



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

As Ciências Jurídicas e a Regulação das Relações Sociais 2

 **Atena**
Editora
Ano 2020



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

As Ciências Jurídicas e a Regulação das Relações Sociais 2

 **Atena**
Editora

Ano 2020

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação: Natália Sandrini

Edição de Arte: Lorena Prestes

Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná

Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Conselho Técnico Científico

Prof. Msc. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Msc. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adailson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Msc. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Msc. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Prof. Msc. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Msc. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Prof. Msc. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Msc. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Msc. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Msc. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Msc. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof^a Msc. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Msc. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Prof. Msc. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Msc. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Prof^a Msc. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Prof^a Dr^a Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Msc. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Msc. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Msc. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Prof^a Msc. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof^a Msc. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

C569 As ciências jurídicas e a regulação das relações sociais 2 [recurso eletrônico] / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2020. – (As Ciências Jurídicas e a Regulação das Relações Sociais; v. 2)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7247-919-6

DOI 10.22533/at.ed.196201701

1. Direito – Brasil. 2. Direito – Filosofia. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná - Brasil
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Congregando discussões de suma relevância para o cenário jurídico e social dentro da contemporaneidade, bem como dos dilemas impostos pela mutação constante das ações humanas derivadas dos entrelaçamentos interpessoais, apresentamos a obra **As Ciências Jurídicas e a Regulação das Relações Sociais – Vol. II**, esta que une vinte e nove capítulos de pesquisadores de diversas instituições.

O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA, de Thaianie Magiole Freitas e Guilherme Augusto Giovanoni da Silva, versa sobre a interface constitucional no âmago do direito penal pátrio a partir da expectativa de inclusão da parcela excluída da população no processo decisório nacional, o que, por si só, já representa(ria) a efetivação de direitos básicos o indivíduo enquanto sujeito de direitos e que devem ser assegurados pelo estado. Ainda no campo do direito penal e a sua relação com o eixo constitucional, **A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS PROCESSOS DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**, de Murilo Pinheiro Diniz, Alexandre Jacob e Bruna Miranda Louzada Aprígio, discute a principiologia da insignificância para o tipo previsto na Lei n. 11.343/2006, especificamente no seu art. 28, enquanto que, em **USO DE DROGAS: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SP NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PERSPECTIVA DE DESCRIMINALIZAÇÃO**, de Daniel José de Figueiredo e Doacir Gonçalves de Quadros, há o evocar da condição tradicional da política brasileira sobre drogas que é marcada pelo viés proibicionista e o confrontar com a perspectiva de saúde pública.

Os Juizados Especiais Criminais fazem parte do estudo **O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO N° 154/2012**, de Marcia Conceição dos Santos, que problematiza os valores pecuniários oriundos da transação penal firmados nesses espaços da justiça criminal. **ESTUDO DOS CRIMES DE IDENTIDADE FALSA E USO DE DOCUMENTO FALSO: DISTINÇÕES CONCEITUAIS E ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDUITAS DELITUOSAS SOB O MANTO DA AUTODEFESA**, de Eduarda Caroline Moura Alves e Letícia da Silva Andrade Teixeira, aborda as diferenciações dos tipos de crime de documento falso e o de falsa identidade devidamente registrados na legislação penal. Tratando sequencialmente ainda de crimes em espécie, temos **O INFANTICÍDIO NAS TRIBOS INDÍGENAS BRASILEIRAS: O DIREITO À VIDA FRENTE AO RESPEITO À CULTURA INDÍGENA**, de Murilo Pinheiro Diniz, Alexandre Jacob e Raquel Nogueira de Assis Ebner, que destina observações para as sobreposições de conceitos, direitos e garantias quando versa

sobre cultura indígena, garantias constitucionais e direito à vida.

Voltados para direito penal, violência de gênero e mecanismos para diminuição de índices letais, são expostos em **PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: VIOLAÇÃO E EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER**, de Ana Beatriz Coelho Colaço de Albuquerque e Ellen Laura Leite Mungo, e **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, UM ÓBICE QUE ULTRAPASSA GERAÇÕES**, de Matheus Alberto Rondon e Silva e Carolina Dal Ponte Carvalho, temas de significado valor para uma sociedade predominantemente marcada com as tintas do patriarcado e que ainda reluta em reconhecer as singularidades, direitos e vozes dos demais outros que foram mantidos silenciados historicamente. E, dentro desse rol de outros sociais, está a mulher, esta que a cultura tenta conservar na sombra do silêncio por meio do exercício contumaz da violência nos seus mais diversos modos de ação ou omissão. Indicando um avanço nas barreiras sociais rompidas pelo universo feminino na contemporaneidade, e mesmo assim apontando a persistência de desigualdades, Bruna Paust Reis e Letícia Ribeiro de Oliveira apresentam **A INSERÇÃO DO GÊNERO FEMININO NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS NO SÉCULO XXI** com a presença das mulheres no universo das forças armadas nacionais.

Alcançando outro eixo social que o direito demonstra bastante preocupação, atenção e disposição para acompanhar a atualização frequente e voraz, partimos para a interação com a tecnologia. **BIG DATA E PROTEÇÃO DE DADOS: O DESAFIO ESTÁ LANÇADO**, de Vinicius Cervantes e David Fernando Rodrigues, frisa, por meio de regulações inicialmente estrangeiras, a preocupação atual no que diz respeito a um regramento capaz de salvaguardar a proteção de dados pessoais na sociedade amplamente digital que é a que nos encontramos. **AVANÇO TECNOLÓGICO, INTERNET, CRIMES INFORMÁTICOS, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**, de Solange Teresinha Carvalho Pissolato e Gabriela Magalhães Rupolo, presta e foca esforços em crimes digitais informáticos e o andamento da legislação pátria para o tema, como o caso do Marco Civil da Internet. Marcado na privacidade e proteção de dados, informações e sujeitos, temos também **INTERNET DAS COISAS E PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS**, de João Antônio de Menezes Perobelli e Rosane Leal da Silva.

Direito, moda e marca, de igual forma, encontram espaço nas discussões que permeiam direito e regulação e é devido a isso que **A PIRATARIA E A INFLUÊNCIA NA INOVAÇÃO DAS GRANDES MARCAS**, de Angélica Rosa Fakhouri, analisa, a partir desses três eixos apontados, questões sobre cópias, produção diversificada, pirataria, baixo custo, inovação e necessidade de ampliação da regulação jurídica para o caso em debate. Tratando de mercado, capital e empresas, **DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO CAPITAL DE GIRO**, de Bruno Teixeira Maldonado e Carlos Cristiano Brito Meneguini, defende que penhoras e expropriações devem ser evitadas

ao máximo quando se tratar de ações contra empresas, posto que os aludidos recursos objetos de possíveis restrições refletem, na verdade, meio indispensável para continuidade e preservação do ato empresarial.

Perpassando a realidade contratual e alcançando também o direito sucessório, **O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL**, de Murilo Pinheiro Diniz, Alexandre Jacob e Jaciara de Souza Lopes, aponta para a inexistência de legislação específica para o ponto em questão e da necessidade do seu estabelecimento, evitando assim querelas futuras derivadas dessa lacuna legislativa. **DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**, de Janaína Tomasi Almeida Dal Molin e Italo Schelive Correia, traz jurisprudência dos tribunais superiores para refletir sobre a equiparação em casos de cônjuges e companheiros.

Previdência social corresponde a um dos temas do momento, este amplamente visualizado nas redes sociais, noticiários televisivos, impressos ou digitais, mas que continua a gerar imensas dúvidas, preocupações e expectativas na maioria dos brasileiros. Nesse tema trazemos **A INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS: UM ALCANCE DA GLOBALIZAÇÃO QUE CONTRIBUI PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**, de Daiane Dutra Rieder, **A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E DEVER DO ESTADO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**, de Bruno Teixeira Maldonado e Carlos Cristiano Brito Meneguini, que apontam os direitos oriundos da seguridade social como exercício da efetividade dos direitos humanos internacionalmente defendidos e garantidos, bem como a o desenvolvimento de ações de políticas públicas que garantam o acesso à assistência social corresponde a imposição da própria constituição atual.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma das temáticas defendidas e que a constituição prega a defesa não só pelo estado, mas também pela sociedade enquanto sujeitos individuais e sujeitos empresariais. Desse modo, **NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO: DISTINÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ECOCENTRISMO E ANTROPOCENTRISMO**, de Vinicius Alves Pimentel Curti, Kléber de Souza Oliveira e Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque, buscam, por meio de conceitos como ecocentrismo e antropocentrismo, evidenciar o que a constituição defende desde o seu nascedouro e que os homens que hoje a interpretam insistem em não compreender: a natureza é sujeito de direito; afinal, se temos que protege-la, é direito dela ser zelada, algo até óbvio nessa sociedade da ilógico permanente. Dentre os mecanismo de proteção, está o poder de polícia no exercício de atos de prevenção e precaução, como aduz Eduardo Nieneska em **O DEVER-PODER DE POLÍCIA LEGITIMADO PELO DEVER-PODER NORMATIVO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**. No cenário mais

que atual, cotidiano, de autorizações mais que frequentes, por parte do estado brasileiro, para uso de agrotóxicos danosos à saúde, **AGROTÓXICOS NO BRASIL: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**, de Carolyn Haddad, Daniel Stefani Ribas, Gabriela Albuquerque Pereira e Raphaella Joseph Mariano e Silva, denuncia a utilização como sendo uma violação aos direitos fundamentais e que urge a necessidade de moderação no uso. **O PAPEL DO ORÇAMENTO FEDERAL COMO INSTRUMENTO NA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS LIGADAS AO COMBATE DA DESERTIFICAÇÃO**, de Ana Paula Henriques da Silva, reflete sobre a destinação orçamentária para execução de políticas de assistência devido a condição desfavorável do meio ambiente no qual estão instaladas populações e cidades do país, este que ocorre também por “auxílio” do homem no executar o mau uso do meio ambiente que resulta em inúmeras ocorrências que, se outrora respeitado, jamais viríamos ou vivenciaríamos. Ainda com uma discussão voltada para os direitos humanos, mas centrada nas condições de moradia, convidamos para a leitura da colaboração de Adriana Nunes de Alencar Souza, **HABITAÇÃO EFÊMERA E DIREITO À MORADIA**.

Na seara do processo civil, aqui trazemos **TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC: DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PROCESSUAL EFETIVA, TEMPESTIVA E PROMOTORA DE RESPOSTAS CORRETAS**, de Hígor Lameira Gasparetto e Cristiano Becker Isaia, e **A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966**, de Thiago André Marques Vieira e Larissa da Luz, textos que examinam o instituto em questão a partir da ótica da efetividade e tempestividade, princípios básicos e necessários para a razoável garantia e exercício do direito que é pleiteado.

A PERVERSÃO DA LEI – ANÁLISE DO LIVRO A LEI DE FRÉDÉRIC BASTIAT, de Higor Soares da Silva e Bruno Santana Barbosa, examina conceitos como lei, justiça, estado a partir das contribuições do economista francês. E, por fim, mas não menos importante, **A APLICABILIDADE DO MÉTODO PBL NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO**, de Ana Flávia Martins François, Gabriela Martins Carmo e Mário Parente Teófilo Neto, desenvolve considerações para o uso do método de aprendizado baseado em problema para o estabelecimento de mudança qualitativa no ensino jurídico.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	
Thaiane Magiole Freitas Guilherme Augusto Giovanoni da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.1962017011	
CAPÍTULO 2	16
A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS PROCESSOS DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL	
Murilo Pinheiro Diniz Alexandre Jacob Bruna Miranda Louzada Aprígio	
DOI 10.22533/at.ed.1962017012	
CAPÍTULO 3	29
USO DE DROGAS: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SP NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PERSPECTIVA DE DESCRIMINALIZAÇÃO	
Daniel José de Figueiredo Doacir Gonçalves de Quadros	
DOI 10.22533/at.ed.1962017013	
CAPÍTULO 4	41
O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO N° 154/2012	
Marcia Conceição dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.1962017014	
CAPÍTULO 5	56
ESTUDO DOS CRIMES DE IDENTIDADE FALSA E USO DE DOCUMENTO FALSO: DISTINÇÕES CONCEITUAIS E ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS DELITUOSAS SOB O MANTO DA AUTODEFESA	
Eduarda Caroline Moura Alves Letícia da Silva Andrade Teixeira	
DOI 10.22533/at.ed.1962017015	
CAPÍTULO 6	61
O INFANTICÍDIO NAS TRIBOS INDÍGENAS BRASILEIRAS: O DIREITO À VIDA FRENTE AO RESPEITO À CULTURA INDÍGENA	
Murilo Pinheiro Diniz Alexandre Jacob Raquel Nogueira de Assis Ebner	
DOI 10.22533/at.ed.1962017016	
CAPÍTULO 7	73
PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: VIOLAÇÃO E EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER	
Ana Beatriz Coelho Colaço de Albuquerque Ellen Laura Leite Mungo	
DOI 10.22533/at.ed.1962017017	

CAPÍTULO 8	83
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, UM ÓBICE QUE ULTRAPASSA GERAÇÕES	
Matheus Alberto Rondon e Silva	
Carolina Dal Ponte Carvalho	
DOI 10.22533/at.ed.1962017018	
CAPÍTULO 9	85
A INSERÇÃO DO GÊNERO FEMININO NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS NO SÉCULO XXI	
Bruna Paust Reis	
Letícia Ribeiro de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.1962017019	
CAPÍTULO 10	94
BIG DATA E PROTEÇÃO DE DADOS: O DESAFIO ESTÁ LANÇADO	
Vinicius Cervantes	
David Fernando Rodrigues	
DOI 10.22533/at.ed.19620170110	
CAPÍTULO 11	99
AVANÇO TECNOLÓGICO, INTERNET, CRIMES INFORMÁTICOS, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	
Solange Teresinha Carvalho Pissolato	
Gabriela Magalhães Rupolo	
DOI 10.22533/at.ed.19620170111	
CAPÍTULO 12	115
INTERNET DAS COISAS E PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS	
João Antônio de Menezes Perobelli	
Rosane Leal da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.19620170112	
CAPÍTULO 13	124
A PIRATARIA E A INFLUÊNCIA NA INOVAÇÃO DAS GRANDES MARCAS	
Angélica Rosa Fakhouri	
DOI 10.22533/at.ed.19620170113	
CAPÍTULO 14	130
DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO CAPITAL DE GIRO	
Bruno Teixeira Maldonado	
Carlos Cristiano Brito Meneguini	
DOI 10.22533/at.ed.19620170114	
CAPÍTULO 15	143
O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL	
Murilo Pinheiro Diniz	
Alexandre Jacob	
Jaciera de Souza Lopes	
DOI 10.22533/at.ed.19620170115	

CAPÍTULO 16	156
DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	
Janaína Tomasi Almeida Dal Molin Italo Schelive Correia	
DOI 10.22533/at.ed.19620170116	
CAPÍTULO 17	178
A INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS: UM ALCANCE DA GLOBALIZAÇÃO QUE CONTRIBUI PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
Daiane Dutra Rieder	
DOI 10.22533/at.ed.19620170117	
CAPÍTULO 18	188
A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E DEVER DO ESTADO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988	
Bruno Teixeira Maldonado Carlos Cristiano Brito Meneguini	
DOI 10.22533/at.ed.19620170118	
CAPÍTULO 19	204
NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO: DISTINÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ECOCENTRISMO E ANTROPOCENTRISMO	
Vinicius Alves Pimentel Curti Kléber de Souza Oliveira Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque	
DOI 10.22533/at.ed.19620170119	
CAPÍTULO 20	212
O DEVER-PODER DE POLÍCIA LEGITIMADO PELO DEVER-PODER NORMATIVO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO	
Eduardo Neineska	
DOI 10.22533/at.ed.19620170120	
CAPÍTULO 21	232
AGROTÓXICOS NO BRASIL: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Carolyna Haddad Daniel Stefani Ribas Gabriela Albuquerque Pereira Raphaella Joseph Mariano e Silva	
DOI 10.22533/at.ed.19620170121	
CAPÍTULO 22	245
O PAPEL DO ORÇAMENTO FEDERAL COMO INSTRUMENTO NA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS LIGADAS AO COMBATE DA DESERTIFICAÇÃO	
Ana Paula Henriques da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.19620170122	
CAPÍTULO 23	256
HABITAÇÃO EFÊMERA E DIREITO À MORADIA	
Adriana Nunes de Alencar Souza	
DOI 10.22533/at.ed.19620170123	

CAPÍTULO 24	269
TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC: DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PROCESSUAL EFETIVA, TEMPESTIVA E PROMOTORA DE RESPOSTAS CORRETAS	
Hígor Lameira Gasparetto Cristiano Becker Isaia	
DOI 10.22533/at.ed.19620170124	
CAPÍTULO 25	278
A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966	
Thiago André Marques Vieira Larissa da Luz	
DOI 10.22533/at.ed.19620170125	
CAPÍTULO 26	293
A PERVERSÃO DA LEI : ANÁLISE DO LIVRO A LEI DE FRÉDÉRIC BASTIAT	
Higor Soares da Silva Bruno Santana Barbosa	
DOI 10.22533/at.ed.19620170126	
CAPÍTULO 27	302
A APLICABILIDADE DO MÉTODO PBL NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO	
Ana Flávia Martins François Gabriela Martins Carmo Mário Parente Teófilo Neto	
DOI 10.22533/at.ed.19620170127	
CAPÍTULO 28	309
ROTULAGEM DETALHADA DOS ALIMENTOS COMO DIREITO DO CONSUMIDOR	
Eid Badr Natalia Marques Forte	
DOI 10.22533/at.ed.19620170128	
CAPÍTULO 29	326
AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO ÉTNICA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 186 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE ELIMINAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL	
Gilson Tavares Paz Júnior	
DOI 10.22533/at.ed.19620170129	
SOBRE O ORGANIZADOR	338
ÍNDICE REMISSIVO	339

O REFLEXO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Data de aceite: 12/12/2018

Data de submissão: 13/10/2019

Thaiane Magiole Freitas

Faculdades Integradas Vianna Júnior

Juiz de Fora – MG

<https://orcid.org/0000-0002-7464-6096>

Guilherme Augusto Giovanoni da Silva

Faculdades Integradas Vianna Júnior

Juiz de Fora – MG

<https://orcid.org/0000-0001-9359-0182>

RESUMO: O presente estudo consiste na análise do impacto da teoria da Constitucionalização Simbólica no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em relação ao direito penal. A discussão em torno do tema é despertar questionamentos sobre a atual crise de representatividade e da falta de segurança pública que sofre a sociedade brasileira. O presente trabalho foi elaborado através de pesquisas bibliográficas em doutrinas, artigos, revistas científicas, Constituição Federal, Código Penal, sites da internet, notícias, relatórios, dentre outros meios que se mostraram necessário. Diante da análise do tema, concluiu-se que para fugir do caráter

meramente simbólico da lei e assim, atender efetivamente aos anseios sociais, o Estado deve criar mecanismos de concretização da lei, o que exige uma mudança estrutural da sociedade, onde busca-se incluir a população excluída do processo decisório do país para o centro deste.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização Simbólica. Direito Penal Simbólico. Lei Simbólica no Brasil.

THE REFLECTION OF SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION IN BRAZILIAN CRIMINAL LEGISLATION

ABSTRACT: The present study consists of an analysis of the impact of the theory of symbolic constitutionalization on the Brazilian legal system, especially in relation to criminal law. The discussion around the theme is to raise questions about the current crisis of representativeness and the lack of public security that suffers Brazilian society. The present work was elaborated through bibliographical research in doctrines, articles, scientific journals, Federal Constitution, Penal Code, internet sites, news, reports, among other means that were necessary. Given the analysis of the theme, it was concluded that in order to escape from the

merely symbolic character of the law and thus, effectively meet the social aspirations, the State must create mechanisms for the implementation of the law, which requires a structural change in society, where it seeks include the population excluded from the country's decision-making process to the center of the country.

KEYWORDS: Symbolic Constitutionalization. Symbolic Criminal Law. Symbolic Law in Brazil.

1 | INTRODUÇÃO

Atualmente a sociedade brasileira passa por uma crise de representatividade, falta de segurança pública e conseqüentemente descrença em relação ao poder público que não consegue atender as expectativas sociais. Dessa forma, busca-se no presente trabalho analisar a teoria da Constitucionalização Simbólica como forma de resposta aos referidos problemas da sociedade brasileira. Afinal, se temos uma Constituição que nos garante um extenso rol de direitos e garantias, onde revela dispositivos que visam incluir parcelas da população ao acesso desses direitos, por que nos deparamos com uma realidade excludente? Quais seriam as dificuldades encontradas para efetivação de direitos constitucionalmente garantidos? E por que nossas leis penais, por mais elaboradas que sejam, não conseguem combater o aumento da criminalidade?

Para analisar tais reflexões, este trabalho foi realizado a partir de pesquisas bibliográficas de doutrinas brasileiras, artigos científicos, documentos informativos retirados de sites, assim como consulta a Constituição brasileira e Código Penal brasileiro.

De forma a se buscar respostas para a sociedade e para contribuir com estudos acadêmicos, o presente trabalho foi dividido em duas partes. A primeira analisará a Teoria da Constitucionalização Simbólica, seus tipos e efeitos, principalmente em relação a atual Constituição brasileira, e os problemas de falta de concretização desta. Na segunda e última será exposto o estudo do Direito Penal Simbólico, demonstrando exemplos de leis penais simbólicas e analisando seus efeitos na sociedade.

2 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBOLICA E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURIDICO

2.1 Conceito de Constituição e Legislação Simbólica

O autor, Marcelo Neves, em sua obra “ A Constitucionalização Simbólica”, delimita o sentido da palavra “simbólico” empregado no contexto da legislação e

da constitucionalização simbólica. Nesse contexto, dispõe que o termo “simbólico” representa um sentido alegórico mais forte do que o sentido real. De modo geral uma legislação ou constituição é considerada simbólica quando sua função política tem mais força que sua função normativo-jurídica.

Importante destacar que uma lei ou constituição sempre apresenta uma função política, ou seja, têm uma carga simbólica, mas não significa que toda lei ou constituição é simbólica, pois só poderá assim ser considerada quando sua função política tiver mais força do que sua função normativo-jurídica. E em relação a Constituição, esta somente será reconhecida como simbólica quando tiver força para comprometer todo o sistema que está inserida e não quando apresentar alguns dispositivos carentes de concretização e eficácia.

Conclui-se que na legislação ou na constituição simbólica há uma hipertrofia (excesso) da função político simbólica sobre a força normativo-jurídica do dispositivo legal.

Apesar do sentido “simbólico” ser empregado de forma idêntica tanto no contexto da legislação simbólica quando da constitucionalização, o autor diferencia o conceito de ambas.

Para o referido autor a legislação simbólica é o excesso de disposições carentes de aplicabilidade e a insuficiência de materialização das normas. Ou seja, há um excesso de criação de leis que servem apenas para normatizar juridicamente determinada questão social, dando a aparência para a sociedade de implementação de determinado direito no sistema jurídico.

Porém, o estudo da legislação simbólica se mostra complexo na medida em que a lei é analisada sob influências de um ambiente social incutido de sistemas jurídico e político, no qual mostra que a atuação do Estado através de sua atividade legiferante é um instrumento seguro de controle social (NEVES, 2011).

É certo que o sistema jurídico e político de uma sociedade possui íntima relação, afetando conseqüentemente a elaboração de leis do Estado, que passa a produzir normas com a finalidade não só de se adequar a realidade social que está inserida, como também visa, primariamente, alcançar objetivos políticos e não de caráter meramente normativo-jurídico (NEVES, 2011).

O autor ressalta que para fugir do caráter meramente simbólico da lei, o legislador deveria além de criar a norma, criar mecanismos de efetivação da mesma. Pois de nada adianta o legislador produzir normas, se as mesmas não possuem condições de sozinhas produzir eficácia.

Evidentemente, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar nenhuma providencia no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indícios de legislação simbólica (NEVES, 2011, p.30)

A legislação simbólica é utilizada em casos específicos e pontuais, portanto, se difere da constitucionalização simbólica, pois esta possui um conceito mais amplo, causando impactos nas dimensões sociais, temporais e materiais no âmbito a qual está inserida. E ainda, devido ao seu mais alto grau hierárquico no ordenamento jurídico, causa impacto em todas as leis, ou seja, quando a Constituição apresenta uma carga simbólica muito forte em detrimento de uma carga jurídica fraca, compromete toda sua estrutura operacional, visto que a Constituição apresenta o processo mais amplo de normatização do direito positivo (NEVES, 2011).

Ainda em relação ao conceito de constitucionalização simbólica, o autor apresenta duas abordagens a respeito do tema: a constitucionalização simbólica em sentido negativo e a constitucionalização simbólicas em sentido positivo (NEVES, 2011).

A Constitucionalização simbólica em sentido negativo é aquela que traz em seu corpo, dispositivos que faltam concretização de forma generalizada, sendo que essa falta de concretização constitucional engloba tanto os participantes diretos da interpretação e aplicação da constituição, quanto a sociedade (NEVES, 2011).

O efeito da Constitucionalização simbólica em sentido negativo é a não-inclusão de uma parte da sociedade no processo de concretização constitucional, em decorrência não só dos constantes desvios de finalidade desta, mas também em decorrência de sua violação continua e sistematicamente (NEVES, 2011).

Dessa maneira, ao texto constitucional includente contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do “público”, não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional, ou no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material (NEVES, 2011, p. 94).

Ademais, tem-se a constitucionalização em sentido positivo que tem como função desempenhar um papel político-ideológico de destaque. Ou seja, a constituição que adota em seu texto valores como liberdade, igualdade, participação e etc; revela uma função ideológica, que na verdade reflete ilusões dotadas de convicções comuns (NEVES, 2011).

Sua função engloba esses dois momentos: de um lado, sua função não é regular as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas de outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos. Isso pode ser a reverencia retórica diante de determinados valores (democracia, paz). Pode tratar-se também de propaganda perante o estrangeiro (NEVES, 2011, p. 96).

Esse tipo de constitucionalização simbólica esbarra-se em um problema grave: o de que só seria possível a concretização do modelo previsto na constituição se a mesma estivesse sob condições sociais totalmente favoráveis, ou seja, seria necessária uma profunda transformação da sociedade (NEVES, 2011).

Tem se, portanto, que a constitucionalização simbólica sob uma função

ideológica, encontra limites, pois se depara com a discrepância entre a ação política e o discurso constitucionalista.

Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais (NEVES, 2011, p. 99).

O conceito de “simbólico” não se confunde com o “ideológico”, pois apesar da função simbólica da legislação ter um papel de destaque em relação a tomada de consciência da sociedade, essa função, em alguns casos contribuiu para a conquista e ampliação de direitos. Porém, em relação a constitucionalização álibi a linha entre o “simbólico” e o “ideológico” é muito tênue, visto que compromete o processo crítico de desenvolvimento de consciência jurídica, impedindo que o sistema político busque outras formas de solução de problemas sociais se não a lei. A lei nesse caso sempre é vista como forma de solução para as reclamações sociais, mas na verdade essa medida sempre transfere o problema para um futuro remoto, pois para efetivamente solucionar o problema teria que haver mudanças profundas de caráter estrutural, de modo a se pensar mecanismos para concretizar a lei (NEVES, 2011).

2.2 Os Tipos de Legislação e Constituição Simbólica

Um trabalho realizado por Kindermann revelou que algumas normas apresentava um grau de hipertrofia simbólica mais elevado que a força normativo-jurídico desta. Diante disso surgiu a necessidade de classificar os tipos de legislação simbólica, visto que estas se apresentavam de diversas formas (*apud* NEVES, 2011).

Por que o Estado cria leis que não terão eficácia no plano fático social? Com base no modelo tricotômico que diferencia as tipologias da legislação simbólica, uma lei simbólica pode surgir para: confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado ou para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios (NEVES, 2011).

A legislação simbólica utilizada para confirmar valores sociais é encontrada nos casos em que uma lei proibitiva ou permissiva foi elaborada por influência de determinados grupos que visam obter uma “vitória legislativa” como forma de demonstrar a “superioridade” de seu valor moral em detrimento de valores de outros grupos. Pouco importa nesse caso, se a lei possui força normativa na sociedade, ela é criada com a mera intenção de confirmar o grau de predominância de determinado grupo da sociedade, a mera publicação e positivação da lei, já atende as expectativas do grupo “vitorioso” (NEVES, 2011).

O mencionado autor apresenta a título de exemplo de legislação simbólica que teve como finalidade confirmar valores sociais, o caso da “lei seca” que ocorreu nos Estados Unidos. A denominada “lei seca” que vigorou pelo período de 1920 a 1933, e proibiu a fabricação, transporte e comercialização de bebidas alcoólicas e contraditoriamente, no período de sua proibição foi a época em que mais se consumiu bebida alcoólica nos Estados Unidos.

O caso da “lei seca” foi estudado por Gusfield, que constatou que os defensores da proibição do consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados em saber quais efeitos a norma proibitiva produziria, o que realmente interessava para o grupo defensor da norma proibitiva, era o de obter maior respeito social em virtude da proibição do consumo de bebidas alcoólicas. Visto que o conflito sobre a legalização e proibição se dava entre protestantes (nativos), defensores da lei proibitiva, e católicos (imigrantes) defensores da legalização e descriminalização de bebidas alcoólicas (*apud* NEVES, 2011).

Já a legislação álibi tem como finalidade fortalecer a confiança dos cidadãos em seus respectivos representantes de governo ou Estado, dando assim credibilidade para o sistema político e jurídico que rege a sociedade.

