido através de falácias e discursos sem profundidade que vai se agregando ao convívio das pessoas que passam se iludir que estes supostos “valores”, farão delas seres humanos sociais, ledo engano.

2. O líquido que nadifica

Nesta esteira, se faz necessário observar os significantes e significados, na tangente destes dois entes que caracteriza aspectos importantes na sociedade.

A linguagem (para não dizer linguística) usada nos dias atuais, nos leva a relembrar como estes aspectos são tratados por Lacan, compreendendo que desde dos idos de 1950 começou a haver uma transformação no indivíduo e quiçá no próprio modelo social, fornecendo novas concepções e um formato diferente.

A lingüística (sic) pode servir-nos de guia neste ponto, já que é esse o papel que ela desempenha na vanguarda da antropologia contemporânea, e não poderíamos ficar-lhe indiferentes." (LACAN, 1998, p. 286).

Na forma de se expressar quer oral, ou por escrito é possível perceber a longitude alcançada por palavras, frases e textos mesmo não tão bem elaborados, podem trazer sem nenhum critério a confusão necessária para mudar conceitos, padrões, atos, leis e até mesmo uma sociedade que passa a se autoproclamar protetora dos costumes e juízos de valores.

Destarte, possa se parecer com a tecnologia, com o avanço alcançado na ciência e em diversas áreas, ser impossível tal situação, mas o fato é que todo progresso não retirou a natureza primitiva do ser humano.

Nesta senda ao se deparar com esta natureza primitiva, de comunicação escassa e tentativas de diálogos perpassando por grunhidos e gesticulações desafeiçoadas, Lacan, contribui e muito com a forma de linguagem desenvolvida e, transmitida e se comunicando de forma muito complexa. É evidente com uma visão psicanalítica ele oferece uma solução fora do eixo do estudo do léxico, da gramática, ou até do português clássico.

A discussão vai além trazendo consigo algo para se pensar filosoficamente e não só no enalço da psicanálise, podendo cingir o conhecimento sem limitação de área, expandindo a análise de forma ampla.

Para Lacan, a linguística passa a ser considerada uma ciência, a ciência da linguagem, tal como ocorre com as ciências físicas, químicas e matemáticas, torna-se **uma ciência piloto que carrega o sentido do indivíduo pela via do significado que sugere uma ideia sobre determinado objeto** (LACAN, [2001], 2003: 229). **Para a psicanálise, a linguagem não é sinal, não é signo, nem sequer signo da coisa como realidade externa materializada em grafismos alfabéticos ou numéricos como argumentam os linguistas modernos.** Para Lacan é pela via do significante que o discurso acontece, ele desliza dentro da cadeia dos significantes. Diferentemente, para a linguística, o significado é encontrado quando há a possibilidade de se constituir a denominação das coisas, ou seja, quando há um sentido atribuído a algum objeto ou coisa que necessita ser compreendido pela palavra a ele dado. **Lacan questiona e põe em relevo a teoria linguística quando argumenta que sua teoria sobre o significante se trata de uma compreensão divergente porque o significante não se designa a si mesmo como ocorre com o vocábulo ou com a palavra na teoria da história conceitual. O significante se sustenta porque está sempre remetido a outro significante.** (Destaques nosso) (https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/152934_1953_ARQUIVO_ANPUHtexto2018.pdf).

No texto em comento é evidente uma objeção de Lacan, a compreensão simples e puramente de aceitar o significado como construtor da “ideia de determinado objeto”. Nesta esteira faz a rica comparação da psicanálise, apontando não ser meramente um “sinal” ou “signo”, e na mesma linha “nem sequer signo da coisa como realidade externa materializada”.

Para o Lacan há uma outra maneira de manejo que não se limita a “grafismos alfabéticos ou numéricos”. Num contraponto a Freud, assim se posiciona;

[...]Isso nos remete à descoberta de Freud ao elaborar a psicanálise a partir de sua teoria sobre o recalque, e que Lacan, interpretando Freud, vê que o psicanalista alemão desvenda um fenômeno que estrutura e revela a verdade subjacente ao diálogo do sujeito pela via do inconsciente.

https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1529341953_ARQUIVO_ANPUHtexto2018.pdf.

Outrossim, a proposta de interpretação de Lacan, “um fenômeno que estrutura a verdade subjacente ao diálogo do sujeito pela via do inconsciente”, sobrepujando a esta ideia que claramente gera a possibilidade de se avançar e atingir o que Lacan deseja está num texto que ele conclama de forma garbosa a sua teoria.

Não é apenas uma sobreposição é alcançar diferentes formas ou uma maneira mais cabal de dizer, da falar, de reproduzir conversas, não estar preso ao formalismo corrente, contudo, poder se distanciar do modo comum ou geral.

A luz desta concepção, surge um pensamento que expõe de forma sábia o que de fato pode acontecer com uma mudança de paradigma.

O que essa estrutura da cadeia significante revela é a possibilidade que eu tenho, justamente na medida em que **sua língua me é comum com outros sujeitos**, isto é, em que **essa língua existe**, de me servir dela para expressar algo completamente diferente do que ela diz” (LACAN, [1966], 1998: 508).

A existência da linguagem, da língua não pode ser para outro propósito senão tornar comum “outros sujeitos”, e com esta noção de existir poder servir-se para se expressar de forma “completamente diferente do que ela diz”. Desta feita, a língua tem a função de aproximação, de reafirmação e conveniar os seres humanos que dela necessita.

Na construção proposta, não se deve esquecer de Bauman, trazendo uma análise crucial da sociedade (antes da pandemia) e sua visão macro, de como haveriam transformações drásticas que ocorreriam pela ausência de inclusive uma linguagem mais direta, real, dinâmica e coerente.

Qualquer que seja a sua condição em matéria de dinheiro e crédito, você não vai encontrar num shopping o amor e a amizade, os prazeres da vida doméstica, a satisfação que vem de cuidar de entes queridos ou de ajudar um vizinho em dificuldade, a autoestima proveniente do trabalho bem-feito, a satisfação do “instituto de artífice” comum a todos nós, o reconhecimento, a simpatia e o respeito dos colegas de trabalho e outras pessoas a quem nos associamos; você não encontrará lá proteção contra as ameaças de desrespeito, desprezo, afronta e humilhação. (BAUMAN, 2009, p. 12).

Formalizando a questão líquida seja na linguagem e não num dialeto, o que se vê com frequência em grupos que se comunicam entre eles, contudo, quem não participa daquele grupo não consegue entender e nem se comunicar. Os meios eletrônicos tem trazido aos seus usuários figuras que responde ao invés de uma resposta escrita, e frases que só quem frequenta estas redes sociais com grupos da mesma idade, conseguem entender.

Bauman, em sua premissa do texto navega águas profundas demonstrando a fragilidade em que se encontra a sociedade, buscando em lugares artificiais (ou líquidos), e afirma, “não encontrará”, exatamente pelo sentido de nadificação. Isso é o líquido que não é palpável, não carrega sentimentos, não comina numa satisfação.

E tudo começa pela linguagem sem sentido para muitos, e que está transformando a sociedade, seja de qual país seja, em guetos, frequentados apenas pelos que se consideram melhor nesta base de “urbanidade” completamente desrespeitosa e abissal.

3. A necessidade de um ponto de inflexão

Transpassando o tema da linguagem, para entender que “sociedade líquida”, “amor líquido”, não são expressões para despertar a atenção mais há todo um significado e signifiante, se faz mister encontrar neste novo mundo que se apresenta com a pandemia, ainda não vencida, o que de melhor puder se tirar de todas as lições que se conseguir apreender.

Bauman, sem sequer imaginar que todos estes eventos iriam acontecer, como um visionário, trouxe em sua farta literatura ótimas oportunidades para reflexão.

A “mão invisível” do mercado operada por indivíduos egoístas na busca de sua própria riqueza e prazer parecia muito relutante ou impotente em salvar os seres humanos da crueldade recíproca [...] Veio à luz que, para obter satisfação em sua vida, os seres humanos precisam dar amar e compartilhar tanto quanto precisam tomar, defender sua privacidade e vigiar o que é seu. **Para o dilema complexo, cheio de contradições, conhecido pelo nome de condição humana,** não parece haver soluções simples, diretas, monotemáticas. (BAUMAN, 2009, p. 68). (Destaques nosso).

Em 2009, Bauman comenta sobre esta “mão invisível”, que os liberais insistem em impor num país que a infração é galopante, que operações de riscos, são desconhecidas da maioria da população e que o número de pobres aumentam drasticamente a cada ano (sem pautar, aqueles que estão abaixo da linha da

pobreza). Nas palavras do sociólogo, o mercado não poderá se manter de forma coerente, se o mercado for [...] “operada por indivíduos egoístas na busca de sua própria riqueza” [...]

O Brasil já passou por todos os pacotes, choques, intervenções monetárias, mudança de moedas, e todos que assumem esta área econômica diz que tem um segredo na manga que fará tudo funcionar como os outros países.

A nadificação no seu mais alto preço, podendo se dizer a “condição humana” já passou por períodos de guerra quando realmente a sociedade se implodia, contudo a sociedade líquida que atingiu-se com a pandemia é algo jamais visto.

A façanha foi tão bem arquitetada que de um lado vemos pessoas viajando, comprando carros zeros, adquirindo imóveis como se nada estivesse ocorrendo. Do lado oposto, se vê a pessoa lutando por um cilindro de oxigênio, por um lugar na fila de espera para poder ser atendida, e não são poucos que morrem cada vez mais sem receber se quer um diagnóstico.

Neste diapasão, encontra-se exposto um lindo texto, que deveria ser nosso mantra, para superar o que tem sido motivo de muitas dúvidas e sofrimento.

A afirmação **“a vida é uma obra de arte”** não é um postulado ou advertência (do tipo “tente tornar a sua vida bela, harmoniosa, sensata e cheia de significados – tal como os pintores tentam fazer suas pinturas, ou os músicos suas composições), mas uma declaração de um fato. **A vida não pode deixar de ser uma obra de arte se é uma vida humana** – a vida de um ser dotado de vontade e liberdade de escolha. Vontade e escolha deixam suas marcas na forma de vida, a despeito de toda e qualquer tentativa de negar sua presença e/ou ocultar seu poder atribuindo o papel causal à pressão esmagadora de forças externas que impõem um “eu devo” onde deveria estar “eu quero”, e assim reduzem a escala das escolhas plausíveis. (BAUMAN, 2009. p. 72).