Quando surge na sociedade um problema ou fato que causa uma grande comoção pública, os legisladores, se sentindo pressionados perante exigências da população, encontram como forma de solução para o problema, a elaboração de uma lei. Essa lei tem como objetivo acalmar os ânimos e tranquilizar a população, servindo somente para satisfazer as expectativas da população que espera uma resposta do Estado. Ocorre que o Estado sem o mínimo de condição para concretizar esta norma, que daria uma efetiva solução para o problema, encontra a solução e resposta para a sociedade na simples positividade de uma lei no ordenamento jurídico, pouco importando se essa terá efeitos práticos (NEVES, 2011).

Neves (2011, p. 37) exemplifica como funciona a legislação álibi, mostrando de forma genérica o que muitas vezes ocorre em períodos eleitorais, em que os políticos tendo que prestar contas de seu desempenho no governo, mencionam quantos projetos de leis participaram e quantos fizeram parte, ficando no plano secundário se a lei elaborada alcançou os efeitos socialmente previstos ou não. Os políticos através desta prática buscam dar a aparência para a população de que suas expectativas foram atendidas, sendo o Estado, portanto merecedor da confiança do cidadão aos seus governantes.

O mencionado autor analisa a aplicação da legislação-álibi no caso da legislação penal brasileira, e preleciona que as constantes reformas das leis penais surgem com a finalidade de acalmar a pressão pública que exige uma postura mais rígida do Estado em relação a crimes específicos. E como forma de atender as expectativas da sociedade brasileira, o Estado encontra respaldo em uma reação

simbólica, qual seja, a criação de uma lei mais rígida, mas que em nada impactará no cenário da criminalidade de forma a diminuí-lo. Nesse sentido, o doutrinador Neves, brilhantemente faz a seguinte crítica:

Também em relação à escala da criminalidade no Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor (2011, p. 38).

Portanto, a legislação-álibi visa convencer os cidadãos de que o Estado possui intenções positivas ao “solucionar” o problema através da lei. Porém, a solução do problema não depende de criação de lei, e sim da interferência de outros sistemas referentes a questão estrutural do Estado. Neves, portanto, diz que: “Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constituiu uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função “ideológica” (NEVES, 2011, p. 39).

Porém, essa forma de solucionar o problema muitas das vezes se volta contra o próprio Estado. Pois, quando o Estado cria excessivas normas sem o devido mecanismo para sua concretização, leva o povo a desacreditar do sistema jurídico, se sentindo, portanto, enganados.

Por fim, é importante salientar que a legislação-álibi nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. “Quando mais ela for empregada, tanto mais frequentemente fracassará”. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à “descrença” no próprio sistema jurídico, “transtorna persistentemente a consciência jurídica”. Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos (NEVES, 2011, p. 39)

Já a legislação simbólica como formula de compromisso dilatório serve para adiar a resolução de conflitos, transportando a solução deste para um futuro indeterminado. Decorre de situações em que não existe possibilidade de efetivação de uma norma, mas existe um intenso debate de que aquela situação precisa ser regulamentada. Então, como forma de dar uma resposta a sociedade, o Estado cria uma lei mas que na prática é impossível sua efetivação, ou seja, cria-se um texto de lei sem força normativa (NEVES, 2011).

De modo geral a legislação simbólica pode se dar em um sentido negativo ou em um sentido positivo. Os efeitos da legislação simbólica em seu sentido negativo se apresentam quando há falta de eficácia e de vigência social da norma. E em seu sentido positivo, quando a norma produz efeitos expressivos de natureza política e não puramente jurídica.

A constitucionalização simbólica, assim como a legislação simbólica se

manifesta sob três aspectos, temos a constitucionalização simbólica para confirmar valores sociais, a constitucionalização simbólica como fórmula de compromisso dilatório e a constitucionalização-álibi.

A constitucionalização para confirmar valores sociais ocorre nos casos em que são positivados dispositivos constitucionais que mesmo não possuindo relevância prática, servem apenas para confirmar crenças e valores de determinados grupos em detrimento de outro (NEVES, 2011).

Na constitucionalização simbólica como fórmula de compromisso dilatório, a constituição apresenta dispositivos evasivos, que não possuem uma decisão objetiva a ser alcançada, mas sim normas que transferem a problema para o futuro. (NEVES, 2011).

Por fim, a constitucionalização simbólica como álibi é aquela que age em favor de agentes políticos, de modo que surge para responder exigências sociais, em que é incorporado ao texto constitucional conquistas de aspectos liberais, sociais e democráticos. Esse tipo de constituição geralmente surge após períodos ditatoriais, porém, não é realizado uma análise para verificar se existe uma estrutura social capaz de concretizar o positivado no texto constitucional (NEVES, 2011).

2.3 A Constitucionalização Simbólica na Constituição de 1988

A Teoria da Constitucionalização simbólica foi desenvolvida de modo a adequar-se à realidade dos países da modernidade periférica, o que contribui para uma análise sincera da teoria em face de constantes importações de institutos estrangeiros que não se mostram coerentes frente a realidade e a peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

Atualmente há uma enorme discussão sobre a crise da democracia brasileira e a crescente insatisfação com a falta de concretização do texto constitucional, o que nos leva na presente análise à verificação da atribuição de problemas da atualidade ao caráter simbólico da Constituição de 1988, tendo em vista o domínio do sistema político sobre o sistema jurídico na realidade do Estado brasileiro. (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

Primeiramente, um ponto que merece destaque por ser constante na história das Constituições brasileiras é o fato de que no Brasil as Constituições são permanentemente reformadas ou emendadas. Ao longo da história tivemos um total de 8 Constituições (inclui-se aqui a Emenda Constitucional nº 1 de 1969). E em relação a Constituição de 1988 temos como período recordista em emendas o governo de Fernando Henrique Cardoso, com 35 emendas, seguido de Luís Inácio Lula da Silva, com 27 (VILLA, 2011).

O historiador Marco Antônio Villa em “*A História das Constituições Brasileiras*”, mostra o seu desejo em relação a sua obra: demonstrar a distância existente entre

os textos constitucionais brasileiros e a realidade social da época, e a consequência disso no modo de fazer política no Brasil. Nesse sentido expõe o seguinte:

Tivemos sete Constituições, uma no Império (1824) e seis na República (1891,1934,1937,1946,1967, e 1988). Pode ser acrescentada ainda à lista a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, tendo em vista o número de alterações realizadas na Constituição de 1967. Se cada uma teve suas peculiaridades, o conjunto desses textos foi marcado pela dissociação com o Brasil real (VILLA, 2011, p. 13).

Essas constantes reformas e emendas à Constituição demonstram uma função simbólica, visto que em relação aos problemas sociais e políticos do Brasil, a culpa sempre recai sobre a Constituição, como se a reforma ou emenda desta solucionasse todo o problema (RODRIGUES, 2011).

Porém, isso oculta o fato de que os reais problemas do Brasil se esbarram na falta de condições sociais para a concretização de dispositivos constitucionais. A real solução implicaria em uma mudança das estruturas sociais que visasse a inclusão da população excluída do processo de transformações sociais para o centro de decisão política do Estado, a consequência disso seria a efetivação de diretrizes do Estado democrático de Direito e conseqüentemente a real concretização da Constituição (RODRIGUES, 2011).

Tudo isso nos revela que a Constituição no Brasil não é vista como uma “lei maior” a ser seguida, ao contrário, reiteradas reformas e emendas nos mostram que a Constituição é utilizada como massa de manobra pelos agentes políticos, que ao invés de se submeterem a essa, a utilizam como forma de promoção pessoal, para angariar votos ou passar a imagem de confiabilidade e credibilidade de seu governo. A título de exemplo (recente), podemos mencionar o plano de governo do candidato à Presidência, Fernando Haddad, o qual dispunha que se eleito proporia um novo processo constituinte “para assegurar as conquistas da Constituição de 1988”.

Em relação as classificações das constitucionalizações simbólicas: a) constitucionalização simbólica destinada à corroboração de valores sociais; b) Constituição como fórmula de compromisso dilatatório; c) constitucionalização-álibi, temos que a Constituição de 1988 serve como fórmula de compromisso dilatatório, visto que veio com a missão de legitimar um regime de transformação democráticas, projetando-se assim para o futuro (RODRIGUES, 2011).

A então chamada Constituição cidadã se apresenta contraditória, por um lado prevê projetos democráticos e progressistas, por outro sustenta privilégios para a elite econômica do país. Em relação podemos dizer que:

A manutenção do direito de propriedade como direito fundamental e a inauguração de uma série de direitos sociais, incluindo o de reforma agrária, é um bom exemplo disso: adiava-se, assim, a solução do conflito real no seio da sociedade civil para uma data futura e incerta. Nota-se, portanto, que a promulgação de nossa

Na presente Constituição encontramos resquícios da constitucionalização simbólica em relação ao fato de que as normas programáticas inseridas nesta não conseguem plena efetivação, pois dependem de uma modificação real da sociedade. Temos que a inovação política, principiológica e dos fins programáticos, não coadunam com a realidade social. Portanto, essas normas “pseudo-programáticas” servem apenas de dimensão político-ideológico do discurso constitucionalista (RODRIGUES, 2011).

Porém, apresentando um argumento contrário ao manifestado acima, outros estudiosos afirmam que embora ainda falte muito a ser aprimorado no que tange ao processo de efetivação e concretização de dispositivos constitucionais, o Brasil encontra-se em momento de maturidade democrática, visto que passou por um longo período de instabilidade política (período ditatorial) e econômica, o que reflete diretamente efeitos sobre a situação econômica, social e política da sociedade brasileira. Com base nessa perspectiva não seria possível afirmar que existem bloqueios que geram diminuição institucional e dificuldade de concretização constitucional (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

Em relação aos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1988 constata-se que há uma enorme dificuldade de efetivar tais direitos e muito disso, decorre da necessidade de amadurecimento da nossa democracia. Nesse sentido, atualmente não é necessário a garantia de mais direitos e sim da concretização dos que já existem, principalmente em relação aos que atingem brasileiros marginalizados e economicamente hipossuficientes (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

O judiciário é o órgão mais impactado em relação a ausência de planejamento e implementação de políticas sociais que visam ampliar o acesso aos direitos fundamentais, pois é o órgão mais acionado quando há uma omissão do Estado, o que o leva a uma posição de destaque no que tange a garantia de direitos frente a demandas concretas (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

Porém, a eficácia do judiciário como instrumento de diminuição da desigualdade social é limitada, na medida em que essa função cabe as instituições políticas que em decorrência de problemas mencionados acima, não conseguem responder aos anseios sociais (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015).

Assim, a grande questão da atualidade, estaria na tentativa de explicar como apesar da sociedade brasileira ter “integrado valores igualitários e individualizantes, eles não chegam a ter maiores consequências no sentido de diminuir a desigualdade social e a violência (PEREIRA; EMIRIQUE, 2015, p. 226)

Dessa forma, o problema da Constituição de 1988 não está relacionado ao funcionamento de sua função jurídica (ligada a criação dos direitos fundamentais)

nem em sua prestação, uma vez que a própria Constituição estabelece parâmetros para o exercício deste. O problema se encontra no fato de que temos uma Constituição que prevê disposições sociais includente em face de uma realidade excludente (RODRIGUES, 2011).

Nesse contexto é nos apresentado a questão dos “subintegrados” do sistema social e dos “sobreintegrados”, que dificultam a concretização de preceitos constitucionais. Os “subintegrados” são pessoas que dependem do sistema político, econômico, jurídico, etc, mas não possuem acesso a tais prestações, são os excluídos, os que dependem de prestações materiais dos diversos sistemas funcionais, porém, não tem acesso a elas. Os “subintegrados” seriam aqueles que violam, transgridem ou respeitam as normas (RODRIGUES, 2011).

Já os “sobreintegrados” seriam aqueles que possuem acesso a esses sistemas, porém não dependem das prestações do Estado para atuarem na sociedade e agem independentemente das regras, como se não fossem destinatários destas. Portanto, os sobreintegrados seriam aqueles que usam, desusam ou abusam das normas (RODRIGUES, 2011).

Diante do exposto, temos que o problema da não concretização de preceitos constitucionais pode se relacionar com vários aspectos, dentre os principais: a constante reforma ou emenda da Constituição de modo que se atribuiu a solução do problema a esta prática, quando na verdade o que se precisa é uma mudança estrutural da sociedade. E ainda, a questão da heterogeneidade populacional, enorme desigualdade social existente no país que acaba por prejudicar a efetividade, a concretização de dispositivos constitucionais e conseqüentemente atender as exigências sociais.

3 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBOLICA E O DIREITO PENAL SIMBOLICO

Tendo em vista que a função simbólica do Direito Penal tem como finalidade produzir na opinião pública a impressão de tranquilidade gerada por uma resposta em forma de lei, de modo que mostre um legislador/Estado preocupado com problemas gerados pela criminalidade e não preocupado com o real objetivo punitivo de forma a resolver efetivamente conflitos sociais, passaremos a análise, a título de exemplo, de algumas leis que surgiram de modo a atender as expectativas e exigências sociais, sem ser pensado se o Estado teria ou não estrutura para atender o prescrito em lei.

A crise de segurança pública há tempos se perpetua na realidade brasileira. De modo a combater isso, surge leis que aumentam penas e tipos penais, embora tais medidas tem como objetivo combater o crime, não causam impacto na sociedade de modo a diminuir a prática de tais crimes (VERNICE DOS ANJOS, 2006).

O contrário, o resultado obtido a partir dessa conduta desenfreada de criação e aumento de penas, foi o aumento de encarcerados, de modo que não solucionou as reais causas estruturais que geram os crimes (VERNICE DOS ANJOS, 2006).

Primeiramente, parte-se a análise da Lei nº 11.340/06, denominada de “Lei Maria da Penha”. A Lei Maria da Penha surge como uma forma de resposta repressiva ao problema de violência de gênero, sofrido por mulheres. Nesse contexto, o Estado ao apresentar tal lei a sociedade mostra a esta, sua preocupação com a proteção das mulheres, de modo a passar o recado de que a sociedade não irá tolerar discriminação e violência (VERNICE DOS ANJOS, 2006).

Porém, o autor diz que apesar do efeito simbólico negativo da lei que recai sobre “medidas de boas intenções”, como por exemplo, a previsão na lei de medidas de prevenção de caráter extrapenais, a ser exercida, por exemplo por órgãos como Polícia especializada no atendimento de mulheres, assistência social e psicológica, mas que pela estrutura do Estado brasileiro é de difícil implementação. A lei apresenta também um caráter simbólico positivo, que é o da propagação de ideologias de não discriminação contra a mulher.

O senado nesse ano de 2018 divulgou indicadores de violência contra as mulheres, em relação a homicídio referentes aos anos de 2006 (data da promulgação da Lei Maria da Penha), ano de 2014 e de 2015. E nele, constatou-se o seguinte:

Contudo, é importante destacar que, embora tenha sido verificada uma redução da taxa de homicídios de mulheres no último ano, tal taxa (4,4) ainda se apresenta em um nível mais elevado do que o verificado em 2006 (4,2), ano de início da vigência da Lei Maria da Penha (SENADO FEDERAL, p. 9, 2018).

No mesmo sentido, em 2015 em resposta ao movimento feminista, surge a qualificadora do crime de homicídio, denominada de feminicídio, que agrava a pena do sujeito que pratica crime contra a mulher por razões de condição de sexo feminino, sendo este considerado quando o crime envolve violência doméstica, familiar e menosprezo ou discriminação à condição de ser mulher (LIMA, 2015).

O referido autor relata que a crítica que se faz em relação as mencionadas leis é que por mais que possuem importância na punição dos agressores, elas agem de forma repressiva, quando o crime já foi praticado, sendo que para se evitar que tais crimes sejam cometidos é necessária uma atitude do Estado para preveni-los. O efeito dessas leis é que acabam por lotar ainda mais o sistema carcerário sem que efetivamente ocorra uma diminuição da prática de tais crimes. Portanto, o feminicídio revela ser mais uma medida do Estado de caráter simbólico e emergencial.

Por fim, vale ressaltar que o combate à violência contra a mulher não se faz somente com a positivação da lei, é necessário que o Estado efetive medidas sociais de modo a causar profundas mudanças estruturais na sociedade, sobretudo de caráter extrapenal. Como exemplo, podemos mencionar mudanças na educação de

base de crianças, no sentido de ensiná-las desde cedo a importância da igualdade de gêneros e o respeito as diferenças, evitando assim, que pensamentos machistas se perpetuem.

Outro emblemático caso de Legislação Penal Simbólica que surge como legislação-álibi é a Lei 8.072/90, denominada de Lei de Crimes Hediondos. A Lei que originalmente classificava como hediondo apenas os crimes de sequestro, tráfico e estupro foi alterada e incluiu o crime de homicídio qualificado. Essa alteração se deu após o assassinato brutal de Daniella Perez, o caso abalou o país pela violência, causando repercussão e comoção nacional, fato pelo qual a atriz Gloria Perez conseguiu colher 1,3 milhões de assinaturas para alterar a lei vigente.

Em entrevista ao jornal “Nexo”, o jurista e professor de Direito Penal, Alamiro Velludo Netto (2017), questionado sobre os efeitos da transformação do homicídio qualificado em crime hediondo, responde o seguinte:

O efeito é zero. Não há nenhum dado em lugar nenhum do mundo que comprove que o recrudescimento punitivo é sinônimo de redução de criminalidade. E nenhum que comprove que a lei de crimes hediondos é responsável por menor criminalidade no Brasil. Ao contrário, a criminalidade aumentou, você não vê uma diminuição dos sequestros desde 1990. Da mesma forma, a Lei de Drogas de 2006 radicalizou e incrementou a punição no tráfico. Vimos mais gente sendo presa, mas não houve um abalo do tráfico. Vende-se à opinião pública a ideia de que punições mais duras são um remédio. Mas elas são na verdade um placebo que não ataca as raízes de crimes como tráfico e homicídio, que aparecem mais nas regiões mais pobres. Sabemos que as razões da criminalidade no Brasil não são um deficit de Legislativo. Nossa legislação não é menos rígida do que outros países mais seguros, como a Itália. Como qualquer mecanismo de recrudescimento punitivo, a lei dos crimes hediondos tem a esperança de diminuir a criminalidade, mas, além de ser equivocada, oculta as verdadeiras causas do problema. (...) (NETTO,2017)

Portanto, temos que a rigidez de leis penais não gera a diminuição da criminalidade, ao contrário, o que temos visto é o constante aumento de dados referentes a criminalidade. As atitudes tomadas pelo Estado de endurecimento de penas, nos revela um caráter emergencial e simbólico na medida em que visa apenas acalmar a sociedade, mostrando que o legislador está adotando meios penais para diminuir a criminalidade, o que claramente nunca ocorre.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir em relação ao presente trabalho que um ordenamento jurídico que possui uma Constituição com grande carga simbólica tem o poder de refletir sobre os demais códigos e legislações infraconstitucionais aspectos também simbólicos. Pois sendo a Constituição a lei maior do ordenamento jurídico, a qual possui preceitos de fundamento de validade de todos os outros ramos do direito, é possível afirmar que aspectos simbólicos que recaem sobre a Constituição têm o

poder de influenciar e refletir no modo de produção de todas as outras leis.

Porém, o problema maior se encontra no fato de que há uma grande interferência do sistema político no sistema jurídico brasileiro, de forma que tanto a Constituição quanto as leis sofrem um excesso de carga simbólica em detrimento de força normativo-jurídico. O problema da falta de concretização de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais decorre da falta de mecanismos e pressupostos para se efetivar a lei, de modo que é necessário se realizar uma transformação estrutural da sociedade.

Os agentes políticos são primordiais para implementar políticas públicas de promoção e garantia de direitos. Ocorre que estes constantemente reformam, emendam e criam dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de modo a atribuir o problema a estes e nunca a se pensar em formas que realmente solucionarão tais problemas.

Nessa perspectiva foi analisado no presente trabalho o caso da Legislação Penal Simbólica, pois aqui fica mais evidente que a criação de leis mais severas não impacta na diminuição da criminalidade no Brasil. O Estado precisa agir de forma preventiva, pensando em meios para evitar as práticas de crimes, como por exemplo a utilização de mecanismos extrapenais.

Com isso, temos que o legislador com essa medida visa apenas tranquilizar a sociedade dando uma resposta em forma de lei, mostrando que os cidadãos podem confiar na presteza e solidariedade do Estado.

Ocorre que o excesso de criação de leis que pecam na falta de efetividade, ao invés de passar a boa imagem do Estado, se voltam contra o próprio Estado, visto que o povo se sente enganado e passa a desacreditar do sistema jurídico. Logo, os agentes políticos criam uma ilusão que imuniza o sistema político a encontrar outras alternativas senão a resposta em forma de lei.

REFERÊNCIAS

DOS ANJOS, Fernando Vernice. **Direito Penal Simbólico e Lei de combate à Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-167_Anjos.pdf. Acesso em: 11 de Setembro de 2018.

FUZIGER, Rodrigo. **As faces de Jano: o Simbolismo no Direito Penal**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27102016-094544/pt-br.php>. Acesso em: 07 de Setembro de 2018.

HADDAD, FERDANDO. **Plano de Governo**. Disponível em: <https://lula.com.br/plano-de-governo-haddad-e-lula-baixei-aqui-as-propostas-para-trazer-o-pais-de-volta-para-o-futuro/>. Acesso em: 11 de Setembro de 2018.

LIMA, Thaís Costa. **Feminicídio como Exemplo do Direito Penal Simbólico**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40804/feminicidio-como-exemplo-do-direito-penal-simbolico>. Acesso em: 11 de Setembro de 2018.

NETTO, Alamiro Velludo. **Caso Daniella Perez: uma avaliação sobre a lei de Crimes hediondos 25 anos depois.** Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/12/28/Caso-Daniella-Perez-uma-avalia%C3%A7%C3%A3o-sobre-a-lei-de-crimes-hediondos-25-anos-depois>>. Acesso em: 14 de Outubro de 2018.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Panorama da Violência Contra as Mulheres no Brasil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>. Acesso em: 11 de Setembro de 2018.

PEREIRA, Mariana Musse; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Aplicação Contemporânea da Teoria da Constitucionalização Simbólica à Constituição de 1988.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/r9fsqsq9>. Acesso em: 11 de Outubro de 2018.

PINHO, Débora. **O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>. Acesso em: 14 de Outubro de 2018.

PRUDENTE, Neemias. **A Pretensa Hediondez: Aspecto Simbólico e Emergencial da legislação penal.** Disponível em: <https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942843/a-pretensa-hediondez-aspecto-simbolico-e-emergencial-da-legislacao-penal>. Acesso em: 14 de Outubro de 2018.

RODRIGUES, Athanis Molas. **A Realidade Constitucional brasileira e o Processo de Constitucionalização Simbólica.** Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/article/view/293>. Acesso em: 10 de Outubro de 2018.

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras.** 2ª. ed. São Paulo: Leya, 2011.

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS PROCESSOS DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Data de aceite: 12/12/2018

Murilo Pinheiro Diniz

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

Alexandre Jacob

Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC
Colatina – Espírito Santo

Bruna Miranda Louzada Aprígio

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

RESUMO: Trata da Lei de drogas e princípios constitucionais. Analisa a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no delito tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006 que trata do porte de drogas para consumo pessoal, excluindo a tipicidade material da conduta do agente. A partir de pesquisa bibliográfica e análise de julgados, avalia princípios orientadores do direito penal e a existência de dano ao bem jurídico tutelado pelo artigo em análise. Problematisa que, pelo caráter subsidiário do direito penal, deve ser ponderada a necessidade de aplicação do princípio da insignificância no caso em estudo. Conclui ser possível a aplicação do princípio da insignificância para os casos de porte de drogas

para consumo pessoal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Porte de drogas. Consumo pessoal. Princípio da insignificância. Políticas criminais.

THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE IN THE PROCESSES OF DRUG POSSESSION FOR PERSONAL CONSUMPTION

ABSTRACT: Addresses the drug Law and constitutional principles. Exploring the possibility of applying the principle of insignificance in the offense established in Article 28 of Law 11.343/2006 which deals with drug possession for personal consumption, excluding the typicality agent's conduct material. From literature search and analysis of trial evaluates guiding principles of criminal law and the existence of damage to the legal interests safeguarded by article analysis. It discusses that the subsidiary nature of criminal law, should be given to the need to apply the principle of insignificance in the case study. It concludes that it is possible to apply the principle of insignificance for possession cases of drugs for personal use.

KEYWORDS: Criminal Law. Drug possession. Personal consumption. Bickering principle. Criminal policies.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está concentrada na área do direito penal e processual penal, uma vez que trata da aplicação de princípio em legislação especial criminal, a Lei nº 11.343/2006, conhecida como lei antidrogas. O enfoque principal se dá em torno da análise dos efeitos da aplicação do princípio da insignificância em processos ajuizados para julgamento de casos de porte de drogas para consumo pessoal.

O tema é pertinente com o direito, pois está previsto em leis e tem sido explanado em julgados e doutrina moderna, sendo que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário nº 635.659, com repercussão geral reconhecida, em que se decidirá acerca da constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio. Além do mais, é relevante, pois tem ampla repercussão no âmbito processual e social, estando intimamente ligado a princípios base do processo penal e do estado democrático de direito, que repercutem diretamente na sociedade.

Trata-se de tema polêmico e de interesse de toda a sociedade, vez que abarca uma situação que tem crescido diariamente no país e no mundo, afetando a todos, independentemente de raça, cor, religião ou classe econômica.

O tema é novo e ainda não está pacificado na jurisprudência e doutrina pátria. O que se pretende é analisar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância em processos de porte de drogas para consumo pessoal, embora seja o posicionamento minoritário na doutrina e tribunais. Supõe-se que seja possível e viável a aplicação do princípio da insignificância, pois aparentemente não há qualquer lesão a bem jurídico, sendo que o tratamento para os dependentes de entorpecentes é caminho mais adequado do que a criminalização do fato.

2 | O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Os princípios são fundamentos norteadores do ordenamento jurídico que asseguram a interpretação de normas em todas as esferas do direito, dissolvendo os mais variados conflitos. Fernando Capez (2015) ensina que princípios gerais do direito são “postulados gerais que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo. São axiomas fundamentais ou generalíssimos, que conferem fisionomia, unidade e validade a todo um sistema jurídico”.

Os fundamentos que hoje dão norte ao princípio da insignificância se concretizaram ao longo dos anos. Embora haja divergências, para a corrente majoritária, a qual se filia Eugênio Raul Zaffaroni, o berço da Insignificância é o Direito Romano antigo. Isso porque nos Tribunais Romanos a máxima *minima non curat*

praetor (o Pretor não cuida de coisas pequenas) era basilar, vinculando os juízes a se ocuparem apenas com casos relevantes a ordem e paz social (OLIVEIRA, 2015).

Outro fato que contribuiu para a disseminação do fundamento da insignificância se deu ainda no continente Europeu, que no século passado foi palco principal para as duas Guerras Mundiais, sofrendo com problemas sociais, como desemprego e fome. Segundo Mauricio Macêdo dos Santos e Viviane Amaral Sêga (2000), neste cenário, cresceu uma onda de pequenos furtos em todo continente, denominada na época como Criminalidade de Bagatela, impulsionado a inaplicação de sanções penais ante a sobrecarga lançada sobre o judiciário e a precária situação social.

A Teoria da Adequação Social postulada por Hans Welzel (*apud* OLIVEIRA, 2015) em meados do século XX também é de suma importância. Tal teoria, em síntese, é no sentido de que determinada conduta não pode ser tipificada como crime se for tolerada ou aceita pela sociedade. São as denominadas “ações socialmente adequadas”. No ano de 1964, o influente jurista alemão Claus Roxin (*apud* OLIVEIRA, 2015) foi o responsável por introduzir expressamente o princípio da insignificância na doutrina.

Após alguns anos e um oceano de distância, o princípio da insignificância foi aplicado pela primeira vez em território nacional pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 66.869 em 1998 em um caso de lesão corporal no trânsito. Os ministros, em unanimidade, decidiram pelo arquivamento do processo após entenderem que:

Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta os elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas (STF, 1998).

O princípio da insignificância não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de uma construção puramente doutrinária e amplamente difundida na jurisprudência. Entretanto, a ausência de previsão expressa não afasta sua aplicação pelos tribunais pátrios.

A aplicação do direito penal, devido a seu caráter subsidiário, deve ser feita em ultima *ratio*, ou seja, quando não houver outra forma prevista ou ramo do direito que resguarde os interesses individuais ou coletivos. Percebe-se, então, que não é qualquer fato que enseja a aplicação do direito penal, vez que traz em seu bojo graves consequências ao indivíduo.

Por conseguinte, inexistindo justificativa para a aplicação do direito penal, os demais ramos do Direito detêm a proteção dos bens jurídicos, sendo possível a propositura de processos cíveis, administrativos ou tributários, por exemplo, para dirimir os conflitos. Neste sentido foi o voto do Ministro do STF Celso de Mello no

Habeas Corpus nº 98.152-MG:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade (STF, 2009).

Corroborando nesse sentido Maurício Antônio Ribeiro Lopes (2000, p. 35), que entende que “só se pode ser penalizado aquele comportamento que lesione direitos de outrem e que não seja apenas um comportamento pecaminoso ou imoral”. A doutrina ensina que deve ser analisado se a conduta praticada causa reprovabilidade social e se gera efetivo dano ao bem jurídico tutelado, sendo que, em caso negativo, não haverá juízo de censura penal.

A corrente majoritária é no sentido de que o princípio da insignificância é excludente de tipicidade, uma vez que as condutas por ele alcançadas são abraçadas pela atipicidade material. Isso é dizer que, o ato praticado deixa de ser considerado crime e, conseqüentemente, não há que se falar em substituição ou diminuição de pena, mas sim em absolvição do réu.

Quando feita análise de um fato para verificar se é criminoso ou não, o primeiro critério a ser verificado é o da tipicidade, em seguida o da ilicitude e, por fim, o da culpabilidade do agente. Nesse ponto, ressalta Rogério Greco (2016), que caso seja verificado que a conduta gerou irrelevante dano a bem jurídico tutelado e está desprovida de reprovabilidade social, é possível a aplicação do princípio da insignificância, caso em que o julgador se quer deverá analisar as demais características que integram a infração penal.

Em resumo, a aplicação do princípio da insignificância exerce a função de limitação do Poder estatal, principalmente do poder punitivo. Isso no sentido de que fatos puníveis devem ser sempre os reprováveis pela sociedade e a proporcionalidade da pena deve ser guardada de acordo com a relevância do fato praticado.

Além disso, Guilherme de Souza Nucci (2013) aponta que a análise das demandas para a aplicação do princípio em estudo leva os operadores do direito a questionamentos reestruturantes. O motivo é que não é simples o procedimento para alteração de leis, tanto é que o Código Penal é do ano de 1940. Portanto, é justo e razoável que os tribunais tragam atualizações doutrinárias cotidianamente ao ordenamento pátrio suprindo as necessidades da sociedade atual.

Atualmente, é possível afirmar que o STF estabeleceu critérios baseados em serem analisados para que seja possível a aplicação do princípio da insignificância, que são: “a) mínima ofensividade da conduta do agente, b) nenhuma periculosidade social da ação, c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, d) inexpressividade da lesão jurídica provocada” (STF, 2014).

A existência desses critérios, porém, não os tornam absolutos, pois continua devendo ser analisado cada caso em concreto pelos magistrados, haja vista que os critérios enumerados pelo STF guardam o mesmo grau de subjetividade, a qual, anteriormente e, posteriormente, devem se guiar os magistrados. Luiz Flávio Gomes ensina que é de suma importância que sejam examinadas minuciosamente cada circunstância relativa aos fatos praticados, bem como de seus autores (GOMES, 2014, p. 30).

3 | O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

A aplicação do princípio da insignificância no crime de porte de drogas para consumo pessoal é acolhida por corrente minoritária na doutrina e nos tribunais nacionais. Atualmente, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça se posicionam no sentido da inaplicabilidade do princípio nos casos de porte de drogas, pois entendem que se trata de crime de “perigo presumido ou abstrato e a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito (...)”, como se vê no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 34.446-DF (STJ, 2013).

No ano de 2012, porém, a primeira turma do STF, de forma inovadora, decidiu pela aplicação do princípio da insignificância em caso de porte de drogas oriundo do Estado de Santa Catarina no *Habeas Corpus* nº 110.475, relatado pelo ministro Dias Toffoli. O ministro fundamentou seu voto, acompanhado em unanimidade pela turma, na atipicidade material da conduta em razão da ínfima quantidade de droga apreendida com o agente, qual seja, 0,6 gramas de maconha (STF, 2012).

A aplicação do princípio da insignificância no porte de drogas para consumo pessoal está envolta em forte divergência doutrinária. Quando na vigência da antiga lei de drogas, Lei nº 6.368/1976, o agente que portasse ínfima quantidade de drogas sofria sanção privativa de liberdade, que podia chegar a dois anos de detenção.

Nesse cenário, parte da doutrina, por entender que havia desproporcionalidade entre a ação e a sanção imposta, posicionava-se pela aplicação do princípio da insignificância nos casos de porte de drogas. No entanto, com a vigência da nova lei de drogas, Lei nº 11.343/2006, o porte de drogas foi despenalizado, sendo aplicadas apenas medidas alternativas aos sentenciados.

Alguns doutrinadores de berço garantista, porém, firmam-se, ainda assim, na possibilidade de aplicação da insignificância. É o caso do doutrinador Luiz Flávio Gomes, que entende que em casos de porte de ínfima quantidade de drogas não seria adequado executar qualquer punição do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006,

mas sim aplicar o princípio da insignificância, excluindo a tipicidade material do fato. (GOMES, 2014, p. 156). Guilherme de Souza Nucci também se posicionou pela aplicação da insignificância no porte de drogas, conforme relata em seus comentários à Lei Antidrogas. (NUCCI, 2015, p. 314).

Existe acirrado embate doutrinário quanto à constitucionalidade do artigo 28 da Lei Antidrogas. Parte da doutrina posiciona-se pela inconstitucionalidade da norma, baseando seus argumentos na violação do direito a intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição da República, argumentando que a vida privada interessa apenas ao usuário. Já a segunda corrente, que se posiciona pela constitucionalidade do dispositivo, tem como fundamento o perigo coletivo causado, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que é bem de interesse coletivo, como ensina Andrey Borges de Mendonça (2012, p. 61).

Nessa toada, está em julgamento no STF o Recurso Extraordinário nº 635.659, interposto no ano de 2011 pela Defensoria Pública de São Paulo, no interesse de sentenciado por porte de 0,6 gramas de maconha. O objetivo da defesa é que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de violação ao direito a intimidade e da vida privada, assegurados no artigo 5º, inciso X da CRFB/88.

A decisão do Recurso Extraordinário ainda não foi proferida, pois o julgamento em plenário foi suspenso ante o pedido de vista dos autos do Ministro Teori Zavascki em setembro de 2015. Contudo, o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, foi no sentido de dar provimento ao recurso, tendo sido acompanhado pelos ministros que já votaram, Luiz Edson Fachin e Luiz Roberto Barroso.

O defensor público do estado de São Pulo, Rafael Ramia Muneratti (DEFENSORIA SP, 2015), em sustentação oral no plenário do STF, ponderou em sua defesa pela descriminalização do porte de drogas para o uso pessoal, por se tratar de ato restrito a vida privada do agente que não irradia para terceiros. Assim, não haveria lesividade de bens jurídicos alheios, o que é fundamental para que seja configurado crime.

Tal colocação diz respeito ao princípio da lesividade, sobre o qual ensina Cezar Roberto Bitencourt que, “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2015, p. 22).

Ensina, também, Enrico Ferri (2009, p.358) que fatos que “não constituindo lesão de um direito ou bem jurídico de outrem, não podem constituir crime.” É o que corrobora a máxima latina *nullum crime sine iniura*, a saber, não há crime sem ofensa, lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico.

Nesse cenário, percebe-se que, embora a conduta de portar drogas para

consumo pessoal seja tida como criminosa, não é possível vislumbrar qualquer lesão a bem jurídico de terceiros, restando claro que a possível vítima de dano é apenas o usuário. A faculdade em se usar entorpecentes reside na esfera pessoal de cada indivíduo, de modo que, qualquer intervenção estatal seria atentatória ao princípio da dignidade humana, base do estado democrático de direito e ao direito fundamental da intimidade.

Guilherme de Souza Nucci, também ensina que “em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado” (NUCCI, 2015, p.314).

Isso não é dizer que o uso de drogas ilícitas ou lícitas não seja prejudicial à saúde. O que se pretende neste ponto é analisar se a intervenção do direito penal é necessária e eficiente no caso de porte de drogas para consumo pessoal em observância ao princípio da intervenção mínima.

Em seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659 o Ministro Gilmar Mendes ponderou que não há dúvidas de que a saúde pública é de interesse coletivo, mas é fundamental que haja algum grau de lesividade individual demonstrado para justificação da aplicação do direito penal. Observou ainda:

Quando se discute a utilização do direito penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros. (...) não basta constatar a importância abstrata do bem, mas também se exige que reste demonstrada a concreta afetação do referido bem. Não basta, assim, que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção penal (STF, 2015).

Contudo, o preceito secundário do artigo 28 da Lei antidrogas é muito mais semelhante aos aplicados pelo ramo do direito administrativo do que pelo direito penal. O professor Miguel Reale Júnior ensina nesse aspecto que o direito penal tem sofrido manipulações no sentido de ser utilizado para solucionar questões que não são de sua envergadura, uma vez que a política não tem alcançado a solução por meio do direito administrativo, que é o adequado. (REALE JUNIOR, 2013, p. 72).

O doutor em Direito Penal, Luciano Anderson de Souza (2011, p.179), ressalta ainda que o consumo de substâncias entorpecentes é um tema que guarda maior afinidade com as ciências médicas do que com as jurídicas, pois os dependentes químicos e usuários devem ser tratados clinicamente e distantes do âmbito policial, o que depende de uma efetiva política pública social do Estado e não de medidas de segurança. Tal afirmação é corroborada pelo fato da saúde ser direito previsto no artigo 6º da Constituição da República, sendo vedada qualquer distinção quanto

aos usuários.

O defensor público Rafael Ramia Muneratti, ainda em sustentação oral no plenário do STF, mencionou o relatório da Organização das Nações Unidas sobre drogas do ano de 2014, em que ficou demonstrado, por intermédio de pesquisas científicas, que o tratamento efetivo da dependência de drogas controla o consumo, reduz o envolvimento em crimes e muda comportamentos, melhorando o convívio familiar e social (DEFENSORIA SP, 2015).

Embora esteja enraizado na sociedade que o uso de entorpecentes é ingerência para a criminalidade, há que se convir que algumas vezes a violência está intimamente entrelaçada à criação familiar e convivência social. Algumas crianças sequer têm acesso a escolas ou são criadas por famílias desestruturadas, restando, quiçá, a elas uma vida marginalizada e de exclusão, sendo que, em determinados casos lhes é imposto o envolvimento com o tráfico.

O relatório do escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) do ano de 2016 destacou forte enlace entre a pobreza e aspectos do uso de drogas. Ficou ainda demonstrado que o desemprego e o baixo nível educacional são associados a transtornos de uso de entorpecentes (ONUBR, 2016).

Contudo, ainda que seja desconsiderada qualquer situação diversa, o usuário não pode ser penalizado somente com o fim de supostamente resguardar a saúde pública e reduzir os índices de tráfico de drogas ou violência, pois se trata de um ser com direitos, até mesmo porque não resta comprovada tal redução por meio da repressão, já que a “guerra” contra as drogas persiste há anos sem que o problema tenha sido solucionado.

Salo de Carvalho, pós-doutor em criminologia, expõe que não é adequado visar apenas a proteção de interesses coletivos abstraindo por completo os interesses e direitos do indivíduo que é um ser único que tem capacidades e é responsável por suas escolhas, inclusive quanto a sua saúde e vida privada. (CARVALHO, 2016, p. 418).

É impossível não comparar a situação do usuário ou dependente químico com o suicida. Relevante o fato de que o suicida atenta contra o bem jurídico de valor mais elevado, que é a vida. Caso obtenha êxito em seu propósito, de fato não haveria modo para puni-lo, mas há que se considerarem as inúmeras tentativas diariamente noticiadas.

O direito penal, porém, não pune o agente que tentou, de modo infecundo, contra a própria vida, embora seja uma atitude absolutamente reprovada pela sociedade e religião, além de gerar gastos ao Estado que terá de arcar com custas hospitalares e em alguns casos tratamentos prolongados. O motivo da abstenção é não haver efetivo prejuízo alheio, mas tão somente autoprejuízo, o que anula a existência de crime, conforme o princípio da alteridade, exatamente como ocorre no

caso dos portadores de entorpecentes para uso pessoal.

O Juiz Alexandre Morais da Rosa, em decisão datada de agosto de 2015, rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público em desfavor de agente que teria praticado o tipo do artigo 28 da Lei antidrogas. Sua decisão foi fundamentada, em suma, na liberdade da vida privada assegurada pela Constituição da República e na “impossibilidade de penalização da autolesão sem efeitos a terceiros” (EMPÓRIO DO DIREITO, 2015a).

No mesmo sentido foi também a decisão proferida pelo Juiz Maurício Fabiano Mortari, que rejeitou a denúncia do *Parquet* em setembro de 2015, por entender ausente a justa causa pela atipicidade material (EMPÓRIO DO DIREITO, 2015b).

Nada obstante, ainda que prevaleça o entendimento de que não se trata apenas de autolesão e de que a saúde coletiva deve ser tutelada pelo direito penal, não é possível ignorar a violação ao direito de igualdade garantido no *caput* do artigo 5º da Constituição da República.

O princípio da isonomia tem por fundamento que todos que estejam em igualdade de condições sejam alvos do mesmo tipo de tratamento e tenham reconhecidos os mesmos direitos. Assim fica configurada a desigualdade, pois os alcoólatras ou fumantes, por exemplo, assim como os usuários de entorpecentes, consomem substâncias ou produtos capazes de causar dependência, mas não são considerados criminosos.

O uso das drogas lícitas já está enraizado com caráter de normalidade na sociedade, o que leva as pessoas a desconsiderarem os riscos causados à saúde do usuário ou segurança da sociedade, julgando apenas os viciados em entorpecentes ao atribuir a eles o aumento da criminalidade e violência.

Entretanto, são muito comuns também as notícias de embriagados pelo álcool que com veículos automotores atropelam e matam inocentes ou cometem crimes encorajados pela bebida, de fumantes que lotam as filas de tratamento contra o câncer nos hospitais públicos ou de overdose proveniente da super dosagem de fortíssimos calmantes vendidos legalmente, por exemplo.

Outro aspecto relevante está na efetividade da aplicação da pena em caso de condenação pelo porte de drogas para consumo pessoal. No Brasil, a pena tem por objetivo a punição do autor do delito, buscando conduzi-lo ao adequado convívio social e inibir a sociedade e o próprio criminoso a não infringir a lei.

No entanto, as sanções previstas no artigo 28 da Lei Antidrogas não alcançam com efetividade os objetivos da pena. Assim, afirma-se porque tais sanções não possuem de fato caráter punitivo ou coercitivo, pois não podem ser convertidas em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento e, conseqüentemente, não inibe o cometimento do fato, restando demonstrada a impunidade.

Desta feita, percebe-se que o caminho a ser tomado é o do tratamento

medicamentoso dos usuários de entorpecentes, do mesmo modo que é feito com os alcoólatras, por exemplo, que tem os Alcoólicos Anônimos (AA). O relatório da ONU de 2016 corrobora a necessidade de disponibilização de tratamento para os usuários de drogas, vez que demonstrou que alternativas, como prestação de serviços e tratamento aumentam, consideravelmente, na redução dos índices de reincidência e na recuperação do viciado (ONUBR, 2016).

4 | CONCLUSÃO

O uso de drogas percorre toda a história da humanidade e se difundiu por todos os países. Basta acompanhar o noticiário para notar que no Brasil o tráfico está em expansão, embora a política adotada pelo governo para combatê-lo seja a de total repressão.

A sociedade precisa realmente da atuação do governo para deter esse comércio ilícito. No entanto, é fundamental que seja feita uma diferenciação clara entre os traficantes e os usuários de drogas, para que haja, de fato, justiça, e não uma política antidroga fracassada que não alcança seu objetivo, qual seja, o fim do tráfico.

A criminalização da conduta do usuário é extremamente preconceituosa, pois além de não alcançar o fim a que se propõe, coloca as margens da sociedade dependentes de tratamento médico. Alguns usuários ao serem condenados por sentença penal não estarão sendo sentenciados pela primeira vez, pois já foram julgados e culpados anteriormente pela sociedade, ficando marginalizados.

Ante esse cenário, a presente pesquisa teve por objetivo analisar a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos casos de porte de drogas para consumo pessoal, o que pela atipicidade material gera a absolvição do acusado sem que lhe reste qualquer consequência penal.

Verificou-se que a doutrina e os julgados são majoritariamente pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, por entenderem que a pequena quantidade da droga é inerente ao tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que é de perigo abstrato e independe de efetiva lesão a saúde pública. Entretanto, é relevante anotar que há precedente do STF, já na vigência da nova lei antidrogas, favorável a aplicação do princípio. Além disso, foi possível notar que outros princípios, como o da lesividade e intervenção mínima, corroboram a possibilidade de aplicação da insignificância no porte de drogas.

Percebe-se que a saúde coletiva é tratada de modo tão amplo que torna complexo definir aonde se inicia o direito individual de cada cidadão quando se trata de crime que tem a saúde coletiva como bem jurídico tutelado. A vida privada, que é uma garantia constitucional, não pode ser invadida para suposta manutenção de

um direito coletivo que aparentemente é alvo de dano.

O Estado tem se abstraído de criar políticas públicas de cunho sanitário e médico para tratamento dos toxicodependentes, utilizando-se da política criminal, o que é inadequado, uma vez que o direito penal deve ser sempre a última *ratio*. Nesse aspecto, conforme constatado no curso da pesquisa, o direito administrativo seria o ramo mais adequado para aplicação no caso em estudo na atual perspectiva. Inclusive, o preceito secundário do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 traz sanções originalmente administrativas. Além do mais, percebe-se que as sanções impostas pelo artigo 28 da Lei de Drogas são ineficientes, pois são inexecutáveis. Sendo assim, além dos gastos judiciais que se tornam desnecessários, as decisões proferidas caem em descaso, pois podem ser descumpridas pelo condenado sem relevantes consequências, o que gera na sociedade a sensação de impunidade.

O sistema punitivo, embora não tenha efeitos positivos e nem se mostre eficiente, conforme pesquisas da ONU, continua sendo aplicado no Brasil, provavelmente, por ser mais simples e menos custoso aos cofres públicos.

Foi possível constatar que não há lesão à bem jurídico de terceiros, o que impede a aplicação do direito penal. A lesão que pode vir a ser causada, dependendo da quantidade e da qualidade da substância e constância do uso, é contra a saúde do próprio usuário, mas verificou-se que não há punição para a autolesão, senão no uso de drogas. Sendo assim, o que existe na verdade é preconceito.

Conclui-se, então, pela aplicação do princípio da insignificância nos casos de porte de drogas para consumo pessoal, pois restou comprovado não haver lesão a saúde pública e que os usuários precisam de tratamento médico, de modo que, lançá-los dentro do sistema criminal não é a saída para tratá-los e nem para dar fim ao tráfico. Além disso, a aplicação do princípio da insignificância é um caminho que reduz o preconceito e a desigualdade que são históricos.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Portaria nº. 344 de 12 de maio de 1998**. Brasília: MS, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal vol. 1: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Catete, 1940.

_____. **Lei nº. 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Brasília-DF: Senado, 1976.

_____. **Lei nº. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Brasília-DF: Senado, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEFENSORIA SP. Sustentação oral STF: Defensor público Rafael Ramia Muneratti. **YouTube**. 26 ago. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fTfMgK>>. Acesso em: 31 out. 2016.

EMPÓRIO DO DIREITO. **Juiz reconhece a nulidade parcial sem redução do texto do Art. 28 da Lei nº. 11.343/06 nos casos de uso de droga para consumo próprio**. Atualidades. 12 ago. 2015a. Disponível em: <<http://bit.ly/2fh6ffP>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. **Consumo de drogas para uso pessoal não é crime, diz juiz em sentença**. Atualidades. 10 set. 2015b. Disponível em: <<http://bit.ly/2eODPcf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Campinas: Russel Editores, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Lei de drogas comentada: lei 11.343 de 23.08.2006**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 9. ed. Niterói: Impetus, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da lei 9.099/95 – juizados especiais criminais e da jurisprudência atual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas vol. 1**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Thatiany Lopes. **Aplicação do princípio da insignificância no porte ilegal de drogas para consumo próprio**. Monografia (bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2eFMaBy>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. **29 milhões de adultos dependem de drogas, aponta relatório do UNODC**. 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2f9X17A>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, Maurício Macêdo; SÊGA, Viviane Amaral. Sobrevivência do princípio da insignificância diante das disposições da Lei 9099/95. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 46, 01 out. 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/2fwGFm3>>. Acesso em: 26 out. 2016.

SOUZA, Luciano Anderson. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio é irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão. **RBCCRIM**. São Paulo, v. 19, n. 88, p. 167-86, jan/fev. 2011.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 66.869-PR**. Segunda Turma. Relator: Ministro

Aldir Passarinho. Brasília-DF: DJ, 1998.

_____. **Habeas Corpus nº. 98.152-MG**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília-DF: DJe, 2009.

Habeas Corpus nº. 110.475-SC. Primeira Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília-DF: DJe, 2012.

_____. **Habeas Corpus nº. 121.903-MG**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF: DJe, 2014.

_____. **Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº. 430.105-RJ**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília-DF: DJ, 2007.

_____. **Recurso Extraordinário nº. 635.659-SP**. Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2eEPWen>>. Acesso em: 31 out. 2016.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 34.446-DF**. Sexta Turma. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília-DF: DJe, 2013.

USO DE DROGAS: O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SP NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PERSPECTIVA DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Data de aceite: 12/12/2018

Daniel José de Figueiredo

Graduado em Direito (PUC-PR). Mestrando e bolsista do Programa do Mestrado Acadêmico em Direito do - UNINTER. Pesquisador do projeto de pesquisa: Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER) E-mail: danielfigueiredo74@gmail.com

Doacir Gonçalves de Quadros

Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Curso de Ciência Política e do Programa do Mestrado Acadêmico em Direito do UNINTER. Coordenador do projeto de pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER). E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br

Esta é uma versão do trabalho apresentado no GT Teoria e história da jurisdição no XIV ENFOC - Encontro de Iniciação Científica e XIII Fórum Científico e V Seminário PIBID- Programa Institucional de Bolsa de Iniciação à Docência, promovido nos dias 10 e 11 de novembro 2018 no Centro Universitário Internacional de Curitiba - UNINTER, campus Garcez, Curitiba, Paraná.

RESUMO: A Política Brasileira sobre Drogas ainda segue um modelo de cunho proibicionista,

criminalizando, através da Lei 11.343/06, o uso e o tráfico. Destina-se, essencialmente, à proteção do bem jurídico saúde pública. Da análise de sua aplicação, percebe-se que os maiores danos à saúde são relacionados ao consumo de substâncias permitidas (álcool e tabaco), além da ofensa a direitos e garantias fundamentais colocados em nosso texto Constitucional. Muito embora a descriminalização do uso de drogas seja uma tendência mundial, o Legislativo brasileiro ainda não mostra sinais nesse sentido. Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal tende à descriminalização pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, desafiando a ideia de neutralidade diante da complexidade da sociedade atual, superando a discussão acerca da “judicialização da política” e colocando-se em busca do ideal de justiça em detrimento da simples aplicação da lei.

PALAVRAS-CHAVE: drogas; proibicionismo; direitos fundamentais

1 | INTRODUÇÃO

Depois de pouco mais de um século da Convenção Internacional do Ópio de 1912, primeiro tratado internacional para controle de

drogas¹, o tema da ainda gera estudos e controvérsias.

A Política Nacional sobre Drogas², capitaneada pela Lei 11.343/06³ recebe críticas de parte da doutrina⁴ e de parcelas da sociedade⁵, principalmente por caráter pouco democrático, à sua ineficiência e às consequências de sua aplicação, inclusive pela afronta a direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional pátrio.

O debate sobre o tema das drogas se reacende na medida em que surgem pelo mundo propostas de descriminalização em alternativa ao modelo proibicionista e belicista⁶. Estados Unidos, Portugal e Argentina avançam nesse sentido e o Uruguai destaca-se na medida em que legalizou toda a cadeia produtiva da maconha⁷.

No Brasil, a movimentação perceptível não vem do poder Legislativo, mas do Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal. Decisões recentes apontam no sentido da descriminalização. No Recurso Extraordinário 635.659 SP,

a proposta feita pelos três Ministros para que a conduta continue sendo ilícito de natureza administrativa respeita a literalidade do dispositivo, a vontade do legislador de combater o consumo de drogas, e a sistemática da própria Lei n. 11.343/2006, que previu como objetivos, nos artigos 18 a 23, a prevenção ao uso indevido e promoção à atenção e à reinserção social do usuário e dos dependentes, que, para serem alcançados precisam de um passo além dos que já foram dados com a despenalização da conduta.⁸

Ao descriminalizar a conduta, o Supremo invade a competência do legislador? Trata-se de ativismo judicial? Trata-se de judicialização da política? Trata-se de questão de justiça? Deve o Judiciário comete a simples aplicação da norma ao caso concreto?

Pretende-se no presente artigo discutir o posicionamento do Poder Judiciário, tendente a descriminalizar uma conduta definida como criminosa pelo legislador, muito embora enfrente as resistências impostas pela clássica doutrina da separação de poderes. Embora não deva o Judiciário usurpar a competência legislativa, não pode eximir-se da resolução das complexas situações trazidas por uma sociedade

1. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Narcotics Control Board**. 2001. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

2. BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Legislação e políticas públicas sobre drogas no Brasil**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>>. Acesso em 09 set. 2018.

3. BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 09 set. 2018.

4. Salo de Carvalho, Maria Lúcia Karam, entre outros.

5. Law Enforcement Against Prohibition (LEAP Brasil), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, entre outros.

6. Cf. CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 31.

7. *Ibid*, pag. 102.

8. Cf. NOTTINGHAM, Andréa De Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Uma Análise Hermenêutico-garantista das Razões de Decidir do Supremo Tribunal Federal na Aplicação do art. 28 da Lei de Drogas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 191, 1 dez. 2017.

também cada vez mais complexa.

Assim, inicia-se o presente artigo com uma breve alusão às razões de decidir do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário 635.659 SP. Adiante, apresenta-se a mudança de paradigma na posição de neutralidade do Judiciário, cada vez mais chamado a resolução dos problemas sociais. A seguir, aponta-se a possibilidade de superação dos conceitos de “judicialização da política” e de “ativismo judicial” diante da necessidade de participação do Judiciário nas transformações sociais. Por fim, faz-se um contraponto entre as ideias de justiça a partir de Kelsen e de Jaques Derrida, a fim de demonstrar a necessidade do inevitável abandono da simples aplicação da lei como ela é para a busca da aplicação da lei como efetiva concretização da justiça.

2 | A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659 SP

A fundamentação do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 635.659 SP recaiu em razões pragmáticas (fracasso da atual política de drogas, alto custo do encarceramento em massa para a sociedade e prejuízos à saúde pública) e jurídicas (direito à privacidade, autonomia individual, e desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública). Em sede de repercussão geral, a tese posta pelo Ministro Barroso é a seguinte:

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores⁹.

Não apenas é declarada a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, mas é estabelecido o porte autorizado de 25 gramas de maconha (critério utilizado por Portugal) ou seis plantas fêmeas (critério utilizado pelo Uruguai), situação inexistente na atual Lei de Drogas para a diferenciação entre traficante e usuário. A determinação de quantidades objetivas em que o porte de drogas é permitido é critério utilizado em vários países (Bélgica, Austrália, República Theca, Índia, México, Holanda, Paraguai, Portugal, Rússia, Espanha e alguns estados dos Estados Unidos)¹⁰.

9. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018..

10. Cf. CARLOS, Juliana de Oliveira. Lei de Drogas e sua Implementação no Brasil. **International Drug Policy**

O fracasso da atual política de drogas pode ser percebido pelas estatísticas. Após a Lei 11.343/06 houve tanto um aumento da população carcerária, quando da proporção dos presos por tráfico em relação à totalidade da população carcerária. Entre 2005 (quando ainda vigente a Lei 6.368/76) e 2012, a população brasileira aumentou 7% enquanto a população carcerária aumentou 51,6%. Houve neste mesmo período um aumento de 320% no número de presos por tráfico de drogas. Em 2005 apenas 9% da população carcerária respondia por tráfico, enquanto que em 2012 o percentual passou para 25%.¹¹ Em junho de 2016, data do último relatório disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, do total de 726.712 presos, 176.808 estavam presos por tráfico de drogas.¹²

A estimativa disponível no sítio do Conselho Nacional de Justiça informa que o custo mensal de um preso seria de R\$ 2.400,00¹³, o que representaria R\$ 424.339.200,00 mensais ou cerca de R\$ 5 bilhões anuais só com os presos por tráfico.

Quanto ao impacto das drogas para a saúde, o último “Relatório Brasileiro sobre Drogas”¹⁴ foi publicado em 2009 e reúne dados de 2001 a 2007. O relatório revela que oitenta e seis por cento dos óbitos associados a transtornos mentais e comportamentais pelo uso de drogas entre 2001 e 2007 foram causados pelo álcool e cerca de seis por cento pelo tabaco, ou seja, quase noventa e três por cento dos óbitos foram causados pelas drogas lícitas. Em 2007, o número de internações pelo Sistema Único de Saúde relacionados ao álcool foi de aproximadamente sessenta e nove por cento, seguido da cocaína com cinco por cento das ocorrências. Cinquenta e sete por cento dos afastamentos do trabalho relacionados às drogas tem como causa o consumo de álcool, seguido da cocaína com cerca de vinte por cento das ocorrências. Os dados sugerem, portanto, que os maiores problemas relacionados à saúde são causados por drogas lícitas.

A Lei de Drogas violaria os princípios da intimidade, vida privada, autonomia e proporcionalidade. Princípios fazem “a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes.”¹⁵

Em uma democracia como a nossa, o Estado não está autorizado a invadir a privacidade, a intimidade e a vida privada, nem a liberdade individual, substituído

Consortium. 2015. p. 8.

11. *Ibid.* p. 2.

12. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** - junho de 2016. Brasília, DF. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em 09 set. 2018.

13. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em 08 set. 2018.

14. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório Brasileiro sobre Drogas**. IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempluk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009.

15. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

o indivíduo em decisões que são somente suas e que dizem respeito somente a si próprio. Também não pode o Estado tolher condutas individuais que não atinjam concretamente direitos subjetivos de terceiros. Em outros termos, para que haja a proibição é necessária a ofensividade da conduta. O uso de drogas ilícitas gera tão somente um risco de autolesão. “A proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger.”¹⁶

A atuação do Supremo Tribunal Federal no caso em estudo vai além do que se espera do Judiciário? Estaria o Tribunal invadindo as atribuições do Legislativo? Vejamos.