Este é sem dúvida um ponto de inflexão que pode e deve fazer parte de nosso cotidiano “a vida é uma obra de arte”. Há muitos motivos para esmorecer, desanimar, jogar fora a vida, pensar em tolíces as mais grandiosas possíveis.

Se sair da nadificação, esta fissura de consumo desenfreado, de possuir, antes de ter/ser, se não olharmos que há um futuro pela frente, se não buscar, não através dos milhares que a cada dia posta “Lives”, as mais excepcionais e capciosas para vender produtos, cursos, oferecer como você se tornar tantas coisas, se houver uma base de princípios bem fundamentada, se houver um contingente que acredite

no possível, a vida, mesmo trazendo sofrimentos e desgostos pode e deve ser superada.

Destarte toda esta inspiração não é possível não citar de forma cabal o que está acontecendo, numa mudança de um consumo para algo ainda mais ululante.

Apoiando-se na nova religião da melhoria continua das condições de vida, o melhor-viver tornou-se uma paixão das massas, o objetivo supremo das sociedades democráticas, um ideal exaltado em cada esquina. [...] Aparentemente nada ou quase nada mudou: continuamos a evoluir na sociedade do supermercado e da publicidade, do automóvel e da televisão. No entanto, nas duas últimas décadas, surgiu uma nova "convulsão" que pôs fim à boa velha sociedade de consumo, transformando tanto a organização da oferta como as práticas quotidianas e o universo mental do consumismo moderno: a revolução do consumo sofreu ela própria uma revolução. Uma nova fase do capitalismo de consumo teve início: trata-se precisamente da sociedade de hiperconsumo. (LIPOVETSKY, 2007, p. 07-08).

O consumidor não se contenta em possuir uma TV de 60 polegadas, se ao sair da loja ele ver uma de 70 polegadas, a tristeza vai se abater até que ele compre uma igual, e assim por diante. Há como explicitado no texto em comentário, o hiperconsumo, e quando se pode, quando não há pandemia (ou mesmo havendo) o que choca é perceber que o mais importante para muitos é comprar, substituir o novo e nadificar sua existência numa tabula rasa.

Para mudar, para transformar a sociedade precisamos ter modelos de líderes, de pessoas que se destacam e que demonstram que tudo que possui não mexeu com seus valores.

Há exemplos, e não são poucos que usam da oportunidade uma chance de mudar algumas realidades;

O senegalês Sadio Mané, do Liverpool, é um dos atletas de maior sucesso da atualidade, o atacante africano de 27 anos, porém, não segue o padrão das principais estrelas do esporte e dispensa itens de luxo em nome da caridade.

"Por que eu teria dez Ferraris, vinte relógios de diamante e dois jatinhos? O que isso significaria para mim e para o mundo? Eu passei fome, trabalhei nos campos, sobrevivi às guerras, joguei futebol descalço. Não fui à escola. Hoje, com o que ganho graças

ao futebol, posso ajudar o meu povo, construí escolas e um estádio. Fornecemos roupas, sapatos, alimentos para pessoas em extrema pobreza. Além disso, dou 70 euros por mês a todas as pessoas em uma região muito pobre do Senegal, que contribuem para a economia familiar. Não preciso exibir carros de luxo, casas de luxo, viagens e ainda menos aviões. Prefiro que os meus recebam um pouco do que a vida me deu". (<https://www.portalraizes.com/resposta-do-jogador-sadio-mane/>)

Para este jogador o "mundo" importa, só deu esta resposta depois dos jornalistas verem seu celular com o vidro quebrado e criar as histórias mais absurdas, então ele veio a público e contou sua história.

É possível, sair da nadificação e mesmo numa sociedade líquida viver acima da aparência, e mesmo assim estar satisfeito.

Considerações Finais

No texto para reflexão, não houve a intenção de navegar em águas mais profundas, até porquê a ideia é proporcionar uma leitura saudável e complementar com aquilo que as vezes pensamos, contudo, não colocamos em palavras.

Há sim necessidade de reexame de todos, para que possamos construir uma sociedade onde todos possam viver bem e felizes.

Por outro lado, se vive sobre as garras quase que infalíveis da mídia, propagandas, e logicamente que a tentação vem com toda a sua força.

Ao considerar o estilo de vida que levamos, a maneira como olhamos para as pessoas, como nos comportamos nos mais diversos ambientes que estamos, teremos uma visão, se houver absoluta honestidade, se tudo que possuímos é um nada e a sociedade que nos circunda é apenas líquida, certamente algo precisa ser feito.

É evidente que nem todos ligam para situações que não o envolvam, daí o nada e o ambiente líquido que se vive.

O certo é que atualmente estamos a grande maioria no mesmo barco, não interesse se fosse é dono de um grande banco ou se mora numa casa muito modesta, a condição nos colocou pela primeira vez numa jornada única.

Pode-se até escolher, mas creia de verdade, o que estamos presenciando no dia-a-dia no coloca em condição de igualdade.

Quem sabe, este seja o momento para repensarmos a vida que levamos e criar novos propósitos.

O desafio está lançado!

Referências Bibliográficas

BAUDRILLARD, J. A Sociedade do Consumo. São Paulo: Editora Edições 70, 1996.

BAUMAN, Z. A Arte da Vida. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2009.

_____. Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2004.

_____. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2010.

_____. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Rio de Janeiro: editora Zahar, 2010.

_____. Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Editora Zahar 2008.

FREUD, S. Conferência XXIII: Os caminhos da formação dos sintomas (1917). Conferências introdutórias sobre psicanálise (Parte III. Teoria geral das neuroses. 1917 [1916-1917]). Direção-geral da tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1980, p. 419-440. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 16).

_____. O mal-estar na civilização (1930 [1929]). O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931). Direção-geral da tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1980. p. 75-254. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 21).

LACAN, J. Escritos, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.1998.

_____. O Seminário, livro 1: Os escritos técnicos de Freud. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

_____. O Seminário, livro 2: O eu na teoria de Freud e na técnica da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. O Seminário, livro 06: O desejo e sua interpretação. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. O Seminário, livro 18: De um discurso que não fosse semblante. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

LIPOVETSKY, G. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo/Gilles Lipovetsky; Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SARAIVA, J. E. M. Prazer do consumo ou consumo do prazer? AIDS, consumismo e mal estar contemporâneo. Rev. Mal-Estar Subj. v.2 n.1 Fortaleza mar. 2002.

https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1529341953_ARQUIVO_ANPUHtexto2018.pdf

<https://www.portalraizes.com/resposta-do-jogador-sadio-mane/>

A IMPORTÂNCIA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

CAMILA CARDOSO MENIS:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN.
(orientador)

Resumo: O presente artigo abordará sobre a atual necessidade e importância da descriminalização do aborto no Brasil. O aborto é o ato praticado com a finalidade de interromper a gravidez e provocar a morte do feto. Apesar do aborto ainda ser um tabu, é sabido que diariamente centenas de mulheres praticam aborto e que a grande maioria delas são submetidas a procedimentos clandestinos, vez que o aborto ainda não é permitido no país. O aborto induzido é uma espécie de crime contra a vida, e está previsto no Código Penal Brasileiro desde o ano de 1984. As quatro formas de aborto tipificadas como crime, são: o auto aborto consentido; aborto provocado por terceiro ou sofrido; aborto consensual e aborto qualificado. Existem também, três tipos de abortos legais, quais sejam: aborto necessário ou terapêutico; aborto sentimental e aborto de feto anencéfalo, que serão tratados de forma detalhada neste trabalho. O método utilizado para elaboração deste artigo foi o de revisão de literatura, através do estudo de doutrinas, legislações penais e reportagens sobre o tema escolhido.

Palavras-Chave: Aborto. Descriminalização. Direito da mulher.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO DE ABORTO. 2 ABORTO E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO; 2.1 Tipos de aborto criminoso; 2.1.1 Auto aborto; 2.1.2 Aborto provocado por terceiro ou sofrido; 2.1.3 Aborto consensual; 2.1.4 Aborto qualificado; 2.2 Tipos de aborto legal; 2.2.1 Aborto necessário ou terapêutico; 2.2.2 Aborto sentimental; 2.2.3 Aborto de anencéfalo; 3. O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER. 4. DADOS E ESTATÍSTICAS. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, as mulheres têm lutado pelo fim da discriminação e pela igualdade de gênero.

Os direitos referentes à saúde da mulher foram inseridos nas políticas nacionais de saúde nas primeiras décadas do século XX, e neste período, os direitos eram restritos apenas às demandas referentes à gravidez e ao parto.

Mas, apesar de todas as conquistas na luta pelos direitos da mulher, ainda há muito para ser alcançado, principalmente em relação aos direitos reprodutivos das mulheres.

No Brasil, o aborto é considerado crime contra a vida humana e encontra-se tipificado no artigo 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro que prevê pena de detenção nos casos de aborto com ou sem consentimento da gestante.

Quando o assunto é aborto, a grande discussão é sempre em razão da defesa da vida do feto, independente da vontade da mulher. O assunto gera polêmica no âmbito jurídico, mas também, no âmbito religioso.

O aborto é um problema social e envolve questões de saúde pública, em razão da forma de sua realização, que ocorre, na maioria das vezes, de maneira clandestina e insegura, provocando vários danos, físicos e psicológicos, à saúde da mulher.

Atualmente, inclusive nas hipóteses em que o aborto é permitido por lei, ainda existe dificuldade para que a mulher o realize de forma segura, em razão da falta de informação, do preconceito existente, e de outros inúmeros fatores que demonstram a ineficácia do Estado em garantir o acesso à saúde pelas mulheres.

As mulheres que estiverem passando por uma gravidez indesejada, e em razão da falta de legislação que ampare e permita a realização segura do aborto, decidirem recorrer ao aborto clandestino, não podem ser condenadas à morte por não terem acesso aos seus direitos previstos na Constituição Federal.

Inúmeras mulheres de diferentes classes sociais abortam, o que diferencia uma das outras, é o modo como a interrupção da gestação é feita, quanto mais baixa a classe social da mulher, maior as chances de comprometer sua saúde reprodutiva e até mesmo a vida.