3 | A NEUTRALIDADE DO JUDICIÁRIO

A divisão de poderes na teoria clássica garantiu uma separação entre política e direito, restando a influência política aceitável no Legislativo, parcialmente aceitável no Executivo e neutralizada no Judiciário, neutralização esta importante no estado burguês e acompanhada de uma desvinculação progressiva do Direito de suas bases sociais, inicialmente como neutralização política e posteriormente um distanciamento ético. Nesse contexto cresce de importância o positivismo jurídico e a centralização da lei. Exalta-se a legalidade e a proibição de decisões *contra legem*. O ato jurisdicional deve resumir-se à subsunção do fato à norma. Se interesses não são atendidos ou decepcionados, nada pode fazer o juiz, simples aplicador da lei. O juiz não legisla, cumpre a lei. A mutabilidade do Direito se dá pelo processo legislativo.¹⁷

A neutralização do Judiciário transforma o sentido de aplicação do Direito:

Antes encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora, o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se ... então), donde uma certa automacidade de julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso. Só assim é possível lidar-se, no judiciário do estado de direito burguês, com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, como certeza e isonomia, é diferida no tempo pela tipificação abstrata dos conteúdos normativos (generalidade da lei) e pela universalização dos destinatários (igualdade de todos perante a lei), aparecendo como condição ideologicamente suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes.¹⁸

16. Cf. KARAM, Maria Lucia. Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em <<https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/Alertas%20de%20Sum%C3%A1rios/2013/outubro/Revista%20Brasileira%20de%20Estudos%20Constitucionais,%20v.%207,%20n.%2025,%20jan.abr.%202013.pdf>>. Acesso em: 09 Ago. 2018.

17. Cf. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, v. 0, n. 21, p. 12, 30 maio 1994. *Passim*.

18. *Ibid.* p. 16.

A neutralização política do Judiciário, na concepção liberal, não significa alheamento político. O judiciário passa a funcionar como freio às aspirações dos outros poderes. Nesse contexto, neutralizar não é ser indiferente. A neutralização passa do nível dos fatos para o nível das expectativas institucionalizadas. A consequência mais importante dessa neutralização passa ao tratamento entre direito e força. O judiciário passa a filtra o uso da força, como um regulador do uso político da violência.¹⁹

Em nosso tempo, tanto a divisão dos poderes, quanto a neutralização do Judiciário sofreram importantes alterações, a cabo do aumento do nível de complexidade de nossa sociedade tecnológica. No campo jurídico “o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer. O crescimento do estado social reverteu a separação entre Estado e sociedade e a correspondente separação entre as estruturas jurídicas das estruturas sociais:

Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não impedimento, do que a neutralização do judiciário era uma exigência consequente. O estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser definido, mas realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma em um direito a tornar-se igual em condições de acesso à plena cidadania.²⁰

Os direitos sociais, como produto do estado de bem-estar social, não são um simples formal normativo. São prospectivos e exigentes em sua implementação, o que altera a função do Judiciário: não lhe “cumprir apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei [...], mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados”. Passa-se desta forma, da “responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado” à “responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma o politiza”.²¹

A neutralização política do Judiciário seria a garantia de prudência como espécie de guardião ético dos objetos jurídicos face à possibilidade de abuso dos produtos normativos oferecidos pela atividade política dos demais poderes. Uma politização da justiça significaria a regência por relações de meio e fim. O juiz, vendo “o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura ação técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.” A clássica divisão de poderes não tem a mesma relevância de outrora. O desafio não é preservar os antigos equilíbrios e sim evitar possíveis manipulações de poder.²²

19. *Ibid.* pp. 16-18.

20. *Ibid.* p. 18.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.* p. 21.

4 | A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS DE “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E DE “ATIVISMO JUDICIAL” COMO POSSIBILIDADE DE MUDANÇA

A concepção clássica da doutrina da separação de poderes impõe ao Legislativo fixar o direito que deve reger determinada sociedade, sendo este a vontade do povo. Ao Judiciário, cabe tão somente dizer o direito. Esta concepção traduz-se em uma visão legalista do Direito na medida em que este é a expressão da vontade do Legislativo e a passividade do Judiciário é a garantia de segurança jurídica.²³

Dessa forma a Justiça não pode medir as consequências das suas decisões. *Dura lex, sed lex*. Trata-se de uma tentativa de aproximação do Direito de um cálculo ou de uma pesagem, de forma a proteger a sociedade contra eventuais abusos.²⁴

Mas há valores que devem conduzir a atividade jurisdicional: “os do razoável, do equitativo, do socialmente eficaz, da segurança jurídica garantida pela justiça formal, mas também da justiça material, da equidade em outros termos.”²⁵

O juiz não julga o sentido de uma linha de texto. Pergunta quais os valores a proteger e quais outros que estão a competir com os primeiros. “O juiz deve julgar, e julgar quer dizer tomar uma decisão. Essa decisão deve ser motivada, e motivada em direito.”²⁶ A decisão deve trazer a “paz judiciária”, estabelecida quando o juiz convencer as partes, o público, seus pares e seus superiores de que o julgamento foi equitativo.²⁷

E o papel da doutrina atual, nesse contexto, não é o de dizer o verdadeiro direito como antes, tal qual a vontade do legislador ou da dogmática jurídica. Os teóricos do Direito devem ser considerados como conselheiros, esclarecendo aos juízes as possibilidades de decisões equitativas, justas, razoáveis, fornecendo-lhes argumentos, em sentido oposto à Teoria Pura do Direito de Kelsen na medida em que para esta o papel da doutrina é puramente científico, como de quem olha de fora o sistema do Direito.²⁸

A perspectiva de mudança que se abre vem exatamente no contra fluxo da proposta Kelseniana.

A perspectiva de mudança vem no sentido da superação de visão normativista do Direito, versão atualizada do “juiz boca da lei”. O Judiciário se encontra hoje sob pressão da sociedade civil organizada com vistas à obtenção de uma maior participação. O Direito deve ser entendido não só como fenômeno social e disciplina

23. Cf. PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 517.

24. *Ibid.* p. 518.

25. *Ibid.* p. 523.

26. *Ibid.* p. 524.

27. *Ibid.* p. 527.

28. *Ibid.* p. 529.

das ciências humanas, mas também como um processo de disputa pelo sentido da norma, um abandono do “padrão tecnocrático na atuação judicial em favor de um modelo de racionalidade aberto à deliberação”. A visão normativista do Direito não o compreende

segundo a autonomia que é própria do direito em sociedades modernas e sujeito a transformações capazes de alterar sua racionalidade sem suprimir as fronteiras que o separam das demais ordens normativas; [...] bloqueia o entendimento das diferentes configurações institucionais próprias do direito e veda o acesso a diferentes e alternativas construções institucionais possíveis; [...] restringe *a priori* o próprio sentido do que possa ser o ‘jurídico’, fixando de antemão um âmbito para a regulação jurídica que impede o acesso às disputas contemporâneas pela pluralização no interior do próprio código do direito, que se desdobra na criação de novas gramáticas institucionais, novos modelos institucionais que entram em tensão constante com o código do direito.²⁹

Essa visão normativista se manifesta pelas noções de “judicialização da política” ou de “ativismo judicial”, expressões estas que só tem sentido “em uma concepção bastante particular da separação de poderes”. Muito embora pareçam ideias diferentes, representam dois lados de uma mesma moeda, diferenciadas pela perspectiva da política invadida pela lógica jurídica ou pela perspectiva do próprio invasor.³⁰

A divisão de poderes visa obstaculizar, pelo sistema de freios e contrapesos, a concretização de polos de poder absoluto, sem controle, mas não deve ela mesma servir de obstáculo a transformações sociais.³¹

NOBRE e RODRIGUEZ ensinam que

a visão por demais normativa de política que sustenta as ideias gêmeas de “judicialização da política” e de “ativismo judicial” carrega consigo uma compreensão limitada do código próprio do direito, não por último da própria CF de 1988. Na verdade, trata-se de uma visão que procura limitar normativamente o âmbito de aplicação do direito porque, em suas análises, não se dedica a compreender o código que lhe é próprio. Se o fizesse, poderia encontrar as reais limitações impostas por esse código. E, igualmente, poderia enxergar os potenciais de transformação que ele carrega.³²

Greve e liberdade sindical já foram ilícitos puníveis pelo Direito Penal, tidos como atentados ao direito de propriedade e aos contratos celebrados entre empregados e empregadores, ficando a questão social “relegada aos domínios do ilícito e do crime”.³³ Luta social e batalha dogmática foram necessários que viabilizasse a possibilidade de greve e a organização de sindicatos. “O direito do trabalho e o Estado social, hoje vistos como coisa natural, nasceram como um escândalo aos olhos burgueses e como uma afronta ao Estado de direito e ao conceito de direito”.³⁴

29. Cf. NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, nov. 2011. pp. 7-8.

30. *Ibid.* p. 9..

31. *Ibid.* pp. 10-11.

32. *Ibid.* pp. 12-13.

33. *Ibid.* p. 16.

34. *Ibid.* p. 17.

5 | APLICAÇÃO DA LEI E A BUSCA PELA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Para Kelsen, Direito e justiça são constantemente confundidos no pensamento político, não acontecendo o mesmo no pensamento científico. “A tendência de identificar Direito e justiça é a tendência de justificar uma dada ordem social. É uma tendência política, não científica.” A Teoria Pura do Direito é incompetente para declarar se uma lei é justa ou não ou sobre o conceito de justiça. São questões que não podem ser respondidas cientificamente.³⁵

Não pode existir uma ordem “justa”, na medida em que não se pode dar a felicidade a todos e nem garantir que a felicidade de um determinado indivíduo não entre em conflito com a de outro. Mesmo a busca da felicidade para o maior número de pessoas não seria capaz de taxar uma determinada ordem jurídica de justa. A felicidade de uma ordem social só pode ser garantida pelo legislador na medida em que proporciona a garantia das necessidades humanas. Contudo, mesmo assim, as necessidades a serem garantidas vão variar de pessoa para pessoa, de cultura para cultura. “Como a humanidade está dividida em várias nações, classes, religiões, profissões, etc., muitas vezes divergentes entre si, existe um grande número de conceitos diferentes de justiça – aliás um número grande demais para que se possa falar simplesmente em justiça.”³⁶

Portanto, a “justiça é uma ideia irracional”. A teoria pura do Direito o apresenta como ele é, deixando de defendê-lo como justo ou de condená-lo como injusto. A teoria pura busca o “direito real e possível não o correto.” Somente uma ordem capaz de solucionar conflitos de forma duradoura seria capaz de trazer a paz. E muito embora o ideal de justiça seja diferente do de paz, a tendência é de que pelo menos seja substituído o ideal de justiça pelo de paz. Tal mudança de significado caminha junto com a tendência de retirar dos julgamentos o problema da justiça como julgamento de valor. Para Kelsen justiça é sinônimo de legalidade. Para o autor “apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito.”³⁷

DERRIDA nos traz a separação entre Direito e justiça, na medida em que “a justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. Leis não são justas por serem leis. Nós não lhes obedecemos porque elas são justas, mas porque têm autoridade” Citando Montaigne, afirma que as leis são ilegais ou ilegítimas e que “as leis se mantêm em crédito, não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade, elas não tem outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece pelo que deve.”³⁸

35. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 8-9.

36. *Ibid.* p. 9 e ss.

37. *Ibid.* p. 19 e ss.

38. DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,

A justiça como Direito induz a um modo circular de justificação. Na explicação de KOZICKI³⁹:

Nessa situação, descrição vira prescrição. Ou seja, o direito é considerado como algo inerentemente justo e, assim, a sua descrição implica, ao mesmo tempo, a prescrição de que o seu conteúdo seja significado da justiça. Na perspectiva da desconstrução, a recusa em transformar descrição em prescrição justifica a insistência na separação entre direito e justiça, e esta transcende os limites do ordenamento jurídico tal como ele é construído. Ou seja, o direito é considerado como algo inerentemente justo e, assim, a sua descrição implica, ao mesmo tempo, a prescrição de que o seu conteúdo seja significado da justiça

DERRIDA nos apresenta a justiça como uma aporia:

Aporia é um não-caminho. A justiça seria, deste ponto de vista, a experiência daquilo que não podemos experimentar [...] Não há justiça sem essa experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um apelo à justiça. Cada vez que as coisas acontecem de modo adequado, cada vez que se aplica tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza que a justiça o foi. O direito não é a justiça. O direito é o elemento de cálculo, é justo que exista um direito, mas a justiça é o incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra⁴⁰.

A justiça seria infinita, incalculável, assimétrica, enquanto o Direito é estável, definido no âmbito da legalidade, um sistema regulador e normativo. Conciliar a generalidade do Direito com a singularidade da justiça é a grande questão na aplicação do Direito pelos tribunais.⁴¹

A principal conclusão que se poderia chegar a partir da percepção da justiça como aporia é a de que “o fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade.”⁴²

A justiça como aporia impede que possa ser reduzida a padrões ou convenções normativas. O ordenamento jurídico não contém a representação do justo, não pode ser assim considerado somente pela obediência a critérios de validade ou legitimidade criados por este mesmo sistema. A justiça não é imanente ao ordenamento jurídico, o transcende. “A percepção de que jurídico e justo são noções distintas é um primeiro passo em direção a uma interpretação do direito que busque através dele a realização da justiça, não assumindo a mera aplicação das

2010. p.21.

39. KOZICKI, Katya. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 14, n. 18, p. 145-164.. p. 150.

40. Cf. DERRIDA, *Op Cit.* p. 30.

41. Cf. KOZICKI, *Op Cit.* p. 153.

42. *Ibid.* p. 156.

suas regras como suficiente para a concretização da justiça.”⁴³

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Política Brasileira de Drogas ainda segue a lógica proibicionista. Os resultados estatísticos de sua aplicação demonstram sua ineficácia. Os maiores danos à saúde pública – bem jurídico que se pretende proteger – não são causados pelas drogas ilícitas. E, por mais paradoxal que seja, a política proibicionista ainda se mantém.

Chamado a decidir sobre um caso de repercussão geral em que envolveu o consumo de três gramas de maconha, o Supremo Tribunal Federal, por hora, manifestou-se pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas através do voto de três ministros.

Descriminalização do uso de drogas, descriminalização do aborto e união de pessoas de mesmo sexo são apenas alguns dos exemplos dos difíceis casos que a mais alta corte do Brasil tem enfrentado. Nesse contexto a neutralidade apregoada pelo estado liberal, a discussão sobre a “judicialização da política” e a indiferença pela justiça quando da aplicação da lei ao caso concreto não podem servir de obstáculos a uma participação do Poder Judiciário na transformação da sociedade.

Muitas vezes diante da necessidade de garantia de direitos das minorias, cuja representatividade não possibilitaria reformas pelo viés político, não pode furtar-se o Judiciário dessa satisfação, a pretexto da adequação à clássica doutrina de separação de poderes.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em 08 set. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 09 set. 2018.

_____. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Legislação e políticas públicas sobre drogas no Brasil**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspUBLICAS.pdf>>. Acesso em 09 set. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN** - junho de 2016. Brasília, DF. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em 09 set. 2018.

43. *Ibid.* p. 158.

_____. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Relatório Brasileiro sobre Drogas**. IME USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempluk e Lúcia Pereira Barroso. – Brasília: SENAD, 2009.

CARLOS, Juliana de Oliveira. Lei de Drogas e sua Implementação no Brasil. **International Drug Policy Consortium**. 2015.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, v. 0, n. 21, p. 12, 30 maio 1994.

KARAM, Maria Lucia. Proibição às Drogas e Violação a Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em <<https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/Alertas%20de%20Sum%C3%A1rios/2013/outubro/Revista%20Brasileira%20de%20Estudos%20Constitucionais,%20v.%207,%20n.%2025,%20jan.abr.%202013.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KOZICKI, Katya. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O que nos faz pensar**, [S.l.], v. 14, n. 18, p. 145-164.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, nov. 2011.

NOTTINGHAM, Andréa De Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. Uma Análise Hermenêutico-garantista das Razões de Decidir do Supremo Tribunal Federal na Aplicação do art. 28 da Lei de Drogas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, n. 7, p. 191, 1 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **International Narcotics Control Board**. 2001. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_drugs/INCB/INCB%202011/2011_INCB_ANNUAL_REPORT_portuguese_References_to_Brazil_PDF.pdf>. Acesso em: 07 set. 2018.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO N° 154/2012

Data de aceite: 12/12/2018

Marcia Conceição dos Santos

Aluna do 9º período do Curso de Direito da Faculdade Raízes, Anápolis- GO.

RESUMO: O instituto da transação penal, consolidado no país por meio da Lei n° 9.099 de 1995, é uma das grandes inovações que os Juizados Especiais Criminais positivaram no ordenamento jurídico brasileiro. Discussões doutrinárias, bem como entre operadores do direito, são realizadas constantemente acerca dos mais diversos aspectos da referida lei, inclusive sobre o instituto da transação penal. Por esse motivo, torna-se imprescindível e de fundamental importância, o conhecimento sobre o tema. Assim, utilizando o procedimento de pesquisa teórica, bibliográfica, documental e doutrinária, este projeto tem como objetivo analisar importantes aspectos referentes aos Juizados Especiais no Direito brasileiro, em especial, no que tange ao instituto da transação penal, conhecendo suas características, bem as discussões a seu respeito. A busca pelo conhecimento desse instituto se iniciou pela análise do surgimento dos Juizados Especiais Criminais, assim como, pela maneira que

transação penal se apresenta dentro deles. Em seguida foram levantados os principais aspectos da transação penal, inclusive, a destinação dos valores pecuniários decorrentes dos acordos realizados entre o Ministério Público e o acusado. Ficou demonstrando, portanto, que a Resolução n° 154 do CNJ, que veio regulamentar a destinação de referidos valores, afronta diversos artigos e princípios constitucionais, devendo, por esse motivo, ter sua inconstitucionalidade declarada em breve pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que já tramita nesse tribunal a ação direta de inconstitucionalidade -ADI- 5883, proposta pelo Procurador Geral da República, com objetivo de findar as arbitrariedades e excessos impostos por referida resolução.

PALAVRAS-CHAVE: JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS, TRANSAÇÃO PENAL, INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N° 154 CNJ.

THE INSTITUTE OF CRIMINAL TRANSACTION AND RESOLUTION N° 154/2012

ABSTRACT: The institute of criminal transaction, consolidated in the country through Law N° 9,099 of 1995, is one of the great innovations

that the Special Criminal Courts made positive in the Brazilian legal system. Doctrinal discussions, as well as between legal operators, are constantly held about the most diverse aspects of the referred law, including the institute of criminal transaction. For this reason, knowledge on the subject becomes essential and of fundamental importance. Thus, using the theoretical, bibliographical, documentary and doctrinal research procedure, this project aims to analyze important aspects related to the Special Courts in Brazilian Law, especially regarding the institute of criminal transaction, knowing its characteristics, as well as the discussions. about you. The search for knowledge of this institute began by analyzing the emergence of Special Criminal Courts, as well as by the way that criminal transaction appears within them. Subsequently, the main aspects of the criminal transaction were raised, including the allocation of monetary values resulting from agreements between the Public Prosecution Service and the accused. It has therefore been shown that CNJ Resolution No. 154, which came to regulate the allocation of such values, violates various articles and constitutional principles, and should therefore have its unconstitutionality declared soon by the Federal Supreme Court, since it has already In this court, the direct action of unconstitutionality -ADI-5883, brought by the Attorney General of the Republic, is being filed with the purpose of ending the arbitrariness and excesses imposed by said resolution.

KEYWORDS: CRIMINAL SPECIAL JUDGES, CRIMINAL TRANSACTION, UNCONSTITUTIONALITY OF RESOLUTION N° 154 CNJ.

1 | INTRODUÇÃO

A Lei nº 9099 de 1995 surgiu como uma forma de regulamentação do artigo 98, inciso I da Constituição Federal brasileira de 1988, que trará acerca da criação dos juizados especiais pela União, Distrito Federal, Estados e Territórios. Referido artigo dispendo também, acerca das suas principais características, finalidades e composição dos juizados especiais, positivando a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, por um rito simplificado e facilitado.

Com a promulgação da Lei nº 9099/95 surgem, os juizados especiais criminais, com objetivo de atender os delitos de menor potencial ofensivo, que por muitas vezes, pairavam na seara da impunidade, visto a quantidade de ações de natureza mais grave, que disputavam espaço e a competência da segurança pública tradicional.

Os Juizados Especiais Criminais vieram, portanto, criando medidas despenalizadoras com intuito de diminuir as ações criminais, tornando a prestação jurisdicional dos delitos de menor potencial ofensivos mais célere e eficiente. Ademais, essas medidas buscam contribuir para concretização de uma sociedade mais amigável e menos violenta, proporcionando ao infrator a chance de perceber os efeitos danosos de sua conduta e repará-la, por meio de medidas socioeducativas.

No entanto, as boas intenções da Lei nº 9099/95, não foi capaz de livrá-la de duras críticas que apontam deficiências em suas disposições e funcionamento. A maioria delas está relacionada aos princípios orientadores dos juizados especiais, que acabam abrindo ampla margem de discricionariedade aos juízes, fazendo com que assim, muitas vezes, eles se afastem daquilo que está positivado pelo legislador, alegando questão de interpretação legislativa.

Outro aspecto da Lei muito criticado diz respeito aos benefícios penais que ela consagrou, entre eles, a transação penal, que por muitas vezes teve sua constitucionalidade colocada em questão por doutrinadores e operadores do direito. A transação penal é uma espécie de acordo realizado entre o Ministério Público e o acusado, permitindo que, quando presente os requisitos previstos em lei, o autor do fato não seja submetido ao modelo processual condenatório, resolvendo a lide pela conciliação, através da transação penal.

Desde seu efetivo surgimento no ordenamento jurídico brasileiro, a transação penal sofreu os mais diversos tipos de objeções. Já se discutiu acerca de sua constitucionalidade, sobre possível fato dela mitigar princípios processuais penais e, mais recentemente, tem se debatido sobre a destinação dos valores proveniente das prestações pecuniárias levantadas dos acordos realizados no âmbito dos juizados especiais.

No ano de 2012, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 154/12 dispondo a respeito da utilização dos recursos provenientes das penas de prestação pecuniária dos juizados especiais. Referida resolução gerou inúmeras divergências entre operadores do direito, principalmente, integrantes do Ministério Público. Por esse motivo, o procurador geral da república propôs uma ação direta de inconstitucionalidade da Resolução nº 154 do CNJ.

Assim, devido tamanha importância e atualidade do tema, esse trabalho tem como objetivo conhecer mais a respeito da transação penal e todas as características que lhe são inerentes. Ademais, busca-se discutir acerca da possível inconstitucionalidade da Resolução nº 154 do CNJ, que ainda tramita no Supremo Tribunal Federal por meio da ADI- 5388.

2 | CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LEI 9.099/95

Com base nas informações de grandes obras e no desempenho judiciário, é possível perceber que a edição da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, fundadora dos Juizados Especiais Criminais, trouxe grandes novidades para o campo jurídico, em especial a fundação de um modelo de justiça essencialmente oral, conciliativo e desburocratizado. Abrangendo ainda alguns princípios básicos do nosso sistema processual, e permitindo a disponibilidade e agilidade no julgamento da ação penal.

(TRINDADE, 2006)

Abraçando um modelo fundamentado na conciliação, os Juizados Especiais Criminais abordaram a adoção de um sistema acelerado e eficaz para a resolução dos conflitos de menor potencial ofensivo. A transação penal, artefato deste estudo, está entre as fundamentais transformações apresentadas pelos juizados. Ela permite, sem a instauração de uma ação penal, a aplicação de uma pena não privativa de liberdade. Para obter o benefício, o autor do fato precisa preencher determinados requisitos a serem analisados e a aplicação da pena se dará mediante um acordo realizado entre o autor e o ministério público, se praticado um delito de menor complexidade. (TRINDADE, 2006).

Art. 2º, da Lei nº 9.099/95: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, econômica processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação. Art. 62, da Lei nº 9.099/95: o processo perante o Juizado Especial Criminal orienta-se os pelos critérios da oralidade informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995)

De acordo com o autor Alexandre de Moraes a lei 9.099/95 fez várias transformações benéficas ao Poder Judiciário. Houve mudanças nas ações dos crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa, que foram transformadas em ação pública condicionada dependente de representação (art.88), como condição de procedibilidade. Foi determinado ainda, nos casos em que passou a ser exigida a representação para a propositura da ação penal pública, que o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. (MORAES, 2005).

Conforme mencionado, o ofendido tem que comparecer para não sofrer pena de decadência. O ministério público desempenha um papel importante na transação penal. É considerado pelo legislador nos art. 72 e 76 na lei n. 9.099/95, se aplicando tanto aos delitos submetidos aos juizados federais quanto aos sujeitos à competência dos juizados estaduais. (BRASIL, 1995)

Um traço lhe é importante: a existência de proposta do Ministério Público. Não se concebe uma transação, essencialmente bilateral, sem a participação do órgão do Ministério Público, que é um titular privativo da ação penal (art. 129, I, CP). Durante algum tempo, ouviu-se falar em transações *ex officio*, de iniciativa de juízes ou mediante provocação da defesa, sem ouvida do Ministério Público. No entanto, o STF, tanto para a transação penal quanto para a suspensão condicional do processo, vem declarando que as propostas são exclusivas do *Parquet*, e não direitos públicos subjetivos dos acusados. (MORAES, 2005).

De tal modo, apesar de experiência constitucional de foro privilegiado e procedimentos especiais para o julgamento do Presidente da República (CF,

art. 102, I, b), Senadores da República, Deputados Federais (CF. Arts 53, § 4º e 102, I, b e c; 105, I, a; 108, I), Governadores de Estado (CF, art. 105, I, a) e Prefeitos Municipais, os arts. 88,89 e 91, da Lei Nº 9.099/95, tem aplicabilidade integral, imediata e retroativa, em relação as normas de caráter penal. Por expressa determinação constitucional (art. 5º, inciso XI, e do próprio Código penal, art. 2º, parágrafo único), não pode haver retroatividade da lei menos benéfica ao réu, pois submetem-se aos princípios da retroatividade e da irretroatividade quando beneficie ou não o agente. (MARQUES, 2002)

Toda regra que trate da implicação ou diminuição do ius puniendi ou ius punitonis, como toda disposição que de qualquer forma, reforce ou amplie os direitos subjetivos do réu ou do condenado. Desta forma, ambas as regras, exigência de representação para as lesões corporais dolosas de natureza leve e as culposas e oferecimento por parte do Ministério Pública da suspensão condicional do processo, por diminuírem o ius puniendi do Estado, tem forte caráter penal e serão retroativas, em virtude de serem mais benéficas. (MARQUES, 2002, p.507)

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em crime de lesão corporal dolosa, de natureza leve, praticando por parlamentar federal, resolvendo, por unanimidade, questão de ordem proposta pelo relator Ministro Celso de Mello, e determinando a suspensão do procedimento penal para que, nos termos da Lei 9.099/95, se procedesse a intimação da vítima do delito de lesões corporais leves atribuído ao indiciado parlamentar, para, no prazo de 30 dias, querendo, oferecer representação, sob pena de decadência. Nesse sentido:

Muito embora os procedimentos em causa (art.88 e 91) residam em texto normativo que regulamentou os Juizados Especiais Criminais no que constituem órgãos judiciários situados no primeiro grau de jurisdição – torna-se imperioso observar que as regras legais em questão aplicam-se também as ações penais originárias, inclusive aquelas ajuizáveis, nos termos do art. 102, I, b e c da Constituição da República, perante o Supremo federal. Esse, inclusive é o entendimento de Damásio de Jesus (MORAES, 2002, p.508)

A Probabilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários, inclusive perante os próprios Tribunais, decorre do fato que as regras substanciadas nos arts. 88 e91 da lei 9.009/95 qualifica-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de despenalização que ocorre. (JESUS, 2001, p.87)

Não somente quando a pena deixa de ser imposta, mas também quando o legislador, como acontece com a disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada. Na realidade, a lei nova que passa a disciplinar, de modo diverso. O exercício da ação penal, convertendo em ação penal pública condicionada a ação penal incondicionada e fazendo defender o seu ajuizamento, em consequência de representação ou de requisição que reverte, por efeito de disposição constitucional expressa (art.5º XL), irrecusável carga de retroatividade (STF, 2001, p.509).

A lei 9.099/95 traz várias possibilidades como solucionar as infrações de

menor complexidade e a mesma relata que são controvertidas as possibilidades de o ofendido oferecer transação na ação penal privada. Alguns entendem pela impossibilidade, devido à natureza especial deste tipo de ação, e outros defendem a tese da plena aplicabilidade do instituto, ou ser favorável ao réu. Sendo assim, é feita a proposta que, sendo aceita por ambos, caberá ao Juiz analisar os requisitos e aplicar a pena não privativa de liberdade. (SANTOS, 2011)

2.1 Objetivos da Lei nº 9.099/95

O art. 3º da Lei 9.099/95 enumera as causas de menor potencial ofensivo que serão analisadas pelos juizados especiais, são as chamadas “pequenas causas”. A lei traz alguns princípios que regem os Juizados, entre eles destacam-se os critérios de oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade. (BOITEUX, 2006).

A Justiça Criminal, seguindo os princípios adotados pela mencionada lei, procura a facilitação da persecução penal mediante prestação jurisdicional rápida e eficaz. Enfatizar a instituição dos Juizados Especiais Criminais foi a medida político-criminal em que o legislador, ante as pressões urgentes da sociedade, instituiu para resolver aqueles delitos de menor complexidade, através do equilíbrio da sociedade, seja autor e vítima ou representante do Ministério Público. (CRUZ, 2012).

Tal procedimento se justifica pela necessidade de o Estado-punitivo se preocupar, verdadeiramente, com os delitos mais graves. O Direito penal busca humanista e democraticamente, a implementação da aprovação justa ao caso concreto. Não obstante, verifica-se com a simples observação das chamadas “velocidades do Direito Penal”, ou seja, assim como os demais ramos do direito, o Direito Penal busca adequar-se às necessidades da sociedade com constantes inovações e evoluções nesse sentido. (CRUZ, 2012).

A lei nº 9.009/95, criada em 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados especiais Cíveis e Criminais e tem como finalidade designar inovação na aplicação da Justiça no sistema penal brasileiro. Isso porque, através desta lei passa a existir um novo modelo de Justiça Criminal, o qual é fundamentado no consenso. A citada lei em comentário introduz no nosso ordenamento jurídico, conceitos despenalizadores, ou seja, forma consensual de decisão de conflitos, uma justiça mais célere, mais simples, e com maior acesso à justiça. (TORZATTE, 2014)

Observa-se, portanto, que este novo preceito penal é muito importante à reparação do dano, tendo distintivo de modo eminente socializado em relação aos delitos de menor complexidade, ou seja, menor potencial ofensivo, que por sua vez, possuem conceituação no artigo 61 da mencionada lei. São considerados delitos de menor potencial ofensivo aqueles que a lei imponha pena máxima não superior a dois anos, superando assim a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do

tema. (TOZATTE, 2014).

Com procedimentos mais rápidos e eficazes, reparação de danos sofridos pelas vítimas, bem como com a pacificação dos conflitos sociais, a legislação preza primordialmente pela conciliação, em razão da praticidade, agilidade e economia trazida por esta, fato que influi positivamente em todos aspectos envolvidos no processo.

3 | O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

A Constituição Federal de 1998 estabelece em seu art. 98, I, que “Os Estados criarão Juizados Especiais Criminais com o escopo de processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, admitindo-se a transação penal e instituindo-se os procedimentos oral e sumaríssimo” (BRASIL, 1998). Ademais, a Lei nº 9.099/95 elenca quais são as infrações de menor potencial ofensivo e como deve ser feita a transação penal (CF. Art.76). Assim, tira das costas dos promotores o peso e o medo em estabelecer uma negociação com o autor do fato em audiência. Atualmente não há mais preocupações em relação ao tema, pois se trata de um instituto legalmente previsto. (RANGEL, 2011).

Em primeiro lugar, e preciso salientar que a transação, como é intuitivo, só poderá se dar entre partes. O artigo 72 prevê a presença do autor do fato e da vítima, o que obvio demonstra a intenção do legislador em facilitar a conciliação, prevista no parágrafo único do artigo 74, ou seja, a representação do dano civil em uma audiência conciliatória. Se feita a composição civil dos danos, será ela homologada pelo juiz, e esta homologação acarreta a renúncia ao direito de oferecer queixa e representação. (POLASTRI, 2010).

Desta forma em é importante conhecer no que consiste a proposta da transação penal, qual sua natureza jurídica e se haverá interposição, de fato, de uma ação penal. A Lei nº 9.099/95 entalece três fases distintas, a primeira, chamada de fase preliminar (arts. 69 a 76), a segunda, fase procedimento sumaríssimo (arts. 77 e 83) e a terceira, chamada de fase da execução (arts. 84 e 86). (BRASIL,1995)

A proposta da transação penal integra a primeira fase: a preliminar. Assim deve-se ter esta visão sistemática da lei para que se possa entender seus objetivos e institutos inovadores. Como relata Ferrara:

A missão do intérprete e justamente descobrir o conteúdo real das normas jurídicas, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que possível na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo. Só assim a lei realiza toda a sua força normativa. (FERRARA, 2011, p. 289).

Na transação penal não há descriminalização, mas sim, despenalização, insculpida no artigo 76. Esta deve ser realizada entre as partes, sendo o Ministério

Publico titular exclusivo da ação penal pública, cumprindo-lhe promovê-la com exclusividade (art. 129, I, da CF). O lesado não integra a relação processual como parte, não passando de sujeito passivo do delito, sendo que conclusão diversa seria o resgate dos tempos remotos da vingança privada. Sendo assim a transação só se dá entre o Estado representado pelo Ministério Público, e o réu, partes que são na relação processual, pois o Estado tem monopólio da ação penal pública, não podendo permitir a vingança privada ou a negociação entre o sujeito do crime de ação penal pública. (POLASTRI, 2010).

Desta forma, é certo que no Juizado Especial normalmente há maior satisfação à vítima no que diz respeito a composição e reparação do dano civil. Não é menos certo que sua presença é verdadeiro ônus e não dever. É nítida a intenção do legislador de evitar maiores discussões quando o fato trazer consequências apenas na esfera civil, não obstante constituir um ilícito penal, porém de menor complexidade ou gravidade lesiva. (RANGEL, 2011).

De acordo com o artigo 76, tratando de crime de ação penal pública incondicionada, cabe ao Ministério Público a proposição de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, cabendo ao agente, por sua vez aceitar ou não a proposta. De acordo com a autora Ada Pellegrine em sua obra conjunta com outros autores. A lei expressa ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do autuado, tanto no 3º como no 4º do artigo 76 da mencionada lei, lembrando de que sendo caso de ação penal pública condicionada, como vimos, na forma da primeira parte do artigo 76 da lei, a transação para ser aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade só é possível se for oferecida a representação pelo ofendido. (POLASTRI, 2010, p,284).

Damásio de Jesus entende ser inaplicável a transação em ação penal privada, pois a vítima não tem interesse na aplicação da pena. Como já disposto, tal interesse é o do Estado, daí o motivo de o dispositivo legal não ter se referido a ação penal privada e tão-somente a pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente, o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão. (JESUS, 2001).

Tal conclusão resulta clara da própria redação do artigo 76, que faz referência a ação penal pública condicionada e incondicionada, e, ainda, somente ao Ministério Público, não havendo qualquer referência ao querelante ou a ação penal privada. Como bem ressalta Mirabete:

Não prevê a lei transação penal de iniciativa privada, isto porque, na espécie, o ofendido não é o representante do titular do jus pönendi, mas somente do jus persenguendi in judicio...Ademais numa visão tradicional, o interesse da vítima e o de reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória e já na ação de iniciativa privada prevalece com os princípios da oportunidade e disponibilidade, e, no caso dos Juizados, a composição dos danos sofridos pela vítima, tornando desnecessária a desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta de transação. (MIRABETE, 2010, p.92).

Dada a disponibilidade e o princípio da oportunidade já existentes na ação penal privada, caberá ao querelante perdoar ou renunciar, mas nunca aplicar ou transacionar uma pena antecipada, já que não tem interesse na aplicação. Alguns intérpretes, logo no início da vigência da Lei, ressaltaram que o dispositivo da transação seria inconstitucional, por afrontar o devido processo legal, já que havia a aplicação de “pena” sem o devido processo e por ferir o princípio da presunção de não-culpabilidade. (POLASTRI, 2010).

Grandes autores como Geraldo Prado, defendem ainda hoje este ponto de vista em seus trabalhos, doutrinas e teses de doutorado. Em suas palavras:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em Juízo provisório culpabilidade, isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo, mas por conta da culpabilidade, pois sem a contratação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas e ainda conclui que, o “devido processo legal” da transação é investigado, concluindo—se que em realidade ele não existe e que a transação penal consiste exatamente em o imputado “ abrir mão “ do devido processo legal. (PRADO, 2003, p. 18).

Assim, vale ressaltar que o procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional. Sendo um procedimento consensual e célebre, que visa a não propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições prevista na lei. O Estado propõe um acordo que é aceito pelo autor do fato para ser beneficiado por um procedimento com consequência mais leves, ou seja, pagamento ou de uma pena restritiva de direito, e, após o cumprimento das condições, terá extinguido a punibilidade. (POLASTRI, 2010).

Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é seu direito subjetivo. Tratando-se de norma de caráter penal mais benéfica, no caso de não haver proposta do Ministério Público, ou a negativa fundamentada de oferecimento de proposta, entendendo o Juiz que o caso seria de transação. (POLASTRI, 2010).

Neste caso exposto acima poderia o Juiz propor e realizar de ofício a transação? Os autores Weber Martins e Luiz Fux, em obra conjunta afirmam que, presentes os requisitos exigidos, nasce para o autor do fato um direito subjetivo a obtenção da transação, e, mesmo tendo o Ministério Público ofertado a denúncia, em vez de receber a denúncia e por entender que o autor do fato tem direito a transação, ele próprio toma a iniciativa de oferece-la[...] Só uma coisa o Juiz não poderia fazer, e, no caso , não fez: tomar a iniciativa do procedimento, usurpar função exclusiva do Ministério Público. (BATISTA, 2010, p. 322).

Alguns doutrinadores, como Damásio de Jesus, entendem que o Juiz pode propor a medida de ofício, caso não faça o Ministério Público. Porém o entendimento majoritário é que o Juiz não pode agir de ofício, seja havendo inercia do parquet,

ou, o que é pior, como querem Weber Martins e Luiz Fux, depois de oferecida a denúncia. Nos dois casos, o Juiz toma a iniciativa da proposta e, assim, atenta contra os princípios da imparcialidade e do sistema acusatório, ambos abraçados pela Constituição Federal. Portanto a atuação do magistrado de ofício incabível e inconstitucional, pois não deixaria de estar promovendo atividade persecutória, ao arrepio do art. 129, I, da Constituição Federal (POLASTRI, 2010).

Em obra de vários autores já mencionados que não admitem a transação de ofício pelo Juiz antes ou até mesmo depois a denúncia, há um afastamento, inclusive, da 13ª conclusão da chamada Comissão Nacional de Interpretação. Nesse sentido:

A Comissão Nacional no caso do art.76 conclui que o Juiz não poderia substituir-se a vontade do Ministério Público, porquanto ainda não existe processo, e a homologação da transação representaria instauração da ação penal ex officio, mas para os casos do art. 79 poderia o Juiz substituir a vontade do promotor... Mas mesmo para transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o Juiz homologue uma transação contra vontade do Ministério Público significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais. (MARIBETE, 2010, p. 80).

O Ministério Público, como é intuitivo, não poderá deixar de fundamentar a recusa de oferecimento da proposta, sendo que no caso de omissão, deverá ser provocado para aduzir suas razões. Sendo assim, a única solução para o caso de não de oferecimento de proposta, fundamentada ou não pelo Ministério Público, entendendo o Juiz que o caso seria de transação, será a aplicação analógica do art.28 do Código de Processo Penal, conforme prevista em lei, ou seja, aplicação de pena imediata restritiva de liberdade. (MARIBETE, 2010).

A transação oferecida pelo Ministério Público aceita pelo autor do fato será homologada pelo juiz, sendo, portanto, uma decisão homologatória com requisitos inerentes aos de uma sentença, inclusive fundamentação, mesmo que sucinta, na forma do art.93, I, da Constituição Federal. Igualmente, se limitará o Juiz a dizer ser cabível a transação, não podendo interferir no acordo para modifica-lo, a não ser na hipótese mencionada de diminuição da pena pela metade. (POLASTRI, 2010).

No entanto, o que existe na verdade é uma sentença homologatória que possui cunho condenatório, uma vez que impõe uma sanção ao autor do fato, mesmo que acordada, tendo efeitos processuais e materiais e realizando coisa julgada formal e material, impedindo a instauração da ação penal. Deste modo, não se valora a culpabilidade do agente e não são trazidos os efeitos comuns a ação condenatória. Trata-se de uma verdadeira ação condenatória imprópria. (POLASTRI, 2010).

Muitos autores entendem por ser uma sentença homologatória, mas com eficácia de título executivo. No entanto, pondo fim ao procedimento e autorizando a execução, caso não advenha apelação. É, portanto, totalmente impróprio o entendimento que vem manifestando na prática de que, caso não haja o pagamento

da multa ou cumprimento da pena restritiva de direitos, fica autorizada a formulação da denúncia, pois tal extrapola todos os conceitos doutrinários atinentes a sentença, seja de cunho homologatório ou condenatório, desconhecendo o efeito da coisa julgada. (POSLATRI, 2010)

4 | RESOLUÇÃO 154/2012

Conforme anteriormente explanado, dentre alguns delitos e circunstâncias limitadas no Código Penal, pode o juiz substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. Uma modalidade de pena restritiva de direito é, justamente, a pena pecuniária, que consiste em uma prestação em dinheiro que sanará a obrigação. O art. 45, § 1º do Código Penal conceitua a prestação pecuniária da seguinte forma:

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (BRASIL, 1940)

A aplicação de penas restritivas de direitos, em especial as penas pecuniárias, são amplamente utilizadas no âmbito dos juizados especiais criminais, podendo ser realizadas também a prestação de serviço a comunidade. Segundo Tomé e Silva (2016, online) “nos juizados tais benefícios estarão inseridos dentro do contexto das transações penais, existindo requisitos para sua concessão”.

Objetivando regulamentar a distribuição da pena pecuniária no país, o Conselho Nacional de Justiça editou em 16 de julho de 2012 a resolução 154/12, definindo uma nova política institucional do Poder Judiciária para a utilização dos recursos provenientes da aplicação da referida pena. (MIGALHAS, 2012)

Em entrevista concedida ao CNJ no ar (2012) o Dr. Luciano André Losekann juiz e coordenador do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e de medida socioeducativa do CNJ, afirma que a iniciativa de criação dessa resolução partiu após a formação de um grupo de trabalho envolvendo juízes e técnicos das varas de medidas alternativas, onde foi levado em discussão a destinação das verbas advindas das penas pecuniárias.

Ainda segundo Losekann, deste trabalho restou conclusivo que cada juiz agia de uma forma diferente em sua respectiva jurisdição, em suas palavras, “da forma que bem entendia”. Assim, diversas entidades que recebiam esse dinheiro acabavam por muitas vezes não prestando contas da sua destinação ou não possuindo sequer projetos nos quais o dinheiro deveria ser utilizado.

Visando sanar esse problema, a resolução 154/12 tratou de formular uma nova

política para destinação do pagamento de penas pecuniárias. Assim, os projetos e entidades com fins sociais que serão beneficiados terão de cumprir uma série de requisitos estabelecidos pela resolução, com fim de gerar maior efetividade às penas pecuniárias e garantir a qualidade da destinação de seus valores. (MIGALHAS, 2012)

Com base no entendimento da resolução 154, em regra, os valores arrecadados devem ser destinados a vítima ou aos familiares que lhe são dependentes. No entanto, existem outras opções regulamentadas, que consistem na destinação dos valores a entidades públicas ou privadas de cunho social ou que envolvam alguns dos temas basilares da vida em sociedade, quais sejam, a segurança, saúde, educação, entre outros. (NALINI, 2013)

O processo de destinação das verbas às entidades sociais é um procedimento realizado em etapas, sendo a primeira delas a abertura de conta judicial, para que o Poder Judiciário possa ter um controle de toda movimentação, prestando ciência desta ao Ministério Público. O segundo passo consiste na habilitação de entidades e projetos, priorizando aquelas que possuem os critérios estabelecidos no art. 2º, § 1º da Resolução 154/12:

I - Mantenham, por maior tempo, um número expressivo de cumpridores de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública; II - Atuem diretamente na execução penal, assistência à ressocialização de apenados, de assistência às vítimas de crimes e para prevenção da criminalidade, incluídos os conselhos da comunidade; III - Prestem serviços de maior relevância social; IV - Apresentem projetos com viabilidade de implementação segundo a utilidade e a necessidade, obedecendo-se aos critérios estabelecidos nas políticas públicas específicas. (BRASIL, 2012)

O terceiro passo consiste na escolha dos projetos, ou seja, na decisão acerca de quais trabalhos serão beneficiados com a verba proveniente das prestações pecuniárias. Após a escolha, o Poder Judiciário deve-se informar ao MP, bem como emitir alvará judicial em favor das entidades para o levantamento da quantia determinada. O quarto e último passo se perfaz na prestação de contas que as entidades beneficiadas deverão apresentar ao final do procedimento. (NALINI, 2013)

4.1 A Inconstitucionalidade da Resolução nº 154/2012

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, propôs a ação direta de inconstitucionalidade, ADI 5.388/DF, em face da Resolução 154 de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e do art. 1º da Resolução 295, de 4 de junho de 2014, do Conselho da Justiça Federal (CJF), com base nas seguintes alegações:

1. O Ministério Público, como titular da ação penal de iniciativa pública (art. 129, I, da Constituição da República), possui legitimidade privativa para propor transação

penal e suspensão condicional de processos, o que inclui a destinação legal dos recursos provenientes dessas negociações. 2. Uniformização da destinação de recursos provenientes de transação penal e suspensão condicional de processos em resolução do Conselho Nacional de Justiça extrapola o poder regulamentar conferido a esse órgão pelo art. 103-B, § 4º, da CR. Representa regulamentação administrativa de atividade-fim do Ministério Público, o que afronta a autonomia funcional desta instituição (CR, art. 127, § 1º). 3. Transação penal e suspensão condicional de processo são institutos de natureza processual penal e mista (penal e processual penal) e, como tais, estão sujeitos ao domínio normativo de lei em sentido estrito (CR, art. 22, I, c/c art. 62, § 1º, b, e 129, I).

A procuradoria geral da república, portanto, considera que a Resolução n.º 154/2012, ao estabelecer critérios para utilização das prestações pecúniárias, acaba extrapolando as suas funções regulamentares ao tratar de tema que perpassa função institucional do Ministério Público, configurando assim a inquestionável inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. (STF, 2016, *online*)

Segundo Reis, Campos e Padro (2016), a Resolução 154/12 fere diversos dispositivos constitucionais. Entre eles o art. 129, I, que estabelece competência privativa do Ministério Público para aplicação do jus persecuendi e jus puniente, o artigo 127, §1º e §2º, uma vez que prejudica a autonomia e independência funcional do MP e de seus membros, o art. 103-B, §4º, I, devido ao fato do MP não ser integrante do poder judiciário, e portanto, não pode sofrer controle do CNJ, e o art. 22, I, que dispõe acerca da competência privativa da União para legislar sobre matéria processual.

Além das violações constitucionais, os autores apontam que Resolução afronta alguns princípios basilares ao Estado Democrático de Direito, como o princípio da autonomia da vontade, pois se magistrado altera os termos e a distinção de acordados há um claro desrespeito a vontade dos negociantes, bem como o princípio legalidade penal, que por sua vez, é massacrado pela resolução em diferentes formas e aspectos.

A Ação direta de inconstitucionalidade n.º 5.388, ainda não foi julgada em sede do Supremo Tribunal Federal. Referida ação encontra-se concluída ao relator desde o dia 07 de maio de 2018. Portanto, resta esperar que o efetivo provimento jurisdicional possa findar as discussões acerca do tema.

5 | CONCLUSÃO

Com a abordagem desse trabalho acerca da regulamentação do instituto da transação penal nos juizados especiais criminais, foi possível constatar que, mesmo diante as inúmeras críticas iniciais, os juizados especiais estão consolidados no ordenamento jurídico brasileiro há 24 anos. Isso demonstra que, independente das dificuldades apresentadas, o sistema tem se fortalecido, cada dia mais, se mostrando um grande aliado da justiça criminal.

A possibilidade de despenalização, a depender do caso concreto e dos requisitos previstos em lei, é uma maneira de conseguir individualizar as medidas. Fato que confere grande credibilidade à justiça criminal, que acaba deixando de lado os clássicos padrões burocráticos que regem a desgastada justiça penal condenatória.

Foi possível constatar também, que o principal problema levantado acerca da transação penal é, justamente, o momento de sua proposta e homologação. Segundo alguns autores, ao aceitar o acordo proposto pelo Ministério Público, o acusado acaba abrindo mão de alguns dos seus direitos, como a oportunidade de se defender. Então, mesmo que a transação não venha conferir culpa nem confissão ao acusado, é inevitável que haja uma certa sensação de responsabilidade na conduta daquele que aceitou a proposta.

No entanto, a transação penal mostra-se completamente coerente com a Constituição Federal brasileira, além de ser uma importante ferramenta socioeducativa. Isso porque, ao conferir ao acusado uma nova chance de rever suas atitudes e não ter instaurado contra si um processo criminal, a transação evita a ação penal, e conseqüentemente, os seus efeitos negativos, uma vez que, uma sentença penal condenatória acaba prejudicando a vida da do indivíduo em diferentes aspectos, sejam eles sociais, profissionais ou emocionais.

No que tange as penas pecuniárias, que é uma das formas de pena restritiva de direito utilizada pela transação penal afim de substituir a privativa de liberdade, foi possível concluir que a resolução nº 154 do CNJ, regulamentadora da destinação de referidas prestações, encontra grandes divergências com aquilo que está positivado na Constituição Federal brasileira.

Diante tamanha incompatibilidade da resolução nº 154 do CNJ com diversos aspectos constitucionais, da CF/88, espera-se que a ação de inconstitucionalidade - ADI 5388, proposta pelo Procurador Geral da República e ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, venha o quanto antes declarar de fato, a inconstitucionalidade de referida resolução, visto as inúmeras arbitrariedades e excessos que nela estão dispostos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9 ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BOITEUX DE F. RODRIGUES, Luciana. **O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no direito penal e na sociedade**. São Paulo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

BRASIL, **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 154**, de 13 de julho de 2012. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 124, p. 2-3, 16 jul. 2012.

CNJ no Ar. **Resolução 154-24-07-12**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DiTEtFh3UXg>. Acesso em 15 set. 2019.

JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. Rio de Janeiro: Saraiva: 2001.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 3. Campinas: Millenium, 2002.

MIGALHAS. **Publicada Resolução que Destina Penas Pecuniárias a Projetos e Entidades Sociais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI159787,51045-Publicada+resolucao+que+destina+penas+pecuniarias+a+projetos+e>. Acesso em 18 set. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Alexandre de Moraes, 5ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MPF, Ministério Público Federal. **ADI 5.388/DF**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5508/view>. Acesso em 31 out. 2019.

NALINI, José Renato. **Cartilha de Procedimento para Utilização dos Recursos Oriundos da Aplicação da Pena de Prestação Pecuniária**. São Paulo: corregedoria geral da justiça, 2013.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Manual de Processo Penal**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. Brasília: revista dos tribunais, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: lumen juris, 2011.

REIS, Gabriel de Castro Borges; CAMPOS, Cerise de Castro; PRADO, Mauro Machado do. **Da Inconstitucionalidade da Resolução nº 2.54/2012, do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.academia.edu/30441026/DA_INCONSTITUCIONALIDADE_DA_RESOLUÇÃO_No_154_2012_DO_CONSELHO_NACIONAL_DE_JUSTIÇA?auto=download. Acesso em 29 out. 2019.

SANTOS, Juarez Cirino, **Direito Penal**, parte geral, 3ª ed., Curitiba, LumenJuris, 2011.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Normas sobre destinação de pecuniária são questionadas no STF**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/241599096/normas-sobre-destinacao-de-pena-pecuniaria-sao-questionadas-no-stf>. Acesso em: 30 out. 2019.

TOME, Semiramys Fernandes; SILVA, Adrycia Karoline. **Análise da eficácia sancionatória das penas restritivas de direitos aplicadas nos juizados especiais criminais com fundamento na Lei 9.099/95**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51861/analise-da-eficacia-sancionatoria-das-penas-restritivas-de-direitos-aplicadas-nos-juizados-especiais-criminais-com-fund>. Acesso em 18 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ESTUDO DOS CRIMES DE IDENTIDADE FALSA E USO DE DOCUMENTO FALSO: DISTINÇÕES CONCEITUAIS E ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS DELITUOSAS SOB O MANTO DA AUTODEFESA

Data de aceite: 12/12/2018

Eduarda Caroline Moura Alves

Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT – Cáceres)

Letícia da Silva Andrade Teixeira

Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT – Cáceres)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar uma análise doutrinária a respeito da diferenciação dos crimes previstos nos artigos 304 e 307 do código penal brasileiro, que trata do crime de uso de documento falso e do crime de falsa identidade respectivamente, presentes na capitulação dos crimes contra a fé pública. Passando pelo princípio da autodefesa e seus respectivos entendimentos jurisprudenciais, este trabalho dedica-se a analisar a luz deste princípio, com objetivo de elucidar uma diferenciação entre ambos os crimes e sua empregabilidade no atual cenário jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Jurisprudência. Análise doutrinária.

INTRODUÇÃO

Os crimes previstos nos Artigos 304 e 307 do código penal brasileiro, que trata do crime de uso de documento falso e do crime de falsa identidade respectivamente, geram corriqueiramente confusão no que tange as definições jurídicas dos mesmos, em razão da linha tênue que os diferencia.

O princípio da autodefesa vem comumente sendo relacionado e utilizado como justificativa para prática de tais crimes, vislumbrados no sentido de que o agente ativo da conduta, poderia praticar tais atos para sua autodefesa no inquérito policial.

Em razão dessa falsa percepção de justificar tal crime a luz desse princípio, o entendimento jurisprudencial do STF e do STJ vem sendo cada vez mais debatido, a fim de extinguir o imaginário de justificação dos crimes contra a fé pública previstos nesses artigos.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, importa corroborar a disposição do artigo 304 do Código Penal Brasileiro, artigo este responsável por tipificar

a conduta delituosa de utilizar documentos falsos. Vejamos:

“Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração. ”.

Nesse sentido, o crime de uso de documento falso, tem por sujeito ativo qualquer pessoa, visto que, o sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa que foi prejudicada por essa utilização de documentos inverídicos.

Desse modo, importa ressaltar que o dolo é considerado elemento subjetivo do tipo, não havendo, para este crime, a forma culposa.

Os papéis ao qual o artigo 304 do CPB se refere estão dispostos no rol dos artigos 297 a 302 do referido código, sendo os seguintes: documento público, documento particular, papel onde constar firma ou letra falsamente reconhecida, atestado ou certidão pública ou, ainda, o atestado médico.

Para que haja comprovação de fato de que algum documento é falso, torna-se indispensável a realização de perícia técnica de modo a apontar de maneira concreta se há ou não falsidade documental. Caso não seja realizado tal perícia, não há comprovação da materialidade, conforme jurisprudência: TJSP: “Apelação – Uso de documento falso – Ausência de perícia – Materialidade delitiva não comprovada – Provido” (AP 990.09.278315-7, 16.^a C., rel. Souza Nucci, 10.01.2012, v.u.).

O objeto material neste tipo de crime é o papel falsificado e/ou alterado. Já a fé pública é considerada objeto jurídico.

O crime de uso de documento falso, é considerado um crime comum, ou seja, não necessita da existência de sujeito ativo qualificado ou especial. Ainda, é formal, em razão do prejuízo que traz à fé pública, de modo que pode ser cometido de forma livre - em qualquer meio pelo agente, e instantâneo, pois não há prolongação com o tempo.

Por fim, pode ser caracterizado como unissubjetivo ou unissubsistente, podendo ser praticado por um único agente em um só ato; ou ainda, plurissubsistente, com vários atos praticados (raramente ocorre).

Enfim, para que seja configurado o artigo 304 do CP, é imprescindível e obrigatório o ato de utilizar o documento falso.

A identidade é a forma utilizada para individualizar cada cidadão. É seu nome, características e dados relevantes para que essa identificação corresponda de modo correto com a realidade. Quando alguém distorce essa realidade para obtenção de vantagens, pratica a conduta tipificada no artigo 307 do CPB.

Diante disso, importa ressaltar a importância da definição do crime de falsa identidade prevista no artigo 307 do Código Penal Brasileiro, transcrito a seguir:

Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceira falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

O núcleo do tipo se refere a *atribuir*, que adquire um significado de imputação para si ou para outrem a identidade falsa. Em razão de ser um crime contra a fé pública, o agente passivo será o Estado. No caso do agente passivo, que é a vítima da ação do verbo do artigo, nosso ordenamento acata uma segunda figura, que é a diretamente afetada pelo apossamento da identidade indevida da vítima. O sujeito ativo, aquele que pratica a conduta delituosa, cabe dizer que pode ser qualquer pessoa. O objeto material, é a falsa identidade, enquanto que o objeto jurídico é a fé pública.

Em tal crime, o elemento subjetivo do tipo sempre será o dolo. Nesse elemento subjetivo, é necessário a especificidade para que seja considerado praticado a conduta delituosa prevista neste artigo, que se importa em tipificar a obtenção de vantagem para si ou para outrem, contraposta da provocação de dano a terceiro.

É um crime *comum* - qualquer pessoa pode ocupar o polo ativo; *formal* – não necessita de resultado naturalístico para consumação; *comissivo* - indica a realização da ação, e excepcionalmente, omissivo *impróprio* que seria o dever jurídico do agente evitar o resultado; *instantâneo* - consumação em momento determinado; *unissubjetivo* - somente um agente ativo; *plurissubsistente*, admite-se o fracionamento.

Importante ressaltar, que esse delito comporta a forma tentada, mas detém uma complicada configuração. É um delito subsidiário, visto que, existindo um delito mais grave praticado pelo agente ativo, o delito da falsa identidade será absorvido pelo crime mais grave, se existir. Se não existir delito com pena mais gravosa, cabendo somente a tipificação do art. 307 do CPB, o agente será devidamente punido.

DO PRINCÍPIO DA AUTODEFESA E ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, é de suma importância compactuar com a divergência doutrinária a respeito de tais crimes por possuírem ou não a possibilidade de atribuição ao Princípio da Autodefesa.

O princípio acima referido trata do disposto no art. 5º da CF de 88, em seus incisos LV E LXIII dispõe que, “Art. 5º (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a

assistência da família e de advogado;”.

Na perspectiva do princípio da autodefesa e em relação aos artigos 304 e 307 do CPB, quem apresenta documento falso a fim de justificar cometimento de crime, responderá igualmente, sem ser socorrido pelo respectivo princípio.