O aborto atualmente surge como um dos principais assuntos entre os científicos, religiosos e os parlamentares jurídicos diante dos conflitos gerados perante o assunto e as diversas manifestações de grupos a favor e contra, pois, assim como a vida e a preservação do feto é importante, a vida da gestante também é.

Neste artigo serão abordados os tipos de abortos existentes, permitidos e criminosos, bem como, a importância da descriminalização do aborto que, em pleno século XXI, deveria ser direito de livre escolha da mulher gestante.

O presente artigo será realizado por meio de revisão bibliográfica, sendo a análise e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas, impressos ou disponíveis eletrônicos.

1 CONCEITO DE ABORTO

O aborto é a interrupção da gravidez com a morte do feto. Consiste na interrupção da gestação antes que a mesma se conclua, ou seja, é a expulsão prematura, natural ou provocada, do feto do útero da mãe, impedindo que continue seu pleno desenvolvimento (CAPES, 2018).

De acordo com Mirabete (2015, p.59):

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Segundo Capez (2018, p.119) ensina que:

Aborto é a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno (CAPEZ, 2008, p.119).

Na área médica, o aborto é definido como a interrupção da gravidez até 20^a ou 22^a semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou, ainda, segundo alguns, quando o feto mede até 16,5 cm (MORAIS, 2008).

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso, legal ou permitido.

O aborto natural não é crime e ocorre quando há uma interrupção espontânea da gravidez.

O acidental decorre de circunstâncias imprevistas, como por exemplo, uma queda ou um acidente sofrido pela gestante.

O aborto legal ou permitido é aquele aborto amparado legislação, ou seja, é a modalidade de aborto que pode ser realizada.

O aborto criminoso é aquele proibido por lei, e ocorre quando a mulher grávida força a interrupção do desenvolvimento do feto ou embrião.

O aborto não é um assunto recente na sociedade, ele sempre esteve presente e gerou ao longo dos anos várias abordagens jurídicas diferentes, tendo em vista os valores éticos, morais e ideológicos que variavam de acordo com a sua época (MORAIS, 2017).

Segundo Marques e Bastos (1998) e Schor e Alvarenga (1994), a prática do aborto é antiga e conhecida em todas as épocas e culturas, tendo um sentido e significado específico em cada uma delas. Sobre isto, Pattis (2000) acrescenta que o aborto foi exercido por todos os grupos humanos até hoje conhecidos, embora possuam concepções, motivações e técnicas completamente diferentes ao longo do tempo (REBOUÇAS, 2010, p. 22).

O aborto é reconhecido mundialmente como um problema de saúde pública desde o ano de 1994, quando houve a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo. O reconhecimento ocorreu em razão das consequências físicas e emocionais ocasionadas pelo aborto, que podem levar a sequelas irreversíveis, e até mesmo à morte das mulheres (SELL et al., 2015).

2 ABORTO E O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

No Brasil, o aborto é considerado crime contra a vida, embora, não se trate de crime contra a pessoa, pois, o produto da concepção – feto ou embrião – não é considerado pessoa, para fins de Direito (BITTENCOURT, 2012).

O Código Penal Brasileiro pune a interrupção induzida, voluntária e forçada da gravidez de diversas formas distintas, por meio de tipos penais diferentes (LIMA; MUNIZ NETO, 2018).

O delito de aborto encontra-se no Capítulo I do Título I do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores é a vida humana em desenvolvimento (GRECO, 2009, p.244).

O crime de aborto é tipificado nos artigos 124 ao 127 (auto aborto consentido; aborto provocado por terceiro ou sofrido; aborto consensual; aborto qualificado) do Código Penal.

A realização do aborto só é permitida em três casos, em casos de estupro, chamado de aborto sentimental; em casos onde ocorra o risco de morte para a mãe, chamado de aborto terapêutico ou necessário, e; quando o feto apresentar anencefalia que serão tratados de forma detalhada neste capítulo.

2.1 Tipos de Aborto Criminoso

Para que haja o aborto criminoso é necessário que se comprove a gravidez, o dolo, bem como, é preciso que se constate também a morte do feto no momento da concepção. Existem três práticas que são consideradas como o aborto criminoso, sendo elas, os abortos provocados por terceiro com e sem consentimento da mãe e também aquele chamado de autoaborto, o que é provocado por ela própria (SABOIA, 2020).

2.1.1 Autoaborto

O autoaborto encontra-se disposto no artigo 124 do Código Penal.

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

No autoaborto a própria gestante é quem pratica a conduta abortiva que provoca à morte do feto. A forma mais comum de realização do auto aborto é através da ingestão do uso de medicamento com substâncias abortivas.

Trata-se de crime de mão própria, pois, somente a gestante pode realizar.

A pena para o crime de auto aborto é de um a três anos de detenção. Como a pena mínima é de um ano, é cabível a suspensão condicional do processo, desde que a gestante preencha os demais requisitos do artigo 89 da Lei n° 9.099/95.

2.1.2 Aborto Provocado por Terceiro ou Sofrido

O aborto provocado por terceiro ou sofrido encontra-se disposto no artigo 125 do Código Penal.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

O aborto provocado por terceiro ou sofrido, possui como sujeito ativo qualquer pessoa, e trata-se de crime comum, o sujeito passivo é o feto e também a gestante.

O abortamento sem o consentimento da gestante, é a forma mais grave do delito, pois o agente age com dolo direto.

O crime é consumado com a interrupção da gravidez e conseqüentemente morte do feto, sendo desnecessária sua expulsão do ventre materno.

Importante citar que no crime de aborto não se aplica a agravante genérica do artigo 61, inciso II, alínea h do Código Penal. Tal agravante trata da hipótese de quando o crime é cometido contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; e fundamenta-se na situação de fragilidade ou debilidade da vítima, na facilidade que encontra o agente para cometer o delito e na sua covardia.

2.1.3 Aborto Consensual

O aborto consensual encontra-se disposto no artigo 126 do Código Penal, o qual dispõe que:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O aborto consensual também se encontra disposto na segunda parte do artigo 124 do Código Penal. A conduta típica no auto aborto consiste em provocar o aborto em si mesma, isto é, a própria gestante que decide interromper a própria gestação. Mas há também o caso de quando a gestante permite que outra pessoa lhe provoque o aborto.

A gestante que consente no aborto incorre na mesma pena do auto aborto, ou seja, é como se ela tivesse provocado o aborto em si mesma, conforme está expresso no artigo 124 do Código Penal. O agente que provoca o aborto com a autorização da gestante, incorre nas penas do artigo 126.

O aborto consentido tipificado no artigo 126, engloba dois crimes, quais sejam, um para a gestante que consente que no ato prática a conduta delitiva e, outro, para o sujeito que lhe provoca o aborto que pratica a conduta.

Segundo Bitencourt (2012) em relação à gestante que consente e ao autor que provoca materialmente o crime de aborto consentido não pode ser aplicado o disposto no caput do artigo 29 do Código Penal, o qual se refere ao concurso de pessoas.

2.1.4 Aborto Qualificado

Nos termos do artigo 127 do Código Penal, o aborto será qualificado quando em decorrência do ato do aborto, a gestante morrer ou sofrer lesão corporal grave.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O aborto qualificado se caracteriza por ser um meio onde pode haver causas de aumento da pena do indivíduo que pratica o ato com ou sem o consentimento da gestante.

De acordo com Bitencourt (2007, p.137):

Tal artigo apresenta duas causas especiais de aumento de pena, para o crime praticado com o consentimento da gestante: Lesão corporal de natureza grave e morte da gestante. Somente a lesão corporal de natureza Grave, e a morte, qualificam o crime de aborto. Essas qualificadoras aplicam-se a apenas ao aborto praticado, por terceiro, não sendo aplicado ao aborto praticado pela própria gestante, pois não se pune a auto lesão, nem o ato de matar-se.

Assim, perante a lei, quem tira a vida de uma gestante, tendo ciência de que ela está grávida, irá responder por crime de homicídio doloso e também por crime de aborto (SABOIA, 2020).

2.2 Tipos de Aborto Legal

Como o próprio nome já diz, o aborto legal é a interrupção da gravidez nos casos previstos e autorizados por lei. O aborto legal tem um componente técnico, baseado em protocolos médicos, protocolos assistenciais, de enfermagem, de

assistência social, de psicologia etc. E um outro componente, não menos importante, em razão da característica deste procedimento, que é a legislação, componente ético-legal (IFF, 2017).

2.2.1 Aborto Necessário ou Terapêutico

O aborto necessário ou terapêutico está previsto no inciso I do artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

O aborto necessário ou terapêutico é aquele que ocorre quando a vida da gestante está correndo perigo e não exista outro meio de salvá-la, senão, fazendo o aborto.

Esta modalidade de aborto pode ser efetuada quando se constata que o feto trará futuramente, algum perigo para a vida da mulher gestante (SABÓIA, 2020).

Conforme dispõe Bittencourt (2013) o aborto necessário exige dois requisitos, quais sejam: o perigo de vida da gestante e a inexistência de outro meio para salvá-la. É necessário que haja perigo iminente à vida da gestante, e não apenas o perigo à saúde, mesmo que seja muito grave. O aborto deve ser a única forma de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime.

O artigo 128 dispõe que não será punível o aborto praticado por médico, ou seja, para que não constitua crime, o aborto deve ser realizado apenas por médico habilitado.

Contudo, no caso de aborto necessário, em que há a necessidade de salvar a vida da gestante, o aborto pode em tese, ser praticado por uma pessoa que não seja médica, com base no estado de necessidade, previsto no [artigo 24](#), do Código Penal (MELO, 2020).

2.2.2 Aborto Sentimental

O aborto sentimental, também chamado de aborto humanitário ou ético, está previsto no inciso II do artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

(...)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Sempre que ocorrer a prática do crime de estupro e deste resultar uma gravidez para a vítima, a legislação penal autoriza a realização do aborto, sem nenhum tipo de consequência ou punição ao médico que realizá-lo.