Essa falsa percepção a respeito da possibilidade de justificação dos delitos pelo princípio acima explicitado, vem sendo derrubada em razão das diversas manifestações doutrinárias a respeito. Diante disso, vejamos:

É típica a conduta do acusado que, no momento da prisão em flagrante, atribui para si falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que em alegada situação de autodefesa. Isso porque a referida conduta não constitui extensão da garantia à ampla defesa, visto tratar-se de conduta típica, por ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social, prejudicial, inclusive, a eventual terceiro cujo nome seja utilizado no falso.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.362.524-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23/10/2013 (recurso repetitivo).

Nesse sentido, é possível vislumbrar que a questão detém grande repercussão, consoante entendimento presente nos julgados do Supremo Tribunal Federal, a respeito dos artigos 304 e 307 do CP, respectivamente:

O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.

STF. Plenário. RE 640139 RG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011.

(...) O Plenário Virtual, ao analisar o RE 640.139/DF, reconheceu a repercussão geral do tema versado nestes autos e, na ocasião, reafirmou a jurisprudência, já consolidada no sentido de que comete o delito tipificado no art. 307 do Código Penal aquele que, conduzido perante a autoridade policial, atribui a si falsa identidade com o intuito de ocultar seus antecedentes. (...)

STF. 2ª Turma. RE 648223 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/10/2011

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é possível compreender que tais crimes elucidados em todo o decorrer da explanação, diferem-se pelas características diversas existentes entre elas.

No crime de uso de documento falso, a característica necessária é que o agente ativo esteja portando o documento falso, tendo ciência da falsificação dos mesmos. Já no segundo caso, trata-se da alegação de identidade falsa, que se caracteriza em dizer inverdades a respeito da sua identificação pessoal, sem utilização de documento falso.

Com efeito, transportando para o âmbito doutrinário em relação aos crimes dos Art. 304 e 307 do CPB, nada pode ser acobertado, nem tampouco justificado pelo Princípio da Autodefesa.

Permanecer em silêncio e não compactuar para produção de provas contra si, é direito constitucional do acusado que não abarca qualquer discussão no cenário jurídico. Entretanto, o fato de determinado acusado utilizar-se de artifícios para ilusão da pessoa de quem seja, envolvendo outrem apenas com intuito de benesse pessoal, reafirma que o princípio da autodefesa não deve ser integrado nem utilizado para descaracterização dos delitos previstos em tais artigos.

REFERÊNCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <http://rafaelcorrea.com.br/crime-de-falsa-identidade-tem-sumula-do-stj/> - **Acesso em 14 de Janeiro de 2017.**

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-16/coluna-lfg-diferenca-entre-documento-falso-falsa-identidade> - **Acesso em 14 de Janeiro de 2017.**

Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/02/o-principio-da-autodefesa-nao-autoriza.html> - **Acesso em 14 de Janeiro de 2017.**

O INFANTICÍDIO NAS TRIBOS INDÍGENAS BRASILEIRAS: O DIREITO À VIDA FRENTE AO RESPEITO À CULTURA INDÍGENA

Data de aceite: 12/12/2018

Murilo Pinheiro Diniz

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aimorés – Minas Gerais

Alexandre Jacob

Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC

Colatina – Espírito Santo

Raquel Nogueira de Assis Ebner

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aimorés – Minas Gerais

RESUMO: Trata de cultura indígena e garantias constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu como direito inviolável a vida, sem fazer distinção de qualquer natureza para o acesso a esse direito. Ocorre que a Carta Magna conferiu aos indígenas o reconhecimento de sua organização social, crenças, tradições, língua e costumes. Dentro da cultura indígena, algumas tribos adotam a prática do infanticídio, sendo ele praticado por diversas razões. Portanto, surge um conflito entre o direito a vida e o respeito à cultura indígena, pois não existe um limite desse respeito cultural, ao ponto de a garantia do respeito à cultura sobrepor o direito a vida, direito que a Constituição Federal prevê como

sendo inviolável. Entretanto, ao reconhecer as práticas culturais indígenas, conferiu aos índios o direito de tirar a vida de ser humano incapaz de se defender e violou o direito à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Infanticídio. Tribos indígenas. Direito à vida. Cultura.

THE INFANTICIDE IN THE BRAZILIAN INDIGENOUS TRIBES: THE RIGHT TO LIFE AGAINST RESPECT TO INDIGENOUS CULTURE

ABSTRACT: It deals with indigenous culture and constitutional guarantees. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 established as inviolable right to life, without distinction of any kind for access to this right. It occurs that the Constitution gave the indigenous people the recognition of their social organization, beliefs, traditions, language and customs. Within the indigenous culture, some tribes adopt the practice of infanticide, being practiced for several reasons. Therefore, there is a conflict between the right to life and respect for indigenous culture, since there is no limit to this cultural respect, to the point where the guarantee of respect for culture overlaps with the right to life, a right that the Federal Constitution foresees as inviolable. However, in recognizing

indigenous cultural practices, it gave the Indians the right to take the life of a human being incapable of defending themselves and violated the right to life.

KEYWORDS: Infanticide. Indigenous tribes. Right to life. Culture.

1 | INTRODUÇÃO

A pesquisa discorre sobre a prática de infanticídio tendo crianças como vítimas em tribos indígenas brasileiras e da sobreposição do respeito à cultura indígena ao direito à vida. A prática do infanticídio, em suma, ocorre quando a criança indígena nasce portando alguma deficiência física ou mental, gêmeos ou não é do sexo desejado. A cultura das tribos que adotam essa prática prega que os pais devem matar a criança, e os pressiona a cumprir com essa cultura utilizando meios cruéis de cumprir a tradição.

O tema é relevante ao Direito, pois traz à luz a falta de ponderação de até que ponto é possível aceitar e respeitar as práticas culturais indígenas, pois, por vezes, tais liberdades culturais ferem o direito à vida, o qual é um direito fundamental, garantido na Carta Magna brasileira, e que deve ser respeitado independentemente de religião, raça, crenças religiosas e cultura. Para pesquisar o tema existe uma maior concentração nas áreas de direito constitucional, direitos humanos e um estudo da cultura indígena.

O presente estudo visa explicar por que esses infanticídios acontecem, bem como entender a necessidade de que algo seja feito sobre isto. Embora seja um tema pouco tratado, que algumas pessoas até mesmo desconhecem, existem fontes de pesquisa suficientes para o estudo do tema.

Faz-se necessário, antes de chegar à proposição de uma possível solução para o problema, analisar a cultura indígena, entender os pontos obscuros quanto ao tema, explicar por que ocorrem os infanticídios nas tribos indígenas e assimilar a necessidade de que algo seja feito para mudar a situação, pois o direito a vida tem sido negado a crianças indígenas.

A grande problemática que envolve o tema é como resolver a questão sem o uso de força e violência pelo Estado. O que se pretende propor com o presente trabalho é um diálogo intercultural, com intuito de apresentar uma opção que não seja matar as crianças deficientes físicas, mentais e intelectuais, gêmeos, e as que não são do sexo preferido.

Trata-se de pesquisa descritiva e exploratória, visando analisar o infanticídio de crianças nas tribos indígenas brasileiras, face ao conflito entre o direito à vida e o respeito à cultura indígena. A abordagem da pesquisa é qualitativa, pois busca levantar as opiniões e significado das coisas nas palavras dos participantes da pesquisa. Os procedimentos adotados na coleta dos dados foram pesquisa

bibliográfica e levantamento.

A fonte basilar da pesquisa é a Constituição Federal, especialmente os artigos que versam sobre direitos e garantias fundamentais, bem como os que abordam os indígenas e sua cultura. Ainda, como pilar base do presente trabalho, está a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Proposta de Emenda à Constituição nº 303/2008, o Projeto de Lei nº 1.057/2007, também conhecido como “Lei Muwaji”, o Projeto de Lei nº 295/2009, a Lei nº 6.001/1973, conhecida como Estatuto do Índio, bem como tratados e convenções internacionais que versem sobre o tema.

Adentrando diretamente ao tema, foi base uma importante cartilha de Márcia dos Santos Suzuki (2008), que tem por título: Quebrando o Silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. Suzuki é uma famosa defensora das crianças indígenas. Ainda, Raymond Souza, em sua obra Infanticídio indígena no Brasil (2009), e Ronaldo Lidório (2007), em seu texto a revista *Ultimato*, com o título: Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil.

2 | O SENTIDO DO TERMO ‘INFANTICÍDIO’ NA PESQUISA

O termo infanticídio foi adotado com base no significado etimológico. “A palavra infanticídio vem do Latim *infanticidium*, definindo-se como a morte de criança nos primeiros anos de vida”, segundo Ronaldo Lidório (2007), o que não se confunde com o crime previsto no artigo 123 do Código Penal, que entende infanticídio como a mãe matar o próprio filho durante o parto ou logo após, sob a influência do estado puerperal (BRASIL, 1940).

O tema não será tratado sobre a ótica do Código Penal, pois as razões que levam a mãe a matar o filho são de cunho cultural, e o crime é praticado não só pela mãe, mas também por outros membros da família, ou da tribo. Muitas das mortes ocorrem meses ou anos depois do nascimento da criança.

3 | O INFANTICÍDIO INDÍGENA NO BRASIL

A prática do infanticídio no Brasil é mais comum em tribos localizadas na região amazônica. Não se tem um número exato de quantas tribos adotam a prática, mas acredita-se que são pouco mais de 20, dentre elas podemos citar os uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracaná e kajabi (SUZUKI, 2008).

Há dificuldade em identificar as tribos que praticam o infanticídio e fazer um censo de quantas crianças são mortas devido à tradição, pois algumas dessas tribos são isoladas pela localização das aldeias, em locais de difícil acesso. Precisar o número de crianças mortas em virtude da tradição cultural do infanticídio torna-se ainda mais difícil, pois às vezes são camufladas, quando catalogadas como morte por doenças, falta de assistência médica ou causas desconhecidas.

De acordo com a cultura indígena, infanticídio acontece quando a criança nasce com alguma deficiência física, mental ou ainda quando nascem gêmeos, filhos de mãe solteira ou até mesmo o primogênito nasce do sexo feminino, isso por que acreditam que exista uma maldição sobre essas crianças. Quando a deficiência é vista logo após o parto, a criança é morta sem sequer receber a primeira amamentação pela mãe, contudo, quando a deficiência é mental, ou só é possível notar o problema depois que a criança adquiriu certa idade, os pais devem matar criança (SOUZA, 2009). Os meios para cumprir a tradição são diversos, variando de acordo com a tribo, podendo ser a criança: abandonada na mata, estrangulada, enterrada viva em cova rasa, flechada no coração, sufocada, golpeada na cabeça e envenenamento.

A antropologia, em estudo da cultura indígena, identificou que, nos casos das crianças com deficiência, as mortes ocorrem pela crença indígena de que cada um deve ser capaz de viver por si só, sem depender de ajuda de outros. Devem ter a capacidade de se sustentar (HOEBELS; FROST, 2006).

Desde crianças os índios são treinados e ensinados a sobreviver sozinhos, a caçar seu próprio alimento, ou pescar e plantar. São ensinados a se defender dos perigos da selva. Uma criança que não possa andar sozinho ou praticar tais atos dependerá sempre de alguém, e matá-los, não permitindo que passem por isso, é tido pelos indígenas como um ato de amor, libertar a alma amaldiçoada. (SOUZA, 2009, p. 07).

No caso de gêmeos, filhos de mães solteiras e primogênicas do sexo feminino, de acordo as crenças indígenas, é uma maldição. Em caso de gêmeos, ou se deve matar os dois, ou optar por apenas uma criança e matar a outra. Os filhos de mãe solteira, principalmente se nascerem mulher, devem morrer, se for um homem, em algumas tribos, a criança pode viver, pois os homens são necessários aos trabalhos e a proteção da tribo. As crianças que ficam doentes e não melhoram também são mortas, pois se acredita que foram amaldiçoadas pelos espíritos dos deuses. (SOUZA, 2009, p. 08).

Quando ocorre de uma mãe não querer cumprir a tradição e desejar ficar com a criança, mesmo que ela seja deficiente, a tribo pressiona os pais para que a cultura seja respeitada, e por vezes a própria tribo pega essa criança e a mata. Alguns pais preferem se suicidar a ter que cumprir as tradições da tribo. Alternativa

para os pais que desejam ficar com os filhos, passando por cima da cultura é fugir da tribo. Existe uma aldeia na floresta que tem abrigado esses pais e filhos fugitivos das tradições culturais (CUNNINGHAM, 2008).

4 | O DIREITO À VIDA E O INFANTICÍDIO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma garantia fundamental expressa no artigo 5º, *caput*, ou seja, colocou como inviolável o direito à vida e sem distinção de qualquer natureza. Sendo assim, é claro o entendimento de que qualquer pessoa, independentemente de sua religião, raça, etnia, crença, ou qualquer outro fator, não será privado do direito à vida.

Contudo, o mesmo diploma legal, no artigo 231, *caput*, garantiu aos índios o direito de exercer suas crenças e tradições, costumes, sem nenhum tipo de ressalva. Tal previsão, sem dúvidas, foi uma conquista muito grande, e com certeza a cultura indígena merece respeito, mas não houve ressalvas de qualquer natureza, o que faz com que a morte de crianças indígenas em nome de tradições e costumes seja plenamente respeitada e protegida pela lei.

Nasce então uma divergência na legislação constitucional, que primeiro garantiu o direito à vida, sem qualquer tipo de distinção e, logo em seguida, garantiu aos índios que suas práticas culturais seriam respeitadas, mesmo que viole o direito à vida. Em se tratando da morte de crianças, recém-nascidos na maioria dos casos, o assunto se torna ainda mais sério, pois as vítimas da tradição não podem sequer se defender ou fugir, não tem a escolha, não tem a oportunidade de escolher e crer nas tradições.

Vejamos, se uma criança que não é indígena é morta pelos pais, por qualquer motivo, há uma comoção social e até mesmo pressão das massas para que haja uma punição, para que algo seja feito. Se o caso envolve a prática de sacrifícios humanos, por exemplo, a comoção é ainda maior, porque a sociedade não admite que os pais imolem seus filhos. Mas todos os dias crianças indígenas morrem em razão de tradições culturais indígenas, e uma solução ainda não foi encontrada.

Alguns casos de crianças indígenas que foram salvas de morrer devido à tradição chegaram a ganhar a mídia, como o caso da índia Hakani, nascida na tribo Suruwaha. Nos primeiros dois anos de vida a menina não se desenvolveu conforme as outras crianças de sua idade. Hakani não andava ou falava. Logo, a tribo percebeu e então começou a pressionar os pais para que matassem a menina, contudo, seus pais preferiram se suicidar a ter que cumprir a tradição, deixando a menina e quatro irmãos órfãos.

Com a morte dos pais, a responsabilidade de matar Hakani passou a ser do seu irmão mais velho, que a enterrou viva em uma cova rasa, conforme a tradição

diz. Contudo, alguém ouviu o choro abafado da menina sufocada e a desenterrou. A menina foi levada ao seu avô, que sabendo da tradição, tentou matar a menina com uma flechada, mas falhou. Hakani mais uma vez sobreviveu à tradição e passou a viver bebendo água da chuva e comendo folhas e insetos da floresta e, por vezes, seu irmão lhe trazia alguma comida. Isso perdurou por três anos, até que um de seus irmãos a entregou nas mãos de missionários que a adotaram e cuidaram dela (CUNNINGHAM, 2008).

Hoje existe um projeto social com o nome da menina, chamado Hakani: uma voz pela vida, e um documentário conta sua trajetória, com objetivo de mostrar que a prática do infanticídio existe e é bem mais comum do que se imagina. Também para explicar como a tradição funciona, o projeto visa justamente combater a prática do infanticídio e salvar a vida de outras crianças vítimas da tradição. O documentário foi removido do sítio oficial do projeto, por determinação judicial (SUZUKI, 2008), mas pode ser assistido na Internet.

5 | A ATUAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL SOBRE O TEMA

No ano de 2007, o Deputado Henrique Afonso (PT-AC), propôs o Projeto de Lei nº 1.057/2007, com o objetivo combater e punir a prática do infanticídio e o aborto nas tribos indígenas. O referido projeto ficou conhecido como “Lei Muwaji”, para homenagear uma mãe que se rebelou contra as tradições da tribo Suruwahas e salvou a vida de sua filha deficiente.

O projeto de lei trouxe especificadas as práticas indígenas consideradas nocivas e passíveis de punição, enumerando uma a uma as razões do infanticídio, de forma que não ficassem brechas, bem como incluiu outras condutas praticadas por indígenas que passariam a ser alvo de punição. Igualmente, estabeleceu que qualquer pessoa que tiver ciência sobre gravidez de risco ou crianças correndo risco de morte, deve notificar os órgãos FUNAI e FUNASA ou o Conselho Tutelar, sob a pena de ser responsabilizado por crime de omissão de socorro.

O projeto ainda prevê que é dever do Estado retirar, provisoriamente, essas crianças da guarda dos pais e prover um abrigo, mantido pelo próprio Estado, para cuidar e tratar tais crianças. Propôs, também, o incentivo ao diálogo, para que assim as crianças possam retornar aos pais, mas não sendo possível, que a criança entre nos cadastros de adoção.

O referido projeto, ao longo dos anos, teve a sua redação alterada. Algumas partes foram retiradas e outras acrescentadas, prevendo, atualmente, a inclusão de um dispositivo a Lei nº 6.001/1973, artigo 54-A, conhecida como Estatuto do Índio.

O novo dispositivo prevê o respeito às práticas culturais, desde que elas não

violem direitos fundamentais, humanos, ou previstos em tratado e convenções internacionais. Além disto, prevê como dever da União proteger e zelar pela proteção da vida de crianças, adolescentes, mulheres, idosos e deficientes físicos ou mentais indígenas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007).

Dispõe, igualmente, que as gestações de mulheres indígenas sejam catalogadas e acompanhadas até o parto, e se a criança correr risco de vida e a mãe o permitir, a criança deve ser removida da aldeia. O projeto apresenta, também, possibilidade de retorno da criança à tribo, desde que afastadas as situações de risco, bem como a criança seja aceita pela mãe e pela tribo.

Na Câmara de Deputados já fora votado e aprovado, de modo que, atualmente, encontra-se aguardando apreciação do Senado Federal desde setembro de 2015, sob o nº 119/2015 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

Ademais, em novembro de 2008, tramitou na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 303/2008, que tinha por objetivo alterar o artigo 231 da Constituição Federal, com a ementa: “reconhece aos índios o respeito à inviolabilidade do direito a vida nos termos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008). Tal emenda foi de autoria do deputado Pompeo Mattos (PDT-RS), tendo por relator o deputado Regis de Oliveira (PSC-SP).

Com a proposta de mudança a inviolabilidade do direito a vida estaria sendo garantida aos indígenas, bem como manteria o respeito a tradições e costumes. Ainda, extinguiria as ideias de que as praticas culturais, como o infanticídio, são permitidas pelo atual ordenamento jurídico.

Contudo, a PEC 303/2008 foi considerada inconstitucional, sob a fundamentação de confrontar cláusula pétrea, artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, pois restringiria direitos e garantias concedidos aos índios no artigo 231 do mesmo diploma legal.

Mesmo tendo decidido pela inadmissibilidade, o relator Regis de Oliveira, em seu voto, proferiu que: “admito a possibilidade de os índios adotarem outra postura com relação ao infanticídio, mas de forma voluntária, fruto do diálogo, sem coerção” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008). Citou ainda a proposta feita pelo antropólogo Ronaldo Lidório (2007): “Que o Estado brasileiro deve tratar o infanticídio indígena de forma ativa, informando e dialogando com as sociedades indígenas em nosso país a respeito das alternativas para solução desse conflito interno, que isente a morte das crianças”.

Igualmente, em 2009, o Senador Aloizio Mercadante (PT-SP) apresentou o PL nº 295/2009, com objetivo de incluir um capítulo na Lei nº. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Tal capítulo traria especificamente sobre as crianças indígenas, reconhecendo direitos específicos inerentes a elas, bem como disposição

sobre adoção de crianças indígenas. O projeto foi arquivado em dezembro de 2010, com fundamento no artigo 332 do Regimento Interno do Senado, que determina o arquivamento de todas as proposições em tramitação no Senado ao final da legislatura.

6 | O RESPEITO À CULTURA INDÍGENA E O DIREITO À VIDA

O respeito à cultura indígena integra o rol de direitos e garantias fundamentais e também o princípio da diversidade cultural, o que, historicamente e juridicamente, perfaz uma conquista muito grande. Quando da colonização, os índios foram forçados a aprender um idioma diverso, tiveram a eles imposta uma cultura nova e uma forma de vida totalmente diversa da que estavam habituados.

A garantia constitucional da diversidade cultural veio justamente como uma maneira de prevenir que a cultura indígena, e igualmente outras culturas, fossem mais uma vez alvo de uma abordagem brusca que os obrigassem a mudar seu modo de vida e abandonar sua cultura. Além da conquista constitucional, houve também o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, que trouxe, mais uma vez elencados, uma série de direitos indígenas e previu, em seu artigo primeiro, o respeito à cultura indígena e a integração progressiva e harmoniosa a comunhão nacional (BRASIL, 1973).

Já a vida é um direito e garantia fundamental, e por si só é um princípio. Veio para abarcar a todos, independentemente de qualquer distinção. A vida deve ser preservada. Quando se fala em direito à vida, se refere aqui à vida humana especificamente, devendo, portanto, ser uma vida digna, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. Não basta viver, mas tem de haver um nível de dignidade no modo de vida.

Em se tratando de vida e cultura, analisadas em conjunto, uma observação deve ser feita. O paradigma de vida digna varia de acordo com a cultura. O que para um pode ser ou parecer uma vida digna, para outro pode não ser bem assim, como no caso dos indígenas, aonde a vida com limitações físicas, mentais ou ser filho de mãe solteira não seja algo digno.

Fica claro que existe um conflito entre dois princípios constitucionais, vida e diversidade cultural. Logo, é preciso encontrar uma solução jurídica para resolver o conflito. Nas palavras de Paulo Bonavides (2015, p. 294): “Os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”.

Em se tratando de conflito de princípios constitucionais, a forma para solucionar é a técnica da ponderação. Ao conflito entre princípios dá-se o nome

de antinomias jurídicas impróprias. A diferença na forma de solucionar a antinomia jurídica imprópria se deve a diversos fatores, mas dentre eles podemos citar que os princípios não possuem uma hierarquia uns sobre os outros. O que ocorre é um princípio ter uma carga valorativa mais forte em determinada situação concreta, mas não o torna superior e nem tão pouco anula o princípio com o qual ocorre o conflito.

Para solucionar essa espécie de antinomia não se pode partir para o que a doutrina conceitua, grosso modo, método “tudo ou nada”, ou seja, aplicar um princípio em detrimento de outro. Isso por que, como dito, os princípios não possuem ordem hierárquica, mas sim cargas valorativas maiores ou menores que devem ser analisadas no caso em concreto (BARROSO, 2015).

A técnica da ponderação, como o próprio nome diz, vem de ponderar, equilibrar, ou seja, encontrar certa adequação para que os dois princípios em choque possam ser aplicados, sem se anular o outro de menor carga valorativa. Tal ponderação será feita por meio do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, sempre analisando o caso em concreto. A inadmissibilidade de se neutralizar integralmente a aplicação de um dado princípio decorre do respeito ao valor que neles se insere (BONAVIDES, 2015, p. 295).

Com respeito à técnica da ponderação, acentua o eminente ministro da Corte Constitucional brasileira, Luís Roberto Barroso: “A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas obras de arte modernas” (BARROSO, 2015, p. 334).

Para chegar a uma possível solução, o que não esgota totalmente o conflito e tampouco é a única solução cabível, é preciso preponderar o direito à vida, que no caso do infanticídio indígena tem uma carga valorativa maior que o respeito à cultura. Malgrado, não se pode, por isso, anular completamente o direito à cultura e o respeito às tradições e crenças indígenas. Uma possível solução vislumbrada é um diálogo pacífico, apresentando uma opção satisfatória, de modo a garantir a preservação da vida e o respeito à cultura.

7 | O DIÁLOGO INTERCULTURAL

O que se propõe, para que não existam mais mortes de crianças indígenas em nome das tradições, é que seja feito um diálogo intercultural, de modo a apresentar uma saída que não seja a morte a essas crianças. Entretanto, tal saída também deve permitir as tribos que adotam a prática do infanticídio sentirem que cumpriram as tradições.

O diálogo intercultural envolve muito mais que apenas uma solução jurídica,

abrange outros ramos variados da ciência, como antropologia, história, sociologia, filosofia e muitos outros. O próprio Estatuto do Índio prevê que o indígena seja integrado harmoniosa e progressivamente à comunhão nacional, ou seja, logo podemos entender que não deve haver uma imposição coercitiva do Estado, mas sim um meio pacífico.

O que se propõe, então, é a criação de uma espécie de Conselho Tutelar indígena, aonde os pais ou a tribo possam entregar a criança, visto que o objetivo da tradição consiste em retirar a criança da tribo, para livrá-los da maldição que a criança traria a tribo. O meio que eles dispõem de fazer isso, atualmente, é a morte. Mas, havendo um local para abrigar essas crianças, a tribo estaria cumprindo sua tradição e o Estado estaria garantindo a existência e preservação do direito à vida.

Como já mencionado, existe atualmente uma aldeia que abriga mães e crianças que fogem de suas tribos devido às tradições. O Estado poderia utilizar a estrutura já existente, injetando recursos nesse local, transformando em algo regulamentado, um abrigo mantido pelo Estado, com estrutura médica, psicológica, antropológica, e tudo mais quanto se achar necessário.

Se o PL nº 1.057/2007 for aprovado pelo Senado Federal e entrar em vigor, para que seja possível fazer valer a lei, antes de tudo será necessário o diálogo com as tribos, uma campanha de conscientização e apresentação da solução, da lei e a possibilidade de a criança retornar a tribo.

No caso de retirada da criança da tribo e sua não aceitação de volta, pode surgir aqui um questionamento sobre a perda da identidade cultural. Se for levado em conta o conceito de Edward B. Tylor (2014), a criança recém-nascida ainda não possui uma identidade cultural, pois ela ainda não conhece ou adquiriu qualquer dos elementos que constituem a cultura, ela possui apenas a naturalidade indígena, por ter nascido de pais índios, mas a identidade cultural ainda não foi formada. A cultura trata-se de um construído, não um dado. Logo, não se torna “aculturado” em um lapso imediato advindo com o nascimento, lado outro, forma-se partir das práticas cotidianas.

Já existe, atualmente, um trabalho de assistência médica nas tribos indígenas, contudo, ainda não é possível abranger todas as tribos. Se houvesse uma ampliação desse trabalho, a morte de crianças indígenas pode ser evitada, pelo acompanhamento médico nas tribos, apresentando métodos contraceptivos, vacinas em bebês para que evitem a paralisia infantil e outras doenças.

Em dezembro de 2015 foi realizada uma audiência pública em Manaus com a participação de índios, especialmente da tribo Xingu, para debater a prática do infanticídio nas tribos e pedindo uma providência do Estado sobre o fato que acontece diariamente em várias tribos (CONPLEI, 2015). No evento demonstrou-se o clamor dos próprios indígenas, pedindo para que algo seja feita pelas crianças,

dizendo que eles querem preservar suas tradições e culturas, mas não a prática que impõe a morte das crianças. Na conclusão dos indígenas, as tribos devem aumentar demograficamente, de modo que a prática do infanticídio impede que isso aconteça.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática do infanticídio em tribos indígenas envolve muito mais que apenas a violação do direito a vida, abrange também o direito a cultura e a preservação desta, como um modo de vida transmitido de geração em geração. É um assunto interdisciplinar, envolvendo, além da ciência jurídica, a antropologia, história, filosofia, sociologia, geografia, saúde pública, e tantas outras áreas.

O infanticídio acontece quando a criança nasce com alguma deficiência física, mental ou ainda quando nascem gêmeos, filhos de mãe solteira ou até mesmo o primogênito nasce do sexo feminino, isso por que acreditam que exista uma maldição sobre essas crianças. Depois de estudadas e entendidas as causas pelas quais o infanticídio ocorre, é possível perceber que existe uma parcela dos próprios indígenas que abominam a prática, preferindo a morte a cumprir a tradição.

Para resolver o problema em questão, que é o conflito entre dois princípios, direito a vida e diversidade cultural, deve-se utilizar a técnica da ponderação e encontrar um equilíbrio, aonde a vida possa ser preservada e a tradição cultural possa ser cumprida. Assim, o presente trabalho propõe a criação de um conselho tutelar indígena e o investimento médico nas aldeias e tribos indígenas. Ademais, que isso seja feito de forma pacífica, por meio do diálogo intercultural e não por força coercitiva do Estado.

Embora o tema não seja de grande destaque nas mídias sociais, o Estado já tentou e ainda tenta regulá-lo, como por meio da impróspera PEC de nº 303/2008. Também por meio do projeto de lei do Senado Federal para incluir no Estatuto da Criança e do Adolescente um rol de artigos da proteção à criança indígena, o que também não prosperou. Atualmente, espera-se apreciação do Senado Federal ao projeto de lei nº 1.057/2007, que foi aprovado na Câmara dos Deputados em dezembro de 2015.