De acordo com Prado (2011, p.129):

O mal causado é maior do que aquele que se pretende evitar. De conformidade com a teoria diferenciadora em matéria de estado de necessidade – que faz distinção entre os bens em confronto -, há a exclusão da culpabilidade da conduta pela inexigibilidade de conduta diversa. O fundamento da indicação ética reside no conflito de interesses que se origina entre a vida do feto e a liberdade da mãe, especialmente as cargas emotivas, morais e sociais que derivam da gravidez e da maternidade, de modo que não lhe é exigível outro comportamento.

O crime de estupro pressupõe o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima, que tem a sua dignidade sexual absolutamente violada, invadida e subjugada, pelo agressor. Assim, notoriamente, trata-se de um delito penal que ocasiona imensuráveis danos e traumas à vítima, os quais, muitas vezes, são irreparáveis (OLIVEIRA, 2020).

Para realização do aborto sentimental, é necessária a comprovação de que a gravidez é resultado de estupro; e, o prévio consentimento da gestante, ou de seu representante legal, quando se tratar de menor, acerca da realização do aborto. A vítima do estupro tem que manifestar expressamente a sua concordância (OLIVEIRA, 2020).

Para a realização do aborto sentimental, não é exigida a prévia condenação do estuprador e também não é necessária autorização judicial.

2.2.3 Aborto de Anencéfalo

No ano de 2012 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o aborto de feto anencéfalo não é mais considerado crime.

A anencefalia é uma grave malformação fetal que resulta da falha de

fechamento do da estrutura que dá origem ao cérebro e a medula espinhal, levando à ausência de cérebro, calota craniana e couro cabeludo. A junção desses problemas impede qualquer possibilidade de o bebê sobreviver, mesmo se chegar a nascer (SANTOS, 2012).

Busato (2005, p. 588) define anencefalia como:

Uma patologia congênita que afeta a configuração encefálica e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial, ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça.

Segundo Belo (1999, p.83):

É certa, portanto, a inviabilidade da sobrevivência do feto anencéfalo. Consta-se que a Anencefalia é uma alteração na formação cerebral, resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural, sendo caracterizados pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral.

Nos casos de anencefalia, apesar de todos os avanços na área da medicina, não existe nenhum método de tratamento ou cura que possa viabilizar a vida do feto anencéfalo, a morte do feto é inevitável, trata-se de morte cerebral, mesmo que o coração funcione não há vida sem atividade cerebral (CHACUR; POLEGATI, 2016). A ausência de cérebro faz com que o feto não possua qualquer chance de ter vida, por essa razão, que o aborto foi autorizado.

3 O DIREITO DE ESCOLHA DA MULHER

Apesar de ser considerado como um Estado Laico, o Brasil é um país conservador que vem de uma tradição religiosa que não separava Estado da Igreja, e ainda não separa, não somente o Brasil, mas todos os países da América Latina e Caribe (CRISÓSTOMO, 2018).

A prática do aborto vai muito além de valores morais, éticos e religiosos.

Ademais, o Código Penal não pode delimitar por condutas morais e

religiosas. A legislação penal tem o objetivo de tutelar bens jurídicos definidos pelo Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, no âmbito criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático (MENDES, 2014, p. 200).

É sabido que diversas mulheres, em razão de diferentes questões e contextos nos quais estão inseridas, decidem por abortar, e tal decisão deveria ser enfrentada com muita cautela. Não cabe a ninguém decidir pela vida de terceiro.

Segundo Diniz (2009) o aborto é uma realidade que afeta a sociedade e que não podemos ignorar; a forma de encarar o problema deve ser baseada na criação de políticas de prevenção de gravidez não desejada, por meio da educação; devendo também haver a despenalização e a regulação da interrupção voluntária da gravidez oferecendo garantias sanitárias e jurídicas, para as mulheres que livremente decidirem por abortar e evitar problemas derivados do aborto clandestino.

De acordo com Blay (2008) quando se trata de aborto se costuma fazer menção educação de todas as mulheres. Não se deve levar em consideração somente o direito da vida do feto, mas também os direitos e a vida da mãe.

Toda mulher tem direito a decidir, então, sobre sua vida, mais ainda quando se trata de seu próprio corpo. Se o direito à vida do feto se contrapõe ao direito de toda mulher a decidir sobre sua vida, sobre seu projeto de vida e sobre seu corpo, por um lado, essa livre escolha causará danos ao feto e a terceiros, cabendo aí o limite constitucional (também relativo) da autonomia pessoal. (...) O aborto é um procedimento demasiadamente intrusivo e ninguém o deseja. É uma situação temida, dolorosa, mas milhares de mulheres recorrem a isso, amparadas ou não pela lei. (BLAY, 2008, p. 35)

Muito se fala em direito à vida, do direito à vida do feto que ainda vai se desenvolver para poder nascer. Mas, e o direito da vida da mulher gestante? Quando a mulher engravida, ela perde seus direitos? Ela perde sua autonomia? E a partir do momento da descoberta da gravidez, o Estado quem passa a mandar no corpo da mulher? Essa realidade precisa mudar.

Muito se lutou até a presente data para que as formas de aborto legal citadas no capítulo 3.2 fossem autorizadas. E, ainda há muito caminho a ser seguido para que o aborto em qualquer situação seja autorizado.

A proibição do aborto está relacionada com o não reconhecimento do direito das mulheres a decidirem sobre a maternidade e sobre a sexualidade (SILVEIRA, et.

al. 2018).

Aqueles que atuam contra o aborto constroem o argumento de que as mulheres seriam irresponsáveis, tirando qualquer responsabilidade dos homens na concepção, inclusive com discursos permissivos à violência sexual (SILVEIRA, et. al. 2018).

4 DADOS E ESTATÍSTICAS

O SUS registrou cerca de 195 mil internações por aborto espontâneos e por decisão judicial ou médica, em 2019. Foi uma média de 535 por dia. Os abortos por motivos previstos em lei são minoria. A cada 100 internações por aborto, 99 foram de abortos espontâneos e tipos indeterminados de gravidez interrompida. Apenas 1 foi aborto previsto em lei (LICHOTTI; MAZZA e BUONO, 2020).

Neste mesmo ano, o SUS registrou ainda, por dia, uma média de 5 internações de crianças de 10 a 14 anos por aborto, tantos os abortos previstos em lei quanto os espontâneos (LICHOTTI; MAZZA e BUONO, 2020).

No ano de 2020, entre os meses de janeiro a junho, o SUS fez um total de 1.024 abortos legais em todo o Brasil. Também neste mesmo período, foram realizadas 80.948 curetagens e aspirações, que são os processos necessários para limpeza do útero após um aborto incompleto. Esses dois tipos de procedimentos são mais frequentes quando a interrupção da gravidez é provocada (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020).

O Brasil registrou também, 642 internações por aborto de meninas de 10 a 14 anos no primeiro semestre de 2020 (LICHOTTI; MAZZA e BUONO, 2020).

O SUS não possui exatamente os dados de quantas mulheres foram atendidas em decorrência da realização de aborto clandestino. Contudo, elas fazem parte do grupo que passou por alguma das 80.948 intervenções realizadas apenas no 1º semestre de 2020 em decorrência de aborto espontâneo, clandestino ou de complicações pós-parto (ACAYABA; FIGUEIREDO, 2020).

Neste ano, um caso de aborto tomou conta das mídias e causou comoção na população. Uma criança de apenas dez anos de idade foi submetida a um aborto, após ter sido estuprada quatro anos pelo tio (ALMEIDA, 2020).

A criança conseguiu autorização judicial para interromper a gestação que já estava na vigésima segunda semana. O caso aconteceu em Recife – PE (ALMEIDA, 2020).

A violência sexual sofrida pela criança só foi descoberta quando a mesma se

queixou de dores abdominais e foi levada ao hospital. Após confirmação da gravidez, a criança revelou aos médicos que sofria abusos sexuais e ameaças do tio (ALMEIDA, 2020).

Diversos manifestantes foram até a porta do hospital no Recife onde foi realizado o procedimento. Entre os grupos que se mobilizaram em frente ao centro médico para protestar contra o procedimento estão o Movimento Pró-Vida e o grupo católico pernambucano Porta Fidei, estes manifestantes pregavam pela não realização do aborto. Também houve mobilização no local para defender o direito da vítima de interromper uma gravidez decorrente de estupro, um dos grupos que compareceu foi o Fórum de Mulheres, do movimento feminista (ZYLBERKAN, 2020).

O aborto é um tema que gera diferentes opiniões e é um tema que faz com que as pessoas queiram intervir na vida das outras.

Diariamente casos de estupros são noticiados e geram a indignação da sociedade, e porque os casos de aborto referente a esses estupros geram a indignação da sociedade, mas de forma contrária?!

Quando uma criança é estuprada, ela é vista como vítima. Quando a criança vítima de estupro engravida (frisa-se que, independentemente de sua vontade e apenas porque foi vítima de crime cometido mediante violência) e é autorizada judicialmente a abortar, a criança passa a ser vista como criminosa, quando na realidade a mesma não passa de mais uma infeliz vítima de estupro e do maldito julgamento alheio.

5 CONCLUSÃO

Apesar de legalizadas apenas três modalidades de aborto no Brasil, o aborto vem sendo praticado diariamente por milhares de mulheres. O aborto ainda é considerado crime, pois a vida do feto é mais preservada do que a vida da própria mulher gestante.

Ser a favor da legalização do aborto, não é ser a favor da prática do aborto. Ser a favor da legalização do aborto, é ser a favor do direito de todas as mulheres, todas aquelas que não possuem condições financeiras, aquelas que possuem alguma enfermidade, aquelas que não se sentem preparadas para serem mães, aquelas que por um descuido engravidaram sem planejar, entre outras, é ser a favor do direito de escolha.

Não se pode tirar o direito de uma mulher de fazer o que bem entender com seu próprio corpo, em razão de uma gravidez, em razão de um feto que ainda não veio ao mundo. Não se pode admitir que um feto ainda em idade gestacional, seja

mais importante que a vida da mulher que o carrega.

Se legalizada todas as formas do aborto, não só haverá liberdade de opção para as mulheres, bem como, haverá um ambiente seguro para que elas façam o procedimento. A legalização seria apenas uma garantia de que mulheres não morrerão ou ficarão inférteis em decorrência de procedimentos clandestinos, é uma medida de saúde pública e planejamento familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAYABA, Cíntia; FIGUEIREDO, Patrícia. **SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020.** 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interruptoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>>. Acesso em: 20 out. 2020.

ALMEIDA, Gabriela. **Garota de 10 anos que abortou após ser estuprada foi amparada por lei; saiba o que diz Constituição.** 2020. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2020/08/17/garota-de-10-anos-que-abortou-apos-ser-estuprada-foi-amparada-por-lei--saiba-o-que-diz-constituicao.html>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 Set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 2.** v. II. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BLAY, Eva. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos.** São Paulo: Editora 34, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.II.

CARPES, Amanda. **A falácia da criminalização do aborto.** Disponível em: <<https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/AMANDA-CARPES.pdf>>. Acesso em: 19 Set. 2020.

CRISÓSTOMO, Laina. **Aborto como direito humano**. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/07/11/aborto-como-direito-humano/>>. Acesso em: 22 Out. 2020.

DINIZ, Debora. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, v.25, n.4, p. 939-942, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000400025&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 Nov. 2020.

ESPINOZA MAVILA, Olga; IKAWA, Daniela Ribeiro. **Aborto: uma questão de política criminal**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, 2001.

GALLI, Maria Beatriz; MELLO, Maria Elvira Vieira de. **A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero e justiça social**. Juízes para a democracia, São Paulo, v. 12, n. 44, p.8, dez./fev. 2007-2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, V. II**. 6.ed. revista, ampliada e atualizada. Niterói: Impetus, 2009.

INSTITUTO FERNANDES FIGUEIRA. **Principais questões sobre aborto legal**. 2017. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-aborto-legal/>>. Acesso em: 29 Out. 2020.

LICHOTTI, Camille; MAZZA, Luigi; BUONO, Renata. **Os abortos diários do Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://piaui.folha.uol.com.br/os-abortos-diarios-do-brasil/>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

LIMA, Daniel; MUNIZ NETO, José. **A descriminalização do aborto no Brasil é realmente apenas uma questão de gênero?**. 2018. Disponível em: <<https://blogjuridicoderobertohorta.com/tag/autoaborto/>>. Acesso em: 17 Out. 2020.

MELO, Fabiano de Souza. **Em quais situações o aborto é permitido no Brasil?**. 2020. Disponível em: <<https://fabianomelo.jusbrasil.com.br/artigos/914351849/em-quais-situacoes-o-aborto-e-permitido-no-brasil?ref=feed>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NISENBAUM, Débora. **Manual para não falar besteira sobre a legalização do aborto**. 2018. Disponível em: <<https://medium.com/neworder/manual-para->

n%C3%A3o-falar-besteira-sobre-a-legalizacao-do-aborto-58388e9ece55>. Acesso em: 18 Out. 2020.

POLEGATI, Gustavo Henrique Borges ; CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. **STF acertou ao descriminalizar aborto de anencéfalos**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/stf-acertou-descriminalizar-aborto-anencefalos>>. Acesso em: 19 Out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp147587.pdf>>. Acesso em: 26 Set. 2020.

SABÓIA, Thiago. **Aborto: A polêmica de sua legalização e todos os seus aspectos na sociedade brasileira**. 2020. Disponível em: <<https://saboia69.jusbrasil.com.br/artigos/806148038/aborto-a-polemica-de-sua-legalizacao-e-todos-os-seus-aspectos-na-sociedade-brasileira?ref=serp>>. Acesso em: 22 Out. 2020.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em: 22 Out. 2020.

SELL, Sandra Elisa. et al. **Motivos e significados atribuídos pelas mulheres que vivenciaram o aborto induzido: revisão integrativa**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reeusp/v49n3/pt_0080-6234-reeusp-49-03-0502.pdf>. Acesso em: 19 Set. 2020.

SOUZA, Veronica A. N. Galdino. **Aborto: direito de escolha da mulher?**. 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5228/1/TCC%20VERONICA2017.pdf>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

ZYLBERKAN, Mariana. **Quem são os grupos que tentaram impedir o aborto de menina de 10 anos**. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/quem-sao-os-grupos-que-tentaram-impedir-o-aborto-de-menina-de-10-anos/>>. Acesso em: 20 Out. 2020.

A EXIGÊNCIA DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO MÍNIMA EM EDITAIS LICITATÓRIOS

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Nos dias atuais, a sistemática adotada pela Administração Pública para suprir a força de trabalho necessária ao atendimento das demandas sociais e ao funcionamento da máquina pública não mais pode se pautar pelo modelo utilizado nos anos 80 e 90, onde preponderava a utilização em larga escala de força de trabalho própria em praticamente todos os níveis e setores da Administração.

Em um passado relativamente recente, mas que ainda persiste em determinados segmentos da Administração Pública, preponderava um grande inchaço da máquina pública com utilização de força de trabalho própria, por meio de cargos e empregos públicos, inclusive em serviços onde não havia a necessidade de aplicação das prerrogativas próprias do funcionalismo público.

Todavia, a nova conjuntura social hoje vivenciada tem imposto cada vez mais à Administração Pública a necessidade enxugamento de suas despesas com pessoal e a busca por soluções mais eficientes para garantir a sobrevivência financeira do setor público e a entrega de um serviço de melhor qualidade à população.

Sem embargo das críticas existentes, muitas, inclusive, com fundamentos, a realidade é que o setor público tem se valido de forma progressiva e crescente da terceirização de mão de obra para garantir o funcionamento das atividades e serviços prestados pelo Estado, tanto para as atividades meio dos órgãos públicos, a exemplo de limpeza, segurança e portaria, como também para execução de atividades fins em determinadas áreas, como se vê na contratação de serviços de saúde terceirizados para hospitais públicos.

Neste contexto, o Pregão, na sua forma eletrônica, tem sido a modalidade licitatória mais utilizada para contratação de serviços de terceirização de mão de obra, que se enquadra no conceito de serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Então, é perceptível que a realização de pregões, sobretudo eletrônicos, tem sido de frequência ascendente para contratação de mão de obra terceirizada pelo Poder Público.

Entretanto, se de um lado a terceirização de mão de obra tem se mostrado uma promissora solução em termos de eficiência para o setor público, de outro, tem gerado preocupações nos certames licitatórios em relação à realização de contratações de exequibilidade duvidosa, que trazem consequência gravosas para a Administração.

Não têm sido raras as situações em que a empresas de terceirização contratadas falham com suas obrigações trabalhistas e previdenciárias, deixando os trabalhadores e a própria Administração em situação delicada. Diante desta realidade, alguns editais de licitação passaram estipular uma taxa de administração mínima para remuneração das empresas de terceirização contratadas, justamente como um mecanismo para afastar propostas manifestamente inexequíveis. Todavia, essa exigência passou a ser massivamente questionada no Poder Judiciário, sobretudo ao argumento de violação ao disposto no artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93, que a veda fixação de preços mínimos.

Neste cenário, passou a prevalecer a tese de remuneração do contratado pela Administração Pública, integra o conceito de preço, pelo que a exigência de percentual mínimo de taxa de administração estaria em confronto com a norma inserta no artigo 40 da Lei Geral de Licitações.

De outra banda, é possível perceber ainda que nem a lei 8.666/90 e nem a Lei Federal nº 10.520/2002, que regulamenta o Pregão como modalidade licitatória, trazem qualquer norma expressa que viabilize a exigência de taxa de administração mínima, já que esta medida, ainda que com nítida intensão acautelatória, não constitui forma de garantia contratual prevista em lei.

Nesta perspectiva, Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se debruçar sobre essa questão, vindo a firmar a tese de Tema Repetitivo 1038, no sentido de que os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. Por bastante elucidativa e didática, cumpre verificar a ementa do julgado formador da tese, que foi lavrada nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ARTS. 40, INC. X, E 48, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 8.666/1993. CLÁUSULA EDITALÍCIA EM LICITAÇÃO/PREGÃO. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO REFERENTE À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. INTUITO DE OBSTAR

EVENTUAIS PROPOSTAS, EM TESE, INEXEQUÍVEIS. DESCABIMENTO.

BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO TCU. EXISTÊNCIA DE OUTRAS GARANTIAS CONTRA AS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS NA LEGISLAÇÃO.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC, C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexequíveis.

2. Não merece acolhida a preliminar de não conhecimento. A inexequibilidade do contrato, no caso concreto, não consistiu em objeto de apreciação do aresto impugnado, cujo foco se limitou a deixar expresso que o art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993, ao impedir a limitação de preços mínimos no edital, aplica-se à taxa de administração. O que o acórdão recorrido decidiu foi a ilegalidade da cláusula editalícia que previu percentual mínimo de 1% (um por cento), não chegando ao ponto de analisar fatos e provas em relação às propostas específicas apresentadas pelos concorrentes no certame.

3. Conforme informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes deste Tribunal, "quanto ao aspecto numérico, a Vice-Presidência do Tribunal de origem, em auxílio a esta Corte, apresenta às e-STJ, fls. 257-264, listagem com 140 processos em tramitação nas Câmaras de Direito Público ou no Órgão Especial do Tribunal cearense em que se discutem a mesma controvérsia destes autos. Não obstante, é possível inferir haver grande potencial de repetição de processos em todo o território nacional em virtude da questão jurídica discutida nos autos relacionada ao processo licitatório e à possibilidade de a administração fixar valor

mínimo de taxa de administração". Tudo isso a enfatizar a importância de que o STJ exerça sua função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, evitando que prossigam as controvérsias sobre matéria de tão alto relevo e repercussão no cotidiano da Administração Pública em seus diversos níveis, com repercussão direta nos serviços prestados à população e na proteção dos cofres públicos.

4. A fixação de percentual mínimo de taxa de administração em edital de licitação/pregão fere expressamente a norma contida no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, que veda "a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência".

5. A própria Lei de Licitações, a exemplo dos §§ 1º e 2º do art.

48, prevê outros mecanismos de combate às propostas inexequíveis em certames licitatórios, permitindo que o licitante preste garantia adicional, tal como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

6. Sendo o objetivo da licitação selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração ? consoante expressamente previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 ?, a fixação de um preço mínimo atenta contra esse objetivo, especialmente considerando que um determinado valor pode ser inexequível para um licitante, porém exequível para outro. Precedente do TCU.