Os estudos sobre o tema do infanticídio em tribos indígenas são muito mais amplos e abrangentes do que o tratado nesta pesquisa, a qual não esgota o tema, tão pouco apresenta a única solução cabível. O levantado na pesquisa é apenas uma das hipóteses de solução para que se evite a morte de crianças e que cuida de produzir uma espécie de provocação para que os múltiplos olhares se voltem a uma madura reflexão acerca do assunto.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Maíra de Paula. Universalidade dos direitos humanos e da personalidade versus relativismo cultural. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.
- _____. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Catete, 1940.
- _____. **Lei nº. 6.001 de 19 de dezembro de 1976**. Brasília-DF: Senado, 1976.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 303/2008**. Projetos de lei e outras proposições. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2g3pcpF>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- _____. **Projeto de Lei nº. 1.057/2007**. Projetos de lei e outras proposições. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2ep9zsw>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- CONPLEI. Conselho Nacional de Pastores e Líderes Evangélicos Indígenas. **Audiência pública sobre o infanticídio Manaus**. Dez. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fEtZLj>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- CUNNINGHAM, David L. **Hakani: a survivor's story** (Documentário), Suíça: TFI, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2eQdWLA>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- HOEBEL, E. A.; FROST, E. L. **Antropologia cultural e social**. São Paulo: Cultrix, 2006.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- LIDÓRIO, Ronaldo. Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil. **Ultimato**, n. 309, nov./dez. 2007.
- SENADO. **Projeto de Lei da Câmara nº. 119 de 2015**. Atividade legislativa. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2fs1y2D>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- _____. **Projeto de Lei do Senado nº. 295 de 2009**. Atividade legislativa. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2frRN4B>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- SILVA, Marília Ferreira; PEREIRA, Erick Wilson. Universalismo x relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social. In: CONPEDI; UNINOVE (Org.). **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade**. Florianópolis: Funjab, 2013.
- SOUZA, Raymond. **Infanticídio indígena no Brasil: a tragédia silenciada**. Winona: Saint Gabriel Communications International, 2009.
- SUZUKI, Márcia. **Uma voz pela vida...Hakani: quebrando o silêncio**. 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2fEGo1O>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- TYLOR, Edward Burnett. **A ciência da cultura**. Rio de Janeiro: Expresso Zahar, 2014.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: VIOLAÇÃO E EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE DA MULHER

Data de aceite: 12/12/2018

Data de submissão: 09/10/2019

Ana Beatriz Coelho Colaço de Albuquerque

Pós-graduanda em Direito Civil pela LFG

Cuiabá – MT

<http://lattes.cnpq.br/1490239149625898>

Ellen Laura Leite Mungo

Mestre em Educação e Meio Ambiente pela
Universidade Federal do Estado de Mato Grosso

Cuiabá – MT

<http://lattes.cnpq.br/0733452717853324>

REGENGE PORN: VIOLATION AND EXPOSURE OF WOMEN'S INTIMACY

ABSTRACT: The revenge porn against the woman represents, in addition to political, cultural and legal aspects, a public health problem, considering the growing realization that domestic violence is associated with physical and moral damage. By the way, it's necessary show the relation of revenge pornography as a gender crime and the need to apply a different punishment to those who use an intimacy relation to commit the crime.

KEY WORDS: Woman; Violence; Revenge Porn; Maria da Penha; Human Rights.

RESUMO: A pornografia de vingança contra a mulher representa, além dos aspectos políticos, culturais e jurídicos, um problema de saúde pública, haja vista a crescente constatação de que a mesma está associada a traumas psicológicos e morais. Nesse sentido, faz-se necessário mostrar a relação existente da pornografia de vingança como um crime de gênero e a necessidade da aplicação de uma punição diferenciada para aquele que se utiliza de uma relação de intimidade para cometer o delito.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher; Violência; Pornografia de Vingança; Maria da Penha; Direitos Humanos.

1 | INTRODUÇÃO

A pornografia de vingança tem tido destaque na atualidade, entre os crimes cibernéticos, tendo em vista seu alto índice de ocorrência, principalmente pelo anonimato que o meio virtual proporciona, sendo, também, alimentada pela própria sociedade, que julga de forma perversa as vítimas dos crimes desta natureza, aumentando as consequências devastadoras na vida daquelas que foram vítimas de tamanha crueldade.

Este artigo foi intitulado “Pornografia de

Vingança: Violação e Exposição da Intimidade da Mulher”, tendo em vista que a maioria das vítimas deste crime se relaciona a pessoas do sexo feminino, e será este o enfoque deste artigo, cujo objeto é a análise crítica com relação à aplicação de uma punição diferenciada para aquele que se utiliza de uma relação de intimidade para cometer o delito, e a contextualização deste como uma forma de violência de gênero, visto serem as mulheres a grande maioria das vítimas.

A violência de gênero representa, além dos aspectos políticos, culturais e jurídicos, um problema de saúde pública, haja vista a crescente constatação de que a mesma está associada não apenas à violência física, dotada de maior visibilidade em razão das lesões aparentes, mas também da violência psicológica e moral, muitas vezes tão ou mais devastadoras que a física.

Para o desenvolvimento deste artigo, é indispensável fazer um breve relato histórico-jurídico das conquistas feitas pelas mulheres, pois apesar de muito haver sido conquistado, ainda hoje é possível observar o quanto ainda precisa ser mudado, inclusive para evitar retrocessos, visto que muitas vezes as conquistas não conseguem ter a aplicabilidade prevista.

O ordenamento jurídico brasileiro considera a criação da Lei Maria da Penha como uma conquista para a sociedade, pois tem como principal objetivo punir e coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher. Nesse sentido, é importante a análise rápida das consequências geradas após a criação da referida lei, tendo em vista o importante marco que ela significou: falar diretamente sobre a proteção da mulher e a violência de gênero.

Por oportuno, analisaremos a mais recente lei criada em 24 de setembro de 2018, a Lei nº 13.718, que veio estabelecer em definitivo o crime de divulgação de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável, ou que faça apologia ou induza à sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. Tal projeto já estava em discussão há bastante tempo, e agora fora aprovado, representando um grande avanço com relação à temática.

Por fim, expor a grande importância da conquista desse direito adquirido pela sociedade, em proteção à mulher, contra a violência sofrida por ela. Mostrando que as legislações em questão vieram com a missão de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que aflige grande parte das mulheres no Brasil e no mundo, que é a violência de gênero, relacionada diretamente ao crime de pornografia de vingança.

2 | DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E JURÍDICO DA CONQUISTA DOS DIREITOS DAS MULHERES

No decorrer da história da humanidade, a mulher sofreu muita discriminação, porém nunca deixou de lutar para conquistar seus direitos. Vale ressaltar que, no início da colonização do Brasil, as famílias que aqui viviam eram muito influenciadas pela igreja católica e, sob esse aspecto, Saleh (2012, p. 351) faz uma observação quanto à imposição da Igreja Católica, que pregava a proteção da moral e dos bons costumes das famílias, e para que isso fosse possível, acreditava que as mulheres deveriam ser submissas, de forma a haver uma hierarquia familiar entre os homens, a qual a mulher sempre estava abaixo de todos eles.

Em meados do século XIX, com a Revolução industrial, as mulheres de classe baixa realizaram um grande passo na história ao conseguirem sair do ambiente familiar doméstico e começarem a trabalhar, recebendo seus próprios salários. No entanto, as mulheres de classe média e alta não ingressaram nessa “luta”, pois estas mantinham os costumes pregados pela Igreja Católica. E de acordo com Muraro (1995, p. 135), nos anos sessenta, ocorreram movimentos feministas, onde as mulheres manifestaram contra a discriminação econômica, tendo em vista que trabalhavam igual aos homens e recebiam salários menores.

Ainda nesse sentido, depois de anos de luta, as mulheres deram início a uma nova luta, que era pela sua dignidade e contra a violência doméstica familiar. Com isso, a proteção a ser conquistada se tornou física e psíquica, pois, de acordo com Lima, Buchele, Clímaco (2008, p. 69) a questão da violência vai além da responsabilidade judicial, mas também é vista como uma problemática na esfera da saúde pública e coletiva, o que impetra a elaboração de políticas públicas específicas e serviços voltados para a prevenção e tratamento.

Nesse sentido, Cortês (2009, p. 13), relata que em meados da década de setenta, as mulheres foram às ruas para combater a violência doméstica, e com o slogan “Quem ama não mata” protestaram pela impunidade dos homens que assassinavam suas esposas em nome da “legítima defesa da honra”, o que marcou o início de protestos e discussões acerca do tema, e a reivindicação por leis e serviços específicos que suprissem as necessidades existentes.

Contudo, foi com a chegada da Constituição Federal em 1988, que surtiu efeito toda a cobrança e pressão que foram feitas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e de movimentos feministas na Assembleia Constituinte, resultando na igualdade entre os sexos, e muitos outros direitos, prescritos no artigo 5º, incisos I e II da Carta Magna, que dispõe: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A constituição federal de 1988, estabeleceu que a família pode ser constituída por outras entidades além do casamento, em seu artigo 226, e, além disso, equiparou mulheres e homens em obrigações e direitos, através do princípio da isonomia, estabelecendo como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, e em seu parágrafo 8º, juntamente com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra Mulher, tem a intenção de oferecer proteção à mulher, uma vez que esta é subjugada vulnerável fisicamente e economicamente.

Outrossim, no ano de 2006, depois de 18 anos da Constituição Federal de 1988, surgiu a maior conquista para as mulheres, a criação de uma lei que protegia a dignidade das mulheres e o combate à violência doméstica e familiar por elas sofridas. O projeto de lei foi aprovado por unanimidade em todas as instâncias, criando a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha.

Souza (2010, p. 64) faz uma alusão ao artigo 226, *caput*, parágrafo §8º da Constituição Federal, que se concretizou com a criação da referida Lei, no domínio infraconstitucional:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 8º O Estado assegurará à família na pessoa e cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Por fim, importante ressaltar que há sempre discussões acerca do que pode ser melhorado ou criado para que haja uma maior efetividade dessa proteção. Em virtude disso, foi sancionada a mais nova Lei Federal nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que considera crime a importunação sexual e a divulgação de vídeo ou foto sem consentimento, o que configura enorme avanço em virtude dos diversos casos que vêm ocorrendo.

3 | A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A violência de gênero é uma das formas mais perversas de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre no seio familiar ou em torno deste, local onde deveria imperar o respeito e o afeto mútuo, e em razão do menosprezo pelo fato de a vítima ser mulher.

Para Nucci (2010, p. 1.259), a violência significa qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Nesse sentido, percebemos que a palavra violência tem como entendimento padronizado nos tipos penais, a representação da violência física. Por esse motivo, vários tipos incriminadores fazem uso da expressão *grave ameaça*. Contudo, cada vez mais se observa casos em que a violência moral e psicológica prevalece em detrimento da física, provocando, muitas vezes, danos psicológicos ainda mais severos, como é o caso dos crimes relacionados à pornografia de vingança.

Ainda nesse sentido, Nucci (2010, p. 1.264) traz que a relação íntima de afeto é o relacionamento estrito entre duas pessoas fundamentado na amizade, amor, simpatia, entre outros. Com isso, percebe-se que em muitos casos, os crimes são possibilitados em virtude desta relação de confiança existente entre as partes, o que deveria ser levado em consideração no momento da aferição da pena, por se tratar de um agravante em razão da quebra de confiança.

A pornografia de vingança se caracteriza pela divulgação não autorizada de material fotográfico ou vídeos íntimos de mulheres, que são divulgados por pessoas conhecidas, normalmente um ex-parceiro que não se conforma com o término do relacionamento, causando consequências devastadoras na vida de quem é vítima de tal crime.

Um dos primeiros casos de maior repercussão ocorridos no Brasil foi o da repórter Rose Leonel, que após o término de um relacionamento de 04 anos, teve sua vida social destruída pelo ex-parceiro, que invadiu seu e-mail pessoal e enviou suas fotos íntimas para todos os seus contatos, incluindo seu chefe, amigos do trabalho e o diretor da escola dos seus filhos. Além disso, publicou as fotos em sites internacionais e distribuiu panfletos pela cidade, sempre com o celular da vítima para contato, do seu filho de 11 anos, e uma propaganda de que a mesma era garota de programa.

A vítima perdeu o emprego, quase perde os filhos (um deles foi morar no exterior por não aguentar a exposição), e por muito pouco não abriu mão da própria vida, pois foi excluída e julgada pela sociedade até conseguir se reerguer. Hoje, ela criou a ONG “Marias da Internet”, que dá suporte, informações e ajuda mulheres vítimas desse tipo de crime.

O caso acima ocorreu no ano de 2006, e foi a Lei Maria da Penha que conseguiu dar algum suporte para a vítima, em razão da falta de legislação específica à época, protegendo-a das ameaças psicológicas que o agressor realizava, visto que a lei descreve como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher a violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial, e violência moral.

No entendimento de Saleh (2012, p. 361), a referida legislação, em seu artigo 7º e seguintes, inovou ao incluir a violência psicológica, pois se trata da violência mais comum e a menos denunciada, já que, na maioria dos casos, nem a própria mulher sabe que está sendo vítima desse tipo de violência.

A violência psicológica, segundo art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, é definida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima, ou que lhe prejudique o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, por meio de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante,

perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo a saúde psicológica.

Destarte, a violência moral, segundo art. 7º, inciso V, da referida lei, é entendida como qualquer conduta que configure aos crimes contra honra, que são: a calúnia, difamação e a injúria. Ressalta-se aqui a íntima relação com o crime em discussão, tendo em vista a íntima relação com o crime de honra, visto que há uma deturpação da imagem da mulher, em virtude das imagens reveladas.

Por oportuno, importante frisar, que a Lei Maria da Penha, apenas é utilizada de forma subsidiária, em detrimento da falta de uma lei específica que legisle de forma integral o crime em questão. E que com o avanço dos estudos e discussões, muito já foi acrescentado ao ordenamento infraconstitucional, que serve de suporte à referida lei, quando a questão é a efetiva punição do crime de pornografia de vingança.

4 | PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: VÍTIMA OU CULPA CONCORRENTE?

O crime de pornografia de vingança tem seu caráter reprovável exatamente em virtude da quebra de confiança que ocorre entre as pessoas após o término de um relacionamento, movidas unicamente por sentimentos de vingança, visando a humilhação do outro, e sua sub-rogação.

Contudo, atualmente, é cada vez mais comum, principalmente entre a nova geração, o envio de fotografias íntimas sem que haja, muitas vezes, qualquer relacionamento fixo com a outra parte, são os chamados “nudes”, que são enviados, em alguns casos, para mais de uma pessoa, e sem que haja necessariamente uma relação de confiança consolidada. Nesses casos específicos, já existem decisões que consideram que a vítima concorreu para a ocorrência do delito, assumindo os riscos ao enviar suas fotos íntimas sem que houvesse qualquer garantia de que as mesmas não seriam reenviadas a terceiros.

Todavia, importante ressaltar a necessidade da imparcialidade que o julgador deve ter com o caso concreto, abstendo-se de suas opiniões e julgamentos pessoais, tendo em vista, inicialmente, que os laços de confiança não podem ser medidos por tempo de relacionamento, e que o fato de a vítima enviar as fotos por vontade própria não a faz concorrer com qualquer delito, pois ela enviou para uma pessoa ou um número de pessoas específicas, acreditando que elas não reenviariam para ninguém, e o próprio artigo 20 do Código Civil estabelece que:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se

destinarem a fins comerciais.

Logo, receber a foto da vítima não significa estar autorizado a repassar a mesma para ninguém, o que não pode acarretar em culpa concorrente. E não há como medir a relação de confiança existente em um relacionamento, seja ele virtual ou pessoal, duradouro ou fugaz, e o fato de haver a quebra dessa confiança, já é motivo suficiente para a necessidade de uma reparação.

Ninguém concorre para ter sua vida íntima exposta, destruída socialmente. Além disso, até a Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, não havia tipificação específica para este tipo de crime, então basicamente a indenização moral e material era a única punição eficaz que o autor do delito recebia, logo, não fazia sentido diminuí-la em razão de culpa concorrente da vítima, aumentando ainda mais a impunidade. Importante salientar, também, que ao falar de culpa concorrente, refere-se unicamente ao que diz respeito à indenização civil, não abrangendo, portanto, a esfera criminal.

5 | A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

A legislação brasileira tem evoluído com relação aos crimes praticados com o resguardo da internet, contudo, muito ainda precisa ser feito, pois apesar dos avanços, ainda há grande espaço para a impunidade nessa área, ou até mesmo penas que não fazem jus ao alcance do seu delito, em virtude do alcance incalculável que a internet proporciona nos dias atuais, através, principalmente, das redes sociais e sites de divulgações de vídeos e imagens.

A divulgação de materiais com teor sexual, no Brasil, sem o consentimento da parte, era considerada apenas um crime passível de indenização moral e material na esfera cível. Ou seja, o crime de pornografia de vingança era, em verdade, classificado como difamação ou injúria, previstos respectivamente nos artigos 139 e 140 do Código Penal, podendo, ainda, haver complementação com a Lei Maria da Penha, caso houvesse qualquer relação de intimidade entre as partes, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou, ainda, com a Lei nº 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann), caso o material tivesse sido obtido através da invasão de dispositivos eletrônicos alheios.

Assim, nota-se que no caso do crime da pornografia de vingança em si, a Lei que era usada de forma subsidiária era a Lei Maria da Penha, em razão da relação de intimidade entre as partes, caracterizando uma relação doméstica. Contudo, a mesma não traz em seus dispositivos uma previsão legal específica para este crime em si, o que fazia com que as penas aplicadas ao caso concreto não fossem efetivas o suficiente, nem para aquele que cometeu o crime, e muito menos para as

vítimas, que não sentiam a reparação do dano de forma efetiva.

A mais recente lei criada, que versa sobre este tema, foi publicada em 24 de setembro de 2018, a Lei nº 13.718, que, entre outras mudanças, alterou o Código Penal Brasileiro, acrescentando o artigo 218-C:

Art. 218-C: “Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio — inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática —, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave”.

Nota-se que o artigo prevê a pena de 01 a 05 anos, mas há, ainda, a possibilidade de uma causa de aumento de 1/3 a 2/3 na hipótese de relação afetiva ou finalidade de vingança/humilhação por parte do agente (o que caracteriza exatamente o crime de pornografia de vingança, sendo, portanto, a primeira lei a abranger de forma direta o tema, no Brasil).

Inegável o avanço legislativo com a criação desta lei, por se tratar, agora, de uma forma direta de punir o crime de pornografia de vingança, eliminando a dificuldade que existia acerca da aplicação legislativa ao caso concreto. Contudo, não apenas a lei irá coibir a prática deste delito, sendo necessário a existência de políticas públicas de conscientização do verdadeiro papel da mulher na sociedade, avançando, também, para uma mudança na forma como a sexualidade feminina é vista e julgada nos dias atuais.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, percebe-se o quanto já se evoluiu ao longo dos anos no que diz respeito às conquistas das mulheres por um lugar de igualdade ao lado do homem na sociedade brasileira. Contudo, ainda existe enraizado em nossa cultura valores e costumes machistas, que nos remetem às épocas passadas e nos fazem, quase que automaticamente, a pensar e julgar a mulher como um modelo perfeito de mãe, esposa e dona de casa exemplar. Por este motivo, qualquer coisa que fuja desse “padrão machista”, gera polêmica e julgamentos, fazendo com que a maior consequência devastadora do crime de pornografia de vingança, seja, então, a própria sociedade.

Em razão disso, a grande maioria das vítimas desse tipo de delito são as mulheres, caracterizando-se, assim, como um crime de gênero, abrangendo, especificamente e prioritariamente a violência psicológica e moral, em razão da grande repercussão na vida como um todo da vítima do crime de pornografia de vingança, que tem sua intimidade exposta para um número incontável de pessoas,

e muitas vezes distorcida da realidade (em muitos casos o ex-parceiro propaga as imagens/vídeos e o telefone de contato da vítima como se a mesma fosse garota de programa).

Assim, até hoje não havia uma legislação específica que abrangesse os casos específicos de pornografia de vingança, em razão da necessidade de uma causa de aumento para esse tipo de delito, que ocorria dentro do seio familiar, numa relação de confiança preexistente. Contudo, com o advento da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, foi editado o artigo 218-C do Código Penal Brasileiro, que não apenas prevê especificamente esse tipo de crime, como também prevê a causa de aumento de 1/3 a 2/3 na hipótese de relação afetiva ou finalidade de vingança/humilhação por parte do agente.

Agora, necessário também a existência de políticas públicas que visem a maior informação acerca das consequências que tal prática delituosa poderá acarretar, além, claro, do esclarecimento acerca do real papel da mulher na sociedade como um todo, saindo de um quadro visionário machista, ampliando e mudando essa realidade, o que irá refletir diretamente na forma como a sociedade olha para a mulher, e na incidência dos crimes de gênero, incluindo aqui a pornografia de vingança.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de setembro 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 678 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

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/del2848.htm. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 05 de setembro de 2018.

BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no Direito Brasileiro. 2015. 110 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%C3%B3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 de outubro de 2018.

CORTÊS, Iáris Ramalho; MATOS, Milena Calasans de. **Lei Maria da Penha: do papel para a vida**. Comentários à Lei 11.340/06 e sua inclusão no ciclo orçamentário. Brasília: Centro Feminista de Estudo e Assessoria, 2007. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/leimariadapenhadopapelparaavida_2edicao.pdf. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

COSTA, Marli M. Moares da; RITT, Caroline Fockink. A violência doméstica contra a mulher: uma afronta aos direitos humanos de terceira geração, direitos Fundamentais e a dignidade humana. In: II

Jornada de produção Científica de Direitos Humanos. Criciúma-SC, 2009. CD-ROM.

LIMA, Daniel Costa; BÜCHELE, Fátima; CLÍMACO, Danilo de Assis. Homens, gêneros e violência contra a mulher. 2008. 81 f. **Portal de revista da USP**, Saúde Soc. São Paulo, v.17, n.2, p.69-81, 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/7578/9100>>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

MURARO, Rose Marie. **A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro.** 4 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza.- 5.ed. ver. atual. e ampl. - **Leis penais e processuais comentadas.** São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais,2010.

PIOVESAN, Flávia – **Temas de direitos humanos** – São Paulo, Saraiva,2009, p.229.

SALEH, Sheila Martignago; SOUZA, Juliana Machado de. Medidas protetivas cíveis da lei 11.340/06 e sua apreciação judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5653>>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

SALES, Renata Corsini de. **A Pornografia de Vingança à luz da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais de Justiça das regiões Sul e Sudeste.** 2017. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11475/Sales_Renata_Corsinide.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 de Outubro de 2018.

SOUZA, Rafael Bezerra de. **Violência doméstica: possíveis retrocessos na efetivação da lei Maria da Penha.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em:<www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 12 de setembro de 2018.

VARELLA, Gabriela. **O que difere a pornografia de vingança dos outros crimes é a continuidade.** 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/o-que-difere-pornografia-de-vinganca-dos-outros-crimes-e-continuidade.html>. Acesso em: 15 de Outubro de 2018.

VICENTINO, Cláudio. **História: memória viva: Brasil: período imperial e republicano.** 11ª edição. São Paulo: Sipione, 1998.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, UM ÓBICE QUE ULTRAPASSA GERAÇÕES

Data de aceite: 12/12/2018

Matheus Alberto Rondon e Silva

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Várzea Grande (UNIVAG). matheusrondon@hotmail.com.br

Carolina Dal Ponte Carvalho

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Várzea Grande (UNIVAG). carol-dl@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a Mulher; Dados da Delegacia Especializada da Defesa da Mulher em Cuiabá; Violação de Direitos Humanos; Lei Maria da Penha.

Após a Primeira Grande Guerra, a mulher revolucionou a maneira de como a sociedade a enxergava. Assim, houve uma expressiva mudança de paradigma em relação ao sexo feminino. A criação da Delegacia Especializada em Defesa da Mulher em Cuiabá e a Lei 11.340 de 2006, por exemplo, acrescentou para o combate à violência contra as mulheres. Dessa forma, há uma ambiguidade nesses avanços, pelo fato de que as mulheres ainda estão “presas” em uma cultura machista, logo, há

na sociedade cuiabana e entre na sociedade brasileira como um todo, indivíduos do sexo feminino que não trabalham, isto é, estão economicamente dependentes do parceiro. Assim, as mesmas, por esse fator, continuam na relação conturbada com medo de não ter como se sustentar, mesmo contendo um grau de instrução mediano, por exemplo. Um resquício de séculos passados.

Não obstante, hodiernamente, com os elevados índices de violência doméstica, este tema tem se tornado um dos maiores problemas enfrentados no país, infelizmente derivado de uma cultura sexista que até então se achava enraizada no emprego da violência como um método de solução de conflitos sempre colocando a figura da mulher em situação de inferioridade em relação ao homem, lhes impondo total obediência e submissão ao seu companheiro. Sem embargo, com todos os grandes movimentos de luta das causas feministas nos últimos 30 anos assim como o empoderamento feminino que estamos vivenciamos atualmente.

Além disso, o Brasil através da criação da Lei nº. 11.340/2006, intitulada como Lei Maria da Penha acrescentou para o combate à violência contra as mulheres, que

é classificada pela ONU como uma das piores formas de violação aos Direitos Humanos. A Lei a qual apenas surgiu após inúmeras pressões internacionais, com o objetivo de devolver a cidadania, as mulheres e de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, logo, este estudo tem como escopo realizar um levantamento quantitativo e qualitativo baseado em dados fornecidos pela Delegacia Especializada em Defesa da Mulher (DEDM), publicados em seu anuário de 2017. Assim, tal levantamento aponta que um elevado número de casos de violência doméstica no ano de 2017, totalizando 2.718 vítimas atendidas.

Dentre esses casos podemos destacar alguns dados relevantes, como o maior número de vítimas atendidas pela DEDM está entre 27 a 40 anos, essa cifra representa 40% do total de atendimentos prestados no ano de 2017. Outrossim, pode-se notar que no tocante as vítimas declaram possuir o 2º Grau, e na seguinte temos o Nível Superior Completo. Os dados aduzem dessa forma, que não há relação entre o grau de instrução e a probabilidade de a mulher ser vítima, porém demonstram que as mesmas com um grau de instrução elevado possuem maior facilidade em buscar auxílio institucional.

Outro fato importante que podemos destacar é ao analisar as profissões das vítimas, no ano de 2017, notamos que os índices apontam com maior incidência a condição de Desempregada e Dona do Lar, nessas é perceptível a grave vulnerabilidade econômica, em que as mesmas seguem dependentes de seus agressores.

Por conseguinte, o objetivo deste trabalho é mostrar, que apesar de o sexo feminino ter dado um grande salto em relação à conquista de seus direitos e independência financeira continua sendo vítima de companheiros truculentos. Com a criação da DEDM, as vítimas recebem um tratamento humanizado diante das agressões a qual era vítima. Logo, conclui-se que o maior problema não é no nível de instrução das mesmas, e sim, pelo fato de possuírem uma vulnerabilidade econômica, pois os dados do Anuário mostram que a maioria das vítimas são desempregadas ou dona do lar, assim, há muito que melhorar para que a dignidade delas seja preservada. Dessa forma, a violência doméstica é o empecilho que ultrapassa gerações.

REFERÊNCIAS

Secretaria de Segurança Pública do Estado. Atendimentos na Delegacia Especializada de Defesa da Mulher de Cuiabá/MT. Cuiabá, 2017.

COMAR RIVA, Leia. Um olhar para a história e as conquistas da mulher contra a violência doméstica. Cuiabá, 2015

A INSERÇÃO DO GÊNERO FEMININO NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS NO SÉCULO XXI

Data de aceite: 12/12/2018

Data de submissão: 14/10/2019

Bruna Paust Reis

Acadêmica da Universidade Franciscana
Santa Maria- RS
<http://lattes.cnpq.br/7986529828670078>

Letícia Ribeiro de Oliveira

Acadêmica da Universidade Franciscana
Santa Maria- RS
<http://lattes.cnpq.br/3689270168472571>

RESUMO: O presente trabalho busca abordar a inserção das mulheres no Exército Brasileiro no século XXI, buscando apresentar formas de contribuição para o enfrentamento institucionalizado às desigualdades de gênero e eliminação das diversas formas de discriminação contra a mulher na esfera militar. Nesse contexto, objetiva-se através desta pesquisa, analisar os cargos ocupados por mulheres e em quais ainda não são aceitas, comparando os gêneros em relação aos serviços prestados. Ponderar-se-á também, a importância histórico-social do país e sua influência cultural até os dias atuais. Ainda, em um segundo momento, será abordado com ênfase a atualidade desse

sistema. Para desenvolvimento do trabalho, empregou-se o método dedutivo de abordagem, pois parte de um contexto geral para um âmbito mais específico. Concluindo o estudo, pôde-se observar o aumento da igualdade com relação aos cargos e funções ocupados pelas mulheres e homens nas instituições militares, e que tal igualdade ainda está em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdade; Forças; Militar; Mulheres.

THE INSERTION OF WOMEN IN THE BRAZILIAN ARMED FORCES IN THE 21ST CENTURY

ABSTRACT: This present work seeks to address the insertion of women in the Brazilian Army in the 21st century, seeking to present ways of contributing to the institutionalized confrontation of gender inequalities and to alter the various forms of discrimination against women in the military sphere. In this context, the objective of this research is to analyze the positions held by women and which ones are not yet accepted, comparing genders in relation to the services provided. We will also consider the historical and social importance of the country and its cultural influence until nowadays. Furthermore, in a second moment, it will be approached with

emphasis the actuality of this system. For the development of the work, the deductive approach method was used, since it starts from a general context to a more specific ambit. Concluding the study, we could observe the increasing proportion regarding to the positions and functions occupied by women and men in military institutions, and that this freedom is still under development.

KEYWORDS: Inequality; Forces; Military; Women

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Advindo de uma cultura histórico-social em relação às mulheres no mercado de trabalho, a luta por igualdade perpetua até os dias atuais, no entanto, referindo-se a conquistas e aceitação no serviço ativo das Forças Armadas, as mulheres ganham força significativa em 1943 durante a Segunda Guerra Mundial, quando houve a inserção feminina no Exército Brasileiro.

Como pioneiras de uma conquista histórica de relevante importância para todas as mulheres do país, essa evolução no serviço militar, onde a discriminação e repressão se mostram de maneira tão forte – abrigou as mulheres para que servissem como enfermeiras, prestando atendimentos hospitalares e nos transportes aéreos.