7. Deve a Administração, portanto, buscar a proposta mais vantajosa; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia. Súmula nº 262/TCU. Precedentes do STJ e do TCU.

8. Nos moldes da Súmula 331/TST, a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada é subsidiária. A efetiva fiscalização da prestadora de serviço quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais ? especialmente o adimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais ? afasta a responsabilização do ente público, diante da inexistência de conduta culposa. Não é

necessário, portanto, fixar-se um percentual mínimo de taxa de administração no edital de licitação para evitar tal responsabilização.

9. Cuida-se a escolha da taxa de administração, como se vê, de medida compreendida na área negocial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado, em benefício da obtenção da melhor proposta pela Administração Pública.

10. Tese jurídica firmada: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993." 11. Recurso especial conhecido e improvido, nos termos da fundamentação.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno desta Corte Superior.

(REsp 1840113/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2020, DJe 23/10/2020)

Desta forma, se alguma dúvida ainda existia acerca da ilegalidade da exigência editalícia de percentual mínimo a título da taxa de administração, a decisão supracitada veio para dirimi-la de uma vez por todas, sedimentando o entendimento de que os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993.

Não obstante, é preciso perceber que esse entendimento não afasta a possibilidade da Administração aferir a exequibilidade da proposta apresentada nos certames licitatórios por outros meios não relacionados exclusivamente ao percentual da taxa de administração cobrada pelo contratado, nem de se valer das garantias legais previstas no artigo 56, § 1º, da Lei 8.666/90.

Referências Bibliográficas:

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, 10ªed, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. *Contratação Direta Sem Licitação*, 10ªed, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

ADOLESCENTES E CRIMINALIDADE: BREVE ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

GIOVANNA VICTÓRIA BOSCOLO FERREIRA:
Graduando no curso de Direito pela
Universidade Brasil - Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

Resumo: O presente artigo trata sobre o visível aumento da participação de crianças e adolescentes em crimes. Esses pequenos são expostos a uma sociedade desigual, onde vários de seus direitos são violados, deixando-os ainda mais vulneráveis. É de suma importância, buscar desvendar e identificar quais são os fatores que colaboram para o envolvimento infanto-juvenil com infrações, qual sua causa específica ou isolada, com o intuito de tratá-las, reprimi-las e, caso necessário, ressocializar o adolescente, dando a ele oportunidades e educação. Deu-se especial ênfase na Teoria das Janelas Quebradas, a qual relaciona a desordem com a criminalidade, e que a lentidão estatal em punir e reparar danos e o sentimento de impunidade, podem ser umas das causas do aumento da criminalidade e certamente, o envolvimento de jovens. Este trabalho aborda quais as medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes, podem ser aplicadas e em quais situações específicas. Como conclusão, aponta algumas propostas para a diminuição do adentramento de crianças e adolescentes no mundo do crime.

Palavras-chave: Criminalidade. Crianças e adolescentes. Teoria das Janelas Quebradas. Alternativas.

Abstract: This article deals with the visible increase in the participation of children and adolescents in crimes. These little ones are exposed to an unequal society, where several of their rights are violated, leaving them even more vulnerable. It is extremely important to seek to unravel and identify what are the factors that contribute to the involvement of children and adolescents with infractions, which is their specific or isolated cause, in order to treat them, repress them and, if necessary, re-socialize the adolescent, giving him opportunities and education. Special emphasis was placed on the Theory of Broken Windows, which links disorder with crime, and that state slowness in punishing and repairing damage and the feeling of impunity, may be one of the causes of the increase in crime and certainly, the involvement of young people. This work addresses which socio-educational measures provided for by the Statute of Children and Adolescents, can be applied and in which specific situations. In conclusion, it points out some proposals for reducing the entry of children and adolescents in the world of crime.

Keywords: Crime. Children and adolescents. Broken Windows Theory. Alternatives.

Sumário: Introdução - 1. Da criança e adolescente. 2. Conceito de crime. 3. Teorias. 4. O crime e o contexto social. 5. Perfil mais comum entre os menores infratores e a legislação; 5.1. Aplicabilidade das medidas socioeducativas; 5.1.1. Advertência; 5.1.2. Obrigação de reparar o dano; 5.1.3. Prestação de serviço à comunidade; 5.1.4. Liberdade assistida; 5.1.5. Semiliberdade; 5.1.6. Internação. 6. Propostas contra a criminalidade juvenil e a contextualização da teoria das janelas quebradas. 6.1. Criação de emprego e renda para jovens; 6.2. Investir em educação; 6.3. Apoio a família; 6.4. Melhor reinserção social dos jovens infratores. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente estudo tem a proposta de fazer uma breve análise acerca de fatores que implicam o adentramento de crianças e adolescentes no mundo do crime. O objetivo se dá ao identificar a facilidade desses menores a praticarem atos infracionais e analisar a Teoria das Janelas Quebradas, que trata sobre a punição de pequenas desordens que poderão gerar grandes delitos em um futuro bem próximo.

É sabido, que a violência e a incidência de crimes aumentam cada vez mais, de maneira exorbitante. Uma porcentagem pequena, mas preocupante, desses crimes são cometidos por adolescentes. De acordo o levantamento anual de índices do Ministério dos Direitos Humanos e do IGBG (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o principal crime praticado por “menores de idade” no Brasil é o roubo, tráfico de drogas e o furto.

Muito se tem discutido sobre o porquê o índice de crianças e adolescentes em conflitos com a lei só aumenta, dessa maneira, esse trabalho tentará buscar respostas e desvendar quais os perfis e motivos desses jovens.

“A adolescência é uma fase de metamorfose. Época de grandes descobertas, e rupturas. E por isso mesmo uma fase da vida que envolve risco, medos, instabilidade. Muitas vezes os adolescentes buscam soluções mágicas para resolver seus problemas.” (BESSA. 2004, p. 420)

Para desenvolver esse trabalho, a metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, associada a uma pesquisa atenciosa sobre a Teoria das Janelas Quebradas.

1 Da criança e adolescente

Segundo o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criança é a pessoa de até doze anos de idade incompletos e, adolescente é aquela pessoa entre doze anos (incompletos) e dezoito anos de idade (incompleto).

Por que e para que o Eca foi criado? Existia na década de 70 o Código de menores, que pelo menos na teoria, era uma lei de proteção de menores, em seu art. 1º, ele tratava sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de até 18 anos em situação irregular. Por estar vivenciando uma Ditadura Militar, o entendimento da época era de que "menor em situação irregular é aquele que se encontrava abandonado materialmente, vítima de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta ou o autor da infração penal", demonstrando assim, falta de preocupação em compreender e atender as crianças e adolescentes. O objetivo do Código de Menores era punir esses menores infratores.

A Constituição Federal de 1988 traz consigo o art. 227, que dispõe que:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (Brasil, 1988)

Dessa forma, as crianças e adolescentes passaram a serem sujeitos de direitos reconhecidos em lei.

Logo em seguida, em 1990, surgiu a Lei 8.069, que é Estatuto da Criança e do Adolescente, veio então, para colocar a Constituição em prática e reafirmar esses direitos.

As crianças e adolescentes tem seu estatuto próprio por fazerem parte de um grupo de pessoas destinatárias de políticas públicas especiais, como os idosos, indígenas, portadores de deficiência etc. Sendo assim, existem vários princípios que devem ser respeitados e que orientam as interpretações e aplicações da Lei.

Nesse sentido, dispõe Paulo Lúcio Nogueira:

"O Estatuto é regido por uma série de princípios genéricos, que representam postulados fundamentais da nova política estatutária do direito da criança e do adolescente.

Em regra, o direito é dotado de princípios gerais genéricos, que orientam a aplicação prática dos seus conceitos.

Assim, o Estatuto contém princípios gerais, em que se assentam conceitos que servirão de orientação ao intérprete no seu conjunto [...].” (1996, p. 15-16 apud MENDES, 2007)

Alguns dos princípios que norteiam o ECA são o Princípio da Proteção Integral, Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, Princípio da Prioridade Absoluta, Princípio da Corresponsabilidade, Princípio do Respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, entre outros. Em seu art. 1º, é tratado sobre o primeiro princípio que aqui foi apontado, e a visão de Cury sobre esse assunto é de que:

“Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles” (CURY, 2008, p. 36).

A adolescência é uma fase incisiva para o desenvolvimento humano e construção social, vários processos acontecem ao mesmo tempo, como a formação de hábitos e padrões comportamentais, visão social, emoções. Nessa fase, além das alterações físicas e psicológicas, o indivíduo fica ainda mais suscetível às influências do meio em que vive.

“É durante a adolescência que se tem uma segunda, e grande oportunidade, para se oferecer condições construtivas ou destrutivas ao desenvolvimento da estrutura da personalidade dos jovens, a partir da interação com a sociedade da qual fazem parte, e na qual vão buscar seus novos modelos identificatórios. Os jovens são vulneráveis e susceptíveis às influências oriundas do meio social. Buscam fora do núcleo familiar aspectos que desejam incorporar à sua realidade pessoal (...)” (LEVISKY, 2000, p.22).

Mediante o exposto, a população infanto-juvenil é o grupo mais vulnerável diante todos os problemas que decorrem da estrutura e funcionamento da sociedade, podendo transformá-los em vítimas ou praticantes. Quando esses jovens são vítimas, não se pode deixar de citar o Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar é uma conquista do Estatuto da Criança e do Adolescente e, é de extrema importância, pois esse órgão fora criado para garantir o cumprimento dos direitos de proteção de meninas e meninos, por definição legal é *"órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente..."* (CF. art. 131, do citado Diploma Legal). Através de uma votação, são eleitos 5 membros pra um mandato de 4 anos.

Os Conselhos Tutelares são órgãos autônomos, pois não recebem interferência da prefeitura, do Poder legislativo municipal, do Sistema Judiciário ou do Ministério Público. E também são órgão não-jurisdicionais, por não terem o poder de julgar e aplicar medidas judiciais.

O papel do conselheiro tutelar é fiscalizar a família, comunidade, o Poder Público e a sociedade em geral, assegurando a efetiva aplicabilidade dos direitos das crianças e adolescentes, ação e omissão do Estado e dos responsáveis legais, com a finalidade de identificar toda e qualquer ameaça ou violação das previsões do ECA.

Quando houver denúncias e for constatado a violação de algum direito, o Conselho Tutelar deve aplicar medidas protetivas, porém, não tem autonomia e poderes para executá-las, visto que a responsabilidade é do poder público, da família e da sociedade.

Aconselhar os pais, responsáveis e professores; requerer serviços públicos nas áreas da educação, saúde, trabalho, segurança; elaborar propostas orçamentárias para planos e programas que atendem os direitos das crianças e adolescentes; registrar denúncia de violação dos direitos, como violência física, psicológica, sexual, abandono ou negligência e encaminhar essas denúncias ao Ministério Público, são algumas das funções do Conselheiros. Eles também podem e devem realizar palestras no intuito de distribuir informações.

Porém, esse órgão necessita de boa relação com os demais órgãos e a cooperação destes, para a possibilidade de cumprir seu papel fundamental na defesa dos direitos das crianças e adolescentes.

2 Conceito de crime

Pode-se conceituar crime sob três critérios: material, formal e analítico. O entendimento majoritário é de que a doutrina classifica crime segundo o critério analítico.

Segundo o critério material, crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão, todo bem jurídico penalmente protegido. O critério formal diz que crime seria aquilo que a lei diz que é crime, tratando assim de uma conceituação meramente positivada e formal. Dentro do ordenamento jurídico, encontra-se no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, uma tentativa de conceituar crime:

“Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.” (BRASIL, 1941)

Esse artigo está voltado para a distinção entre crime e contravenção penal.

É nesse sentido, que a dogmática penal brasileira utiliza o critério analítico de crime, no qual o crime é definido de acordo seus elementos: fato típico, ilícito e culpável. Se no caso concreto, haver a ausência de um desses elementos a conduta será atípica, ou seja, não será crime.

Isto posto, se o infrator for uma pessoa com mais de 18 anos, o termo adotado é crime, delito ou contravenção penal. Os menores de 18 anos são inimputáveis (art. 228 da Constituição Federal/88), logo não cometem crime, mas sim, atos infracionais, disposto no artigo 103 do ECA: “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

3 Teorias

Os criminologistas procuram entender melhor sobre o porquê que pessoas cometem crimes. Buscam esse entendimento para tentar solucionar as causas e prevenir o crime.

Para essa tentativa, são observadas algumas teorias fundamentais, como o Teoria da Escolha Racional, Teoria da Desorganização Social, Teoria da Tensão, Teoria de Controle Social, Teoria da Rotulagem, além da biologia, genética e evolução, entre muitas outras. Este trabalho terá enfoque na Teoria das Janelas Quebradas.

A Teoria das Janelas Quebradas (The Broken Windows Theory) foi um experimento realizado em 1969 pelo psicólogo da Universidade de Stanford, Philip Zimbardo, nos Estados Unidos. Anos depois, foi marcada pela conclusão mais acertada por James Wilson e George Kelling.

Zimbardo teve a ideia de colocar um carro em um bairro pobre de periferia, considerado perigoso e violento; e um carro em um bairro considerado rico. Aproximadamente 24 horas depois, eles voltaram ao bairro pobre e o carro estava todo depredado, com vidros destruídos e faltando pedaços. No bairro rico, o carro estava intacto. A princípio, seguindo a clássica conclusão das teorias do conflito, observando o carro todo destruído, disseram que a pobreza gera criminalidade.

O experimento foi dado continuidade e, Zimbardo foi até o bairro rico e jogou uma pedra no carro, fazendo quebrar um vidro de uma janela. Horas depois, voltaram ao local, e o carro estava completamente destruído, igual o carro do bairro pobre. Concluíram então, que muitas vezes as pessoas querem ou sentem vontade de cometerem crime, porém, elas sabem da punição que terá, e acabam recuando.

Então, no bairro pobre, onde já existiam janelas quebradas, não havia vigilância e policiamento, o carro “abandonado” seria apenas mais um elemento para depredação, pois ali já habitava um clima de impunidade. No bairro rico, onde tudo era organizado, vigiado e policiado, o carro “abandonado” só era mais um carro que cabia respeito, porém, a partir do momento que a comunidade percebeu que uma janela estava quebrada e nenhuma medida foi adotada, entendeu-se que poderia destruí-lo, furtar peças; sem nenhuma repreensão.

Dessa maneira, a conclusão da Teoria das Janelas Quebradas foi de que, com o abandono, passa-se uma mensagem subliminar que não há vigilância, logo, uma sensação de impunidade. Ou seja, se existe infrações penais pequenas, deve-se aplicar pena, pois um Estado sem vigilância e punição efetiva, incentiva crimes. Essa teoria inspirou a Política de Tolerância Zero.

4 O crime e o contexto social

Há algumas divergências acerca da criminalidade estar associada aos fatores sociais. Uma corrente defende que o crime está ligado a pobreza, ou seja, a desigualdade social favorece a criminalidade. Outra corrente, afirma que o crime existe porque o criminoso escolheu praticá-lo, o indivíduo tem o livre arbítrio para escolher as atitudes que serão tomadas, logo ele deve ser responsabilizado. Porém, essa corrente também defende que os fatores sociais influenciam diretamente o livre arbítrio.

Em um fichamento dos fatores apontados por especialistas como motivadores de adolescentes para o envolvimento no crime, o primeiro colocado é o Sistema Econômico, pois uma má distribuição de renda pode levar, por exemplo, uma criança/adolescente que têm pais sem boas condições financeiras, a vender droga para comprar um tênis ou uma calça que está na moda, pois praticamente todos seus colegas de classe têm.

Seguido da pobreza e miséria; a falta de políticas públicas gera pobreza, uma criança que nasce e cresce nessa pobreza, tende a não ter oportunidades e o descaso do Estado em oferecer oportunidades de estudos, formação, inserção no mercado, desenvolve um sentimento de revolta, exclusão social e insegurança, fazendo com que elas criem suas próprias leis e para serem aceitos em algum grupo do seu meio social, reproduzem o que os mais velhos fazem, sem distinguir o que é certo e o que é errado. O fator da pobreza, gera a desnutrição e fome, que fazem com que esses indivíduos sofram danos psicossomáticos em sua formação. Vale ressaltar, que o Código Penal, em seu artigo 24, admite o furto famélico como hipótese de estado de necessidade, desde que preencha algumas condições.

A habitação precária também é um dos fatores, já que criam um ambiente impróprio para a vivência harmônica, baixa qualidade de vida e exposição a grupos de pessoas que pensam e fazem diferente, como por exemplo, usam drogas.

A título de exemplo de uma habitação precária, com péssimas condições de saneamento, higiene e acessibilidade, cite-se as favelas, não todas, mas a grande maioria tem essas características. Isso tudo associado com a falta de um projeto de vida e o engrandecimento do ter ao invés do ser, pode fazer com que um adolescente, ao ver o líder de uma comunidade, se espelhe nessa figura delinquente e siga seus passos, aprendendo o crime de fato com outros criminosos, marcando desde cedo seu destino.

A principal razão do aumento gradativo do cometimento de crimes é a falta de educação de qualidade. Um sistema de ensino deficiente, o difícil acesso de algumas crianças e adolescentes às escolas por conta do distanciamento, ruas e estradas que dificultam a passagem de veículos, a ausência de transporte escolar, o "dever" de trabalhar para ajudar no sustento da família, propicia a esses indivíduos a aproximação as drogas, abrindo a porta para o mundo do crime.

Tendo isto em vista, percebe-se que um fator está correlacionado a outro, e todos são aspectos que decorrem da desigualdade social. É sabido que o desenvolvimento e a formação social da criança são reflexos da comunidade da qual está inserida e da convivência familiar.

Pais distantes e desatentos das necessidades de seus filhos, membros familiares já inclusos no âmbito criminal ou muitas vezes presos, resulta que a criança seja cuidada e criada por avós, tios, parentes ou até mesmo, por ninguém, o filho mais velho “cuida” de si mesmo e de seus irmãos menores, sem regras, afeto, orientações ou conselhos. Isso facilita que essas crianças sejam alvos de violência física, psíquica e sexual.

Os maus tratos, o descaso e o abandono condenam esses pequenos a viverem com traumas, abalos psicológicos e emocionais, originando o sentimento de revolta, rebeldia e vontade de praticar atos violentos e ilegais.

Como citado por Platão “[...] a falta de educação dos cidadãos e má organização do Estado são causas geradoras do crime”, dessa maneira, o cometimento dos atos infracionais é decorrente da falha ou simplesmente pela inexistência eficaz de controles sociais convencionais que impedissem tal cometimento (HIRSCHI, 1969).

5 Perfil mais comum entre os menores infratores e a legislação

Segundo o delegado Valter Simas, titular da Delegacia Especial de Proteção ao Menor (DEPCA), a idade dos jovens autores de violências e atos infracionais diminuem a cada ano, antes era apreendidos adolescentes de 16 e 17 anos envolvidos na maioria das vezes, em ato infracional contra o patrimônio. No momento atual a faixa etária diminuiu para 14 a 17 anos. Porém, algumas ocorrências são de jovens de 12 ou 13 anos. O sexo masculino é o os responsáveis pela maior porcentagem de crimes cometidos.

Um estudo feito pelo Conselho Nacional de Justiça revela que praticamente 50% dos jovens que são detidos, não frequentam a escola ou pararam de estudar entre a 5ª e 6ª série, e uma pequena porcentagem não são alfabetizados.

O CNJ apurou que mesmo com a pouca idade, cerca de 14% desses jovens já possuem filhos.

Os jovens entre 12 e 17 anos de idade que cometem infrações são considerados adolescentes em conflito com a lei e são responsabilizados de acordo o Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê medidas socioeducativas a serem cumpridas, como advertência, liberdade assistida, semiliberdade; embora seja a última medida a ser adotada e a mais rígida, prevê também a internação em centros de reeducação social por no máximo três anos.

5.1 Aplicabilidade das Medidas Socioeducativas

5.1.1 Advertência

Prevista no art.115 do ECA, é a medida mais branda a ser aplicada e consiste em uma admoestação verbal com o intuito de sensibilizar e elucidar o adolescente a respeito das consequências da reincidência infracional.

5.1.2 Obrigação de reparar o dano

Segundo o art. 116 do ECA, é a restituição da coisa por parte do adolescente, o ressarcimento dos danos e prejuízos causados a vítima, como por exemplo reparar o dano causado por pichações. Caso seja impossível, pode ser substituída por outra medida.

5.1.3 Prestação de serviço à comunidade

O art. 117 do ECA determina que o jovem em conflito com a lei realize tarefas gratuitas e de interesse comunitário, durante o período máximo de seis meses e oito horas semanais.

A obrigação será de acordo a aptidão do adolescente, da maneira que não cause danos a frequência escolar ou jornada de trabalho.

5.1.4 Liberdade assistida

Consiste que durante seis meses (prazo mínimo), o adolescente seja acompanhado por agentes sociais do Estado, os quais irão auxiliar e orientar.

É usada em situação em que, por exemplo, o adolescente esteja envolvido com drogas. Entende-se com essa medida, que o Estado deve se atentar com mais cuidado a esses indivíduos.

Conforme o art. 118, § 1º do ECA, o juiz designará o agente responsável para acompanhar o caso.

5.1.5 Semiliberdade

É uma medida restritiva de liberdade prevista no art. 120 do ECA, pode ser utilizada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto. O adolescente continua realizando atividades externas durante o dia e retorna para a entidade de atendimento no período noturno. Tem o prazo máximo de três anos de duração e precisa ser reexaminada a cada seis meses.

5.1.6 Internação

Só poderá ser aplicada nas hipóteses listadas no art. 122 do ECA, desde que demonstrada a necessidade. É a medida de mais rigor estabelecida pelo Estatuto, na qual o adolescente terá a restrição de liberdade em regime integral. Não excederá o prazo máximo de três anos de duração e deve ser reavaliada a cada seis meses.

6 PROPOSTAS CONTRAS A CRIMINALIDADE JUVENIL E A CONEXTUALIZAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

A visão dessa teoria é de que a desordem é a responsável por elevar os índices de crimes, compreendendo que a não repressão de pequenos delitos ou contravenções possam gerar condutas criminosas graves. Se a desordem em apenas um aspecto social já causa desequilíbrio, pode-se imaginar o caos da situação em que todas ou quase todas as circunstâncias estejam com a assistência reduzida, como a educação escolar e familiar, desemprego. Dessa forma, o Estado é quem deve atuar na organização e melhora desses fatores, na intenção de diminuir a criminalidade, sendo ela microcriminalidade ou macrocriminalidade.

6.1 Criação de Emprego e Renda para Jovens

Estimular, orientar e oferecer cursos profissionalizantes ao jovem, pode fazer com que ele se afaste da delinquência, não apenas isso, mas a efetiva contratação de emprego, faz criar uma perspectiva de vida e sonhar com um futuro brilhante. Essa contratação poderia partir de empresas, bancos, prefeituras ou outros órgãos públicos, de uma forma facilitada para a agilidade do processo. O advogado Ariel de Castro, assessor jurídico da ONG Aldeias Infantis SOS diz que os órgãos públicos não oferecem oportunidades, e quando oferecido, apresentam obstáculos para a contratação desses jovens. Afirma também que:

"O poder público não pode concorrer com o tráfico de drogas e o crime organizado apenas com conselhos e orientações. É importante oferecer oportunidades de inserção profissional no mercado de trabalho." (CASTRO, 2015)

6.2 Investir em Educação

Alves afirma que "A evasão escolar é o primeiro sinal de que o adolescente pode vir a se envolver com a criminalidade", sendo assim, é essencial o investimento na educação. Deve haver um acompanhamento específico com alunos que apresentar algum problema indisciplinar ou dificuldades, como o déficit de atenção e a hiperatividade.

Outra alternativa é a escola adotar a educação de período integral para crianças e adolescentes até o 9º ano, concedendo aulas de raciocínio lógico, sobre a

Constituição Federal, de línguas estrangeiras, de defesa pessoal, lutas, natação, atividades físicas, futebol, artesanato, enfim, aulas e ensinamentos que fazem com que o aluno sinta vontade de passar um tempo a mais na escola.

Aos alunos do Ensino Médio, as aulas deveriam acontecer em apenas um período (matutino, vespertino ou noturno), dando a eles, a possibilidade de trabalhar. Poderia também, ter programas implantados nas próprias escolas para a inserção desses adolescentes a empregos. Isso iria gerar até mais empregos e concursos para profissionais da área.

6.3 Apoio a Família

Uma família estruturada terá uma aptidão mais favorável no aconselhamento dos filhos, não que isso irá fazer com que o adolescente não se envolva com drogas ou outras ilegalidades, porém, é uma forma de diminuição. Para isso, seria necessário a criação de centros de atendimentos específicos para famílias com problemas com crianças e adolescentes, para que a assistência seja melhor aplicada em cada situação individual.

6.4 Melhor Reinserção Social dos Jovens Infratores

O ideal seria que o adolescente já saísse da internação com uma vaga de aprendiz ou de emprego garantida. E que em todo tempo que sentisse necessário, houvesse acompanhamento psicológico, no intuito de incentivar sua capacidade e autoestima, dando a ele a certeza de melhora de vida.

7 Considerações finais

Dada a importância do assunto, torna-se necessário uma reavaliação da plena aplicação do ECA. Quando uma criança ou adolescente cometem um crime (ato infracional), deve-se observar qual as causas e tentar de todas as maneiras interrompê-las.

Com o desenvolvimento desse trabalho, pode-se notar que são inúmeros os fatores que levam jovens a se envolverem em crimes. Em síntese, é um conjunto de aspectos, seja eles morais, sociais, psíquicos que interverem diretamente na formação dos pequenos infratores. Esses aspectos são decorrentes da desigualdade social, falta de oportunidades, condições de vida precárias, falta de educação, fácil acesso às drogas, ou seja, deixando-os mais vulneráveis e suscetíveis a recorrerem a ilegalidade na procura de bens e recursos.

É ao Estado que se deve atribuir a responsabilidade de cuidar dessa população atingida, e é somente Ele que tem o poder, com políticas públicas, de melhorar esse

cenário brasileiro. A Teoria das Janelas Quebradas baseia-se que “a desordem gera desordem”, sendo assim, por mais que um ato pareça pequeno e insignificante, é preciso que seja reprimido, para não ser o difusor de outros atos mais graves.

Com a frase “desordem gera desordem” pode-se entender também, que o Estado deve exercer sua função de instrumento de organização política na comunidade, com a efetiva aplicação da educação, ordem, controle social e, quando necessário, punição com o objetivo de educar, ensinar e ressocializar.

8 Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Miriam. et al. **Juventude, Violência e Vulnerabilidade Social na América Latina: Desafios para Políticas Públicas**. Brasília: UNESCO, BID, 2002. 192 p.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRESCOVIT, Denilson; PASQUALI, Giovance; TRENTO, Lucas. **O fenômeno da criminalidade e os mecanismos de proteção das crianças e do adolescente**. Disponível em:

<[file:///C:/Users/Oem/Documents/Universidade%20Brasil%20sem/TCC/21162-Texto%20do%20artigo-71377-1-10-20190624%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Oem/Documents/Universidade%20Brasil%20sem/TCC/21162-Texto%20do%20artigo-71377-1-10-20190624%20(1).pdf)>. Acesso em: 25 set. 2020.

CNJ **Serviço: o que são medidas socioeducativas?** Agência CNJ de Notícias, Brasília, 10 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-medidas-socioeducativas/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

FARIA, Daiana Leila. **A in/eficácia das medidas socioeducativas no Brasil previstas pelo estatuto da criança e do adolescente (eca) ante a crescente criminalidade infanto juvenil**. 2019. 42 p. Monografia (Graduação). Centro Universitário de Lavras, Lavras – MG, 2019.

FERREIRA, Eduardo; FINCO, Thalles. **Criminologia: fatores que implicam no adentramento no mundo do crime. Prevenção da delinquência e ressocialização**. Disponível em

: <<file:///C:/Users/Oem/Documents/Universidade%20Brasil%20sem/TCC/CRIMINOLOGIA%20FATORES%20QUE%20IMPLICAM%20NO%20ADENTRAMENTO%20NO%20MUNDO%20DO.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2020.

GARCIA, Wander; Garcia, Ana Paula; FLUMIAN, Renan. **Exame da OAB: Mapa Mentalizado**. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. 632 p.

LEMPP, Thomas. et al. **A avaliação clínica de crianças, adolescentes e suas famílias**. Disponível em:

<<file:///C:/Users/Oem/Documents/Universidade%20Brasil%208%20sem/TCC/A.5-Clinical-Examination-Portuguese-2020.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2020.

MONTINEGRO, Monaliza. **A desordem gera desordem**. Conheça a Teoria das Janelas Quebradas. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/05/26/a-desordem-gera-desordem-conheca-a-teoria-das-janelas-quebradas/>>. Acesso em: 20 set. 2020.

PELLEGRINI, Luis. **Janelas quebradas**: uma teoria do crime que merece reflexão. Disponível em:

<<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/146770896/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflexao>>. Acesso em: 20 set. 2020.

RAMOS, Maria Carolina. **As medidas socioeducativas previstas no ECA**.

Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/62862997-medidas-socioeducativas-previstas-no-eca>>. Acesso em: 26 set. 2020.

REIS, Kaiane. **Medidas socioeducativas**: responsabilizar é diferente de punir.

Disponível em : <<https://www.gesuas.com.br/blog/medidas-socioeducativas/><. Acesso em: 26 set. 2020.

SILVA, Cristina. **Adolescentes e criminalidade**: o estado da arte da produção do serviço social. 2018. 61 p. Monografia (Graduação). Universidade Federal de Ouro Preto Instituto de Ciências Sociais Aplicadas Departamento de Ciências Sociais, Jornalismo e Serviço Social Escola de Serviço Social, Mariana-MG, 2018.

TORTEGA, Flavia. **O que consiste a teoria das janelas quebradas?** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/381710932/o-que-consiste-a-teoria-das-janelas-quebradas>>. Acesso em: 20 set. 2020.

VARELLA, Drauzio. **A teoria das janelas quebradas**: crônicas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 226 p.