O processo de inserção de mulheres nas Forças Armadas ainda está em construção e longe de atingir equidade setorial, entretanto, um pequeno avanço construiu-se até os dias atuais com academias militares que já aceitam e ofertam concursos de ingresso com serviços diretamente ligados a armas e combate. O preconceito da época tardeou a inserção da mulher no Exército, a cultura *paterfamiliar* e a visão doméstica da mulher que devia “servir” ao homem, aos filhos e a casa agravaram a inclusão trabalhista em um universo masculinizado que era visto os quartéis, entidades militares.

As conquistas femininas no trabalho das forças armadas estão evoluindo e ganhando espaço atualmente, mas, embora o posicionamento venha se mostrando crescente, a integração militar feminina está longe de se concretizar, a masculinidade contempla uma dominação no Exército em geral e principalmente direcionado a área de combate. Por isso, ainda há uma necessidade de ser discutidas as questões de comportamento e estereótipos estabelecidos pelo exército e, em vezes, pela sociedade para se chegar próximo a uma extinção da discriminação.

A fim de esclarecer e entender a desigualdade social entre homens e mulheres nos posicionamentos militares conferidos a cada sexo dentro do sistema das instituições, um ponto deste trabalho será dedicado a estereótipos de gêneros e os reflexos deste na amplitude atual da nossa sociedade brasileira. Para tanto, o presente trabalho limitou-se ao problema da desigualdade, existente no século XXI, quanto à inserção de mulheres direcionadas a área de combate nas Forças

Armadas Brasileiras.

Desse modo, empregando-se os métodos de procedimento histórico e comparativo haja referido anteriormente a visão histórico-cultural a ser explorada, bem como a equiparar os gêneros em relação ao serviço de combate aceito no Brasil. Outrossim, utilizou-se o método dedutivo, pois parte de um contexto geral para um âmbito mais específico. Porquanto, relatar-se-á a história da mulher no Exército, como iniciou esse processo de inclusão e ainda, o posicionamento atual destas na carreira militar brasileira, objetivando expandir o conhecimento a respeito das mulheres nas academias e a discriminação.

2 | A HISTÓRIA DA MULHER NAS FORÇAS ARMADAS

No decorrer dos anos a inclusão da mulher no contexto militar foi sendo expandida, ao passo que as mulheres foram admitidas inicialmente na administração do exército e posteriormente, em diversos cargos voluntários na área da saúde. No decurso da década de 70, diversos países começaram a admitir o ingresso de mulheres nas Forças Armadas, as quais passaram a receber algumas instruções sobre o serviço militar.

Como marco inicial, temos diversas literaturas que afirmam a presença de mulheres nas Forças Armadas desde a II Guerra Mundial, onde prestavam serviços militares na área de saúde e tarefas de apoio em áreas de retaguarda. Após a guerra, a grande maioria foi dispensada por julgarem-nas desnecessárias para aquele serviço. No Brasil, a inserção feminina nas Forças Armadas como militar ocorre tardiamente na década de 80.

A pioneira no Brasil foi Maria Quitéria de Jesus, nascida no interior da Bahia. Maria Quitéria não teve uma educação formal, em escolas. Como se desenvolveu no meio sertanejo, aprendeu a montar, a caçar e a usar armas de fogo. Com a guerra instalada, principalmente em seu estado, em virtude da declaração da independência da República em 1822, Maria Quitéria desejava alistar-se e pediu permissão para seu pai, que negou o pedido.

Alistou-se, em 1822, no Regimento de Artilharia, em Cachoeira, localizado na Bahia, como soldado Medeiros, tomando o nome do cunhado. Em seu batismo de fogo, na foz do rio Paraguaçu, é revelada a sua verdadeira identidade feminina.

Maria Quitéria enfrentou uma sociedade conservadora, repleta de tabus e preconceitos, personalizada na figura de seu pai, mas manteve a sua convicção e a coragem de seguir nos seus ideais. Fugiu dos padrões da mulher comum daquele tempo, que aceitava o casamento, a comodidade e a segurança de um lar, com marido e filhos em seu papel social. Tornou-se a primeira mulher a assentar praça em uma unidade militar brasileira. Após a batalha foi coroada pelo próprio imperador,

que a condecorou com a medalha e o título de cavaleiro do recém-fundado Império com os dizeres:

“Querendo conceder a D. Maria Quitéria de Jesus o distintivo que assinala os Serviços Militares que com denodo raro, entre as mais do seu sexo, prestara à Causa da Independência deste Império, na porfiosa restauração da Capital da Bahia, hei de permitir-lhe o uso da insígnia de Cavaleiro da Ordem Imperial do Cruzeiro”.

Após o acontecimento, houve raríssimos casos de admissão de mulheres no ingresso no Exército ou correlacionados, até meados de 1980, como veremos a seguir.

No Brasil, o pioneirismo da admissão das mulheres nos estabelecimentos militares e correlacionados coube à Marinha com a criação em 1980, pelo então ministro da Marinha no governo do General Figueiredo, do Corpo Auxiliar Feminino da Reserva, tendo como objetivo atuar na área técnica e administrativa.

Pouco tempo depois da entrada feminina na Marinha, em 1982, ocorre na Aeronáutica, o ingresso da primeira turma de mulheres pela Força Aérea Brasileira, com a criação do Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica saindo, assim, graduadas como 2ª Tenentes, 3º Sargentos e Cabos. O Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica é criado com a Lei nº 6.924 de 29 de Junho de 1981. Porém, até aqui também desempenhavam atividades técnicas e administrativas.

Em 02 de outubro de 1989, o exército instituiu o Quadro Complementar de Oficiais mediante concurso público, através da Lei nº 7891, possibilitando a entrada das mulheres na Escola de Administração do Exército (EsAEx), sediada em Salvador, na Bahia. Novamente, a entrada das mulheres na Escola de Administração do Exército teve como objetivo suprir as demandas exigidas nas áreas técnicas e administrativas.

A imagem da mulher para os militares sempre esteve atrelada a funções de dona de casa, mãe e esposa. Após a sua inserção, mesmo que técnica e administrativa nos âmbitos militares, a identidade feminina construída pelos militares brasileiros apoiava-se no argumento sexista da fragilidade, obediência, dependência, dentre outros. Essas mulheres tinham dificuldade no que diz respeito ao comando, liderança, força física, características essas atribuídas pelos comandantes e militares do sexo masculino.

Cristiane Rosas Villardo em seu artigo trabalha um pouco com a questão da entrada das mulheres nas Forças Armadas e a sua situação no exército, como se segue:

Uma importante batalha na guerra contra o pré-conceito foi vencida a onze anos com a entrada definitiva da mulher na Força Terrestre. Muitas vitórias têm sido alcançadas desde então; resta, porém, muito a conquistar. Por meio de um trabalho sério e competente, a militar vem mostrando possuir atributos necessários ao desempenho de determinadas atividades na caserna, estreitando, cada vez

mais, as diferenças entre os sexos (VILLARDO, 2003, p. 30).

O processo de inserção de mulheres nas Forças Armadas ainda está em construção, em 2002 foi aceito e instituído o concurso público para sargento nas áreas de saúde. No entanto, em contexto geral se tem um conjunto de avaliações necessárias para que sirvam à Pátria, e nesse sentido de ambos os sexos, sendo mais limitado às mulheres.

2.1 Estereótipos de Gêneros e o Exército Brasileiro

Os estereótipos, conforme Ferreira (2004, p. 120), carregam consigo atributos negativos de grupos sociais. É uma construção, geralmente, de uma maioria sobre uma minoria onde não há espaço para serem quem são e sim como a maioria deseja que sejam e somente assim, conforme o padrão serão aceites. Desse modo, então, em uma relação de diminuir o outro que os estereótipos surgem e se materializam. (Roso e col., 2002, p. 78).

A integração militar feminina ocupa lugares minoritários nas estatísticas oficiais, sendo assim, de acesso mais restrito e com limitações afrontosas para mulheres com sonhos de carreira na área de combate do exército (Helena Carreiras p.02, 2011). Relacionando as posições de poder, estudos empíricos mostram que ainda há uma falta de valorização com os cargos dispostos ao gênero feminino e sua compatibilidade com os níveis de integração social destas (Winslow e Dunn, 2002) .

Segundo o entendimento de Maria Isabel de Souza Ramos (p. 41, 2012), observamos:

“De facto, o combate aos estereótipos de género, ou seja, à uma visão sexista do valor e dignidade das mulheres e dos homens, continua a ser alvo de preocupação na atualidade. É precisamente à persistência de estereótipos de género, que atribuem às mulheres e aos homens capacidades e papéis específicos e tradicionais, estereótipos que perpassam todas as esferas da vida provocando desigualdades.”

Por outro lado, Santos (1999) afirma que:

“há que reconhecer que nem toda a diferença é inferioridade. (...) Uma política de igualdade que nega as diferenças não inferiorizadoras é, de facto, uma política racista. (...) Sempre que estamos perante diferenças não inferiorizadoras, uma política de igualdade genuína é a que permite a articulação horizontal entre identidades discrepantes e entre as diferenças em que elas assentam” (p. 44).

A partir do exposto, a realidade brasileira em relação a estereótipos tem se mostrado ainda enfraquecida nas buscas por equidade. Contudo, comparando e analisando historicamente, houve um processo de manutenção significativo.

3 | SITUAÇÃO ATUAL DAS MULHERES NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

Nos últimos anos, muito foi realizado para integrar as mulheres nas áreas castrenses de maneira a deixá-las em pé de equidade com os homens, tendo como principal consequência o aumento gradual e efetivo de inserção nos cargos oferecidos. Tal integração está ocorrendo de forma voluntária para as mais diversas atividades, uma vez que o serviço militar não é obrigatório para o segmento feminino, conforme legislação em vigor.

Conforme dados retirados do site do Ministério da Defesa, atualmente as mulheres ainda são minorias nas áreas militares, sendo que na Marinha possuem um efetivo total de 68.604, sendo que mulheres são 6.922, o que corresponde a 10,08%. No Exército, principal foco desse estudo, são os menores números, existem um efetivo total de 186.722, e de mulheres somente 6.009, que corresponde a 3,2%. Já na Força Aérea, possuem um efetivo total de 67.614, deste número 9.322 são mulheres, correspondendo a 13,78%.

A mudança de valores culturais da sociedade é um dos principais fatores de integração das mulheres nas Forças Armadas. É de suma importância o trecho a seguir, retirado de um artigo produzido por Hermann de Oliveira:

“As mulheres têm lutado por direitos iguais tanto na esfera privada como na pública, inclusive demandando diversas ações judiciais reivindicando seus direitos de inclusão. A emancipação da mulher em muito contribui para a sua participação nas atividades laborais. Essa mudança modificou a forma de ver da sociedade, exigindo do legislador, regras novas para a ocupação de cargos passíveis de serem preenchidos pelas mulheres.”

A posição da mulher nos espaços de poder e decisão abre lugar para o surgimento e desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária, equilibrada e justa. Tal posicionamento está explícito no capítulo 5 do PNPM 2013-2015:

A construção de uma sociedade justa e democrática passa necessariamente pela igualdade entre mulheres e homens. Hoje, todas as organizações internacionais e acordos entre os países indicam como recomendações a ampliação da presença das mulheres nos espaços de poder e de decisão, assim como a implementação de medidas que favoreçam e contribuam para a participação das mulheres como um importante aspecto da construção cidadã.

As mulheres possuem condições de ocupar os mesmos cargos que homens ocupam nas áreas militares, bastando para isso preencher os requisitos inerentes às funções específicas. A incorporação das mulheres nas áreas militares brasileiras ocorreu em momentos distintos em cada Força, como visto anteriormente, tendo em vistas as particularidades de cada uma delas.

Em suma, na atualidade, temos o ingresso cada vez maior de mulheres nas Forças Armadas, seja na Marinha, Aeronáutica ou Exército Brasileiro. Importante salientar que atualmente a Força Aérea autoriza o ingresso feminino em arma

de combate. Desde 2003, as mulheres podem participar do Curso de Formação de Oficiais Aviadores da Academia da Força Aérea (AFA), e atuam, portanto, em situação de combate como pilotos de caças, helicópteros e aviões de transporte e carga.

Ante o exposto, podemos desferir que é inquestionável os recentes avanços relativos a uma política pró-equidade de gênero nas três Forças Armadas. De acordo com Hermann de Oliveira, em sua pesquisa científica, em 2014, havia 24.653 mulheres nas Forças Armadas, representando aproximadamente 7.6% do efetivo total. Encontram-se, geralmente, nas áreas técnica, administrativa e de saúde, à exceção da FAB, que forma aviadoras desde 2006 (OLIVEIRA, 2015, pg.28).

Aumentando as estatísticas do gênero feminino inserido nas Forças Armadas, segundo o Exército Brasileiro, em 2017 abriu a primeira turma com mulheres na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPCEEx) onde a aprovação ocorreu com os mesmos critérios usados para os homens. A carreira a seguir após o tempo de curso é a de oficial combatente da Força Terrestre e a idade para realização referido concurso é entre 16 e 21 anos, podendo as mulheres escolher entre as áreas de Intendência e Material Bélico.

No que diz respeito a primeira turma de mulheres em treinamento a oficiais, conforme o Comandante do Corpo de Alunos da Escola, Tenente-Coronel Jean Lawand Júnior diz:

“Essas moças estão muito focadas, sabem que vão fazer história e querem fazer história. É nítido o foco, a determinação e a vontade delas. Nós estamos muito orgulhosos”, ressaltou.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante dar visibilidade à difícil inserção da mulher no Exército Brasileiro, bem como a desigualdade empregatícia em serviços de combate. O presente trabalho mostrou a história de luta e conquistas de mulheres na área militar, os avanços e as dificuldades encontradas até a atualidade.

Diante do que foi exposto, também é possível verificar que a participação das mulheres nas Forças Armadas permeia por vários ramos do conhecimento, inclusive dos Direitos Humanos, exigindo de todos uma mudança de paradigma, onde a cultura de um ambiente estritamente masculino passa a recepcionar o gênero feminino.

Na esfera social a aceitação é, também, limitada no que se refere a estereótipos militares, uma visão masculinizada do ambiente é restrito ao incentivar a realização do sonho das mulheres que desejam carreiras militares. Percebe-se certa diminuição de participação quando se depara com a questão da mulher no âmbito militar que

envolva esforço físico.

Não se pode deixar de relatar que as Forças têm feito esforços consideráveis para a inserção e incorporação das mulheres em suas fileiras. Ainda é necessário muito avanço, mas observa-se uma estimativa de crescimento muito grande e de extrema valia. A isonomia, abordada no presente estudo, foi interpretada no sentido de que os estabelecimentos estão aceitando a presença das mulheres nos seus âmbitos.

O acesso deve ser irrestrito, ou seja, a possibilidade de uma mulher ocupar qualquer função ou cargo militar deve ser-lhe garantida, observando o princípio da igualdade entre os cidadãos e principalmente o que assegura a Carta Magna da República Federativa do Brasil. Trata-se de uma medida de igualdade e justiça.

Conclui-se, portanto, que faz-se necessário ainda, a implementação de políticas públicas que acabem com a iniquidade ora existente, ainda que pouca, e conseqüentemente no âmbito das forças armadas limitam o poder de escolha profissional das mulheres. Ademais, que esta desigualdade no âmbito militar ainda é silenciosa e social, visto que, há sim a aceitação dos cargos dispostos as mulheres, mas sem imponderação de melhorias e reformas no exército de uma maneira geral.

De forma crescente, a desigualdade está sendo desfeita nas Forças Armadas do Brasil, nisso pode-se perceber pelos dados apresentados onde demonstra a inserção das mulheres cada vez maior. Em síntese: é necessário dar-lhes a chance de provar seu valor em combate. *Elas, as brasileiras, não nos decepcionarão.*

REFERÊNCIAS

CARREIRAS, Helena. **Igualdade ed oportunidades nas forças armadas. O papel das políticas de integração de gênero.** 2011.

EXÉRCITO BRASILEIRO, **A história da mulher no exército.** Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEURL/content/a-historia-da-mulher-no-exercito Acesso em 01 agost 2018.

FERREIRA, M. C. **Sexismo hostil e benevolente: inter-relações e diferenças de gênero.** Temas em psicologia da SBP, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v20n3/03.pdf> Acesso em 18 agost 2018.

SERRA, Fernando. **Maria Quitéria de Jesus: Mulheres que você deveria conhecer.** Publicado em 04/05/2016. Disponível em: <https://papodehomem.com.br/maria-quiteria-de-jesus-independencia-brasil/> Acesso em 18 agost 2018.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Social policy in the twentieth century.** 2. ed. Londres: Hutchinson, 1967.

RAMOS, Maria Isabel de Souza. **Ser militar na primeira pessoa: Percepções de mulheres militares sobre um contexto profissional de hegemonia (ainda) masculina** Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23258/1/TESE%20FINAL%20PRONTA.pdf>

ROSO, A. et al. **Cultura e ideologia: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero. Psicologia & sociedade.** Porto Alegre, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v20n3/03.pdf> Acesso em 09 agost 2018.

Santos, B. S. (1999). **A construção multicultural da igualdade e da diferença. Coimbra: Centro de Estudos Sociais.** Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23258/1/TESE%20FINAL%20PRONTA.pdf> Acesso em 27 de agost 2018.

VILLARDO, C R. **A mulher no Exército: In Revista Sangue Novo.** Editora Resede. 2ª Edição, 2003.

WINSLOW, Megan Dunn. Women in the Canadian Forces: Between Legal and Social Integration”. En Current Sociology. 5ª Edição. vol.50, 2002.

BIG DATA E PROTEÇÃO DE DADOS: O DESAFIO ESTÁ LANÇADO

Data de aceite: 12/12/2018

Vinicius Cervantes

Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado, atuante na área de Propriedade Intelectual, Direito Digital e Proteção de Dados. Email: viniciuscervantes@hotmail.com

David Fernando Rodrigues

Especialista em Propriedade Intelectual e Direito do Entretenimento pela Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB-SP). Advogado, atuante na área de Propriedade Intelectual. Email: dfrodrigues@gmail.com

RESUMO: Por meio de uma análise dedutiva da Lei 13.709/2018 e do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, mais conhecido como *General Data Protection Regulation*, em conjunto com a Doutrina nacional e estrangeira já existente sobre o tema, busca-se expor conceitos, analisar requisitos e alternativas que conduzam à exploração adequada de *Big Data* em um cenário de valorização e intensa busca pela proteção de dados pessoais na sociedade atual.

PALAVRAS-CHAVE: *Big Data*. Dados pessoais. Proteção de dados. Internet das

Coisas. LGPD. *GDPR*.

1 | OS “6 V’S” DE *BIG DATA*

No início dos anos 90, o rápido desenvolvimento de computadores com processadores capazes de proporcionar melhor desempenho e maior capacidade de armazenamento contribuíram para o início da chamada “economia da informação”. Os frutos da sociedade da informação são facilmente constatados por meio dos *smartphones*, computadores e dos sistemas de tecnologia da informação cada vez mais presentes em pequenas, médias e grandes empresas (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013). *Big Data* representa uma revolução de dados relativamente recente, que tem sua grandeza confirmada pelos números que a acompanham, é de rápido crescimento exponencial em todo o mundo, com imensas consequências para a sociedade, independentemente de classe social, e que é caracterizada pela coleta e processamento de um grande volume e variedade de dados e obtenção de informações a uma velocidade quase impossível de se imaginar (BAGNOLI, 2016). Assim, tratar de *Big Data* é enfrentar um dilúvio informacional.

O termo *Big Data* refere-se aos conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de uma ferramenta tradicional de base de dados capturar, armazenar, gerenciar e analisar, representando a próxima fronteira para inovação, concorrência e produtividade. O volume (grande volume), a velocidade (rápida geração e processamento de dados), a variedade (de dados e fontes), o valor (patrimônio imaterial), a veracidade (precisão) e a validação (compreensão e *compliance*), ou os “6V’s”, são virtuosas características atreladas ao *Big Data* (BAGNOLI, 2017) e que compõe seu conceito.

A ubiquidade da coleta de dados presente na sociedade atual, viabilizada pelo constante uso de aparelhos conectados à Internet, os menores custos de armazenamento, o poder cada vez maior de captação e da capacidade dos computadores estimula a exploração cada vez mais ampla dos benefícios proporcionados por *Big Data*. A diversidade de meios e equipamentos conectados à internet é tamanha que o termo “*Internet of Things*” (*IoT*) está sendo substituído pelo termo “*Internet of Everything*” (*IoE*). Estima-se que no ano de 2020 haverá 30 bilhões de equipamentos permanentemente conectados à internet e outros 200 bilhões de equipamentos intermitentemente conectados, cada um deles produzindo dados (MENDES, 2017), cujo procedimento de extração de informações relevantes ao mundo dos negócios ou ao Estado seria objeto de processos de identificação, organização, deleção, seleção, compreensão, mineração, interpretação e armazenamento dos dados coletados.

2 | DESAFIOS À EXPLORAÇÃO DE BIG DATA

Há duas características fundamentais inerentes ao *Big Data* que trazem grandes desafios à sua legítima exploração. A primeira delas se deve ao fato de que a análise de *Big Data* frequentemente revela a possibilidade de se utilizar os dados coletados para uma finalidade diversa daquela proposta inicialmente. A segunda está relacionada ao volume de dados coletados, que não raramente se mostram amplamente melhores e mais valiosos do que aqueles encontrados tradicionalmente em bases de dados estruturados (KALYVAS; OVERLY, 2015). Há, conseqüentemente, impactos econômicos e sociais decorrentes do *Big Data*, posto que este viabiliza previsões sem precedentes sobre a vida privada e deslocam ou fortalecem o poder daqueles que detêm as informações (HIJMANS, 2016). Tais características desafiam princípios a serem observados no tratamento de dados pessoais e o direito à privacidade, que acabam impondo limites à exploração de *Big Data* em decorrência de sua íntima capacidade de interferir na efetivação de direitos individuais fundamentais.

O *General Data Protection Regulation* (GDPR), em vigor na Comunidade

Europeia desde 25 de maio de 2018, elenca em seu artigo 5, seis princípios básicos para tratamento de dados pessoais, que se traduzem em: Lawfulness, Fairness, and Transparency; Purpose Limitation; Data Minimisation; Accuracy; Storage Limitation; Integrity and Confidentiality. Dentre outras questões importantes, o princípio da finalidade (Purpose Limitation), evidenciado no artigo 5.1 (b) do General Data Protection Regulation (GDPR), indica que dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas, vedando o tratamento de dados pessoais para finalidades distintas, incompatíveis com as previamente estabelecidas.

Eis um dos grandes obstáculos a serem enfrentados, quando se trata de *Big Data*. Isso porque muitas das ferramentas utilizadas em *Big Data* são exatamente baseadas na reunião e vinculação de dados coletados das mais diferentes formas, origens, momentos, contextos e para finalidades diversas muitas vezes sequer conhecidas no momento da coleta dos dados. Não raramente, a finalidade ou mesmo a utilidade dos dados são conhecidas apenas após seu tratamento, tornando a observância de tais princípios uma tarefa bastante difícil de ser completada e talvez contrária à própria essência de *Big Data*.

No Brasil, discussões que levaram à redação da Lei 13.709/2018, também conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) contaram com contribuições de representantes do Poder Legislativo, da comunidade acadêmica, da sociedade civil e de representantes do setor privado, em uma união de esforços talvez inédita em âmbito legislativo no país. Apesar disso, em um passado nada distante, a discussão desta regulamentação em diferentes projetos de lei no Congresso Nacional, trouxe certa insegurança quanto à futura legislação em vigor. A proposta talvez mais fortalecida e bem quista entre a sociedade, sancionada em agosto de 2018, cuja entrada em vigor foi prorrogada para agosto de 2020 por meio da Medida Provisória 869/18 de 27 de dezembro de 2018, traz algumas disposições similares àquelas previstas no GDPR. Dentre seus princípios, elenca o Princípio da Finalidade; Adequação; Necessidade; Livre Acesso; Qualidade dos Dados; Transparência; Segurança; Prevenção; Não Discriminação; Responsabilização e Prestação de Contas.

Guardando certa similaridade com o artigo 83 do GDPR, o LGPD traz ainda, em seu rol de sanções às infrações cometidas ao regulamento, a possibilidade de aplicação de multa simples de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício fiscal, excluídos os tributos, limitando-a, no total, a R\$50.000.000,00 por infração, além de outras penalidades como a publicização da infração; bloqueio ou eliminação dos dados pessoais ou a suspensão total ou parcial do funcionamento da bases de dados relacionados à infração e a proibição parcial ou total do infrator para

o exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. A Lei 13.709/2018 estabelece ainda parâmetros e critérios para aplicação das sanções, que devem ser proporcionais à gravidade da infração. Tais critérios e parâmetros consistem na análise da gravidade e natureza das infrações e direitos pessoais afetados; da boa-fé, condição econômica e da vantagem auferida ou pretendida pelo infrator e do grau do dano causado. Além disso, a reincidência e cooperação do infrator; a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos de segurança e capazes de minimizar os danos; a existência de políticas de *compliance* e a pronta adoção de medidas corretivas diante do incidente ocorrido, são questões a serem observadas para aplicação das prováveis penalidades decorrentes de incidentes envolvendo dados pessoais no Brasil.

O cenário para concretização de um sistema específico de proteção de dados pessoais se mostra bem encaminhado no Brasil, embora exija a adequação dos agentes econômicos interessados nas vantagens e benefícios decorrentes das atividades de tratamento de dados pessoais. Da mesma forma, um movimento no sentido de conscientização dos titulares quanto ao valor de seus dados se faz necessário para adequada aplicação das normas e funcionamento desse sistema. Deve-se lembrar, no entanto, que o período que antecede a entrada em vigor da Lei 13.709/2018 não representa uma completa desregulação das atividades de tratamento de dados pessoais no Brasil. Normas previstas na Constituição Federal, especialmente no que tange aos direitos individuais fundamentais, incluindo a privacidade, na legislação consumerista (e.g. Lei 8.078/90; Lei 12.414/2011), na legislação que regulamenta a Internet (e.g. Lei 12.965/2014; Decreto 8.771/2016), asseguram certos limites e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos titulares dos dados pessoais, devendo assim ser integralmente respeitadas.

Não havendo dúvidas quanto às vantagens proporcionadas pelo *Big Data* aos agentes econômicos para melhor atuação no mercado e ao Estado para o melhor desenvolvimento de políticas públicas, no que se refere à proteção de dados pessoais no Brasil, cabe aguardar pela entrada em vigor da Lei 13.709/2018, a partir da qual as atividades envolvendo o tratamento e a exploração de dados pessoais deverão ser orientadas. Certamente, a regulamentação das atividades de tratamento de dados pessoais no Brasil trará maior segurança não apenas para o mercado, mas também aos indivíduos, consumidores e titulares dos dados pessoais.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de *Big Data*, embora apresente alguma variação quanto às suas características, ou os chamados “V’s”, encontra-se já estruturado e apresenta clareza para sua compreensão. Verificou-se ainda similaridade da LGPD com o

GDPR, demonstrando assim a compatibilidade da proteção de dados pessoais no Brasil com aquela já existente na Comunidade Europeia. Como possível ferramenta para adequação da exploração de *Big Data* em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais, o emprego de mecanismos ou soluções durante todo o ciclo de exploração dos dados coletados (*privacy by design*) e a aplicação de medidas técnicas e organizacionais para assegurar que, em caso de defeito, essas ferramentas sejam acionadas como padrão, visando evitar o vazamento de dados (*privacy by default*), representam importantes medidas de *compliance* (VOIGT; BUSSCHE, 2017)

Assim, neste cenário de intensa valorização e proteção de dados pessoais, a exploração de *Big Data* impõe a necessidade de implementação de medidas técnicas para assegurar o *compliance* com as normas jurídicas. Isso porque as próprias características inerentes ao *Big Data*, merecem atenção especial, no intuito de evitar a aplicação das sanções previstas em casos de incidentes envolvendo o vazamento de dados ou pelo desrespeito aos dispositivos das normas de proteção de dados pessoais, tanto aqueles previstos no Regulamento Europeu (GDPR), quanto aqueles previstos na norma nacional (Lei 13.709/2018)

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed.rev., atual e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAGNOLI, Vicente. **The big data relevant market. Concorrenza e Mercato**. Vol. 23/2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064792>. Acesso em 06 mar. 2018.

KALYVAS, James R.; OVERLY, Michael R.. **Big data: a business and legal guide**. Nova Iorque: 2015.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana**. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MENDES, Renê de Ávila; SILVA, Leandro Augusto da (Orient.). **Aplicação da arquitetura lambda na construção de um ambiente big data educacional para análise de dados**. Dissertação (mestrado) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

VOIGT, Paul; BUSSCHE, Axel von dem. **The EU general data protection regulation (GDPR): a practical guide**. Cham: Springer International Publishing, 2017.

AVANÇO TECNOLÓGICO, INTERNET, CRIMES INFORMÁTICOS, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Data de aceite: 12/12/2018

Solange Teresinha Carvalho Pissolato

Docente Mestre do Curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais da Universalidade do Estado de Mato Grosso-UNEMAT, Campus Diamantino.

E-mail: solangelpissolato@gmail.com

Gabriela Magalhães Rupolo

Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais da Universalidade do Estado de Mato Grosso-UNEMAT, Campus Diamantino.

E-mail: gabriela_rupolo10@hotmail.com

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo abordar os crimes informáticos e as alterações trazidas pela Lei nº 12.737/2012 - Carolina Dieckmann e Lei nº 12.965/2014 - Marco Civil da Internet e analisar se de fato a legislação brasileira vem coibindo a prática dessas condutas criminosas. Para sua realização foi utilizada a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de materiais já publicados, constituído principalmente de livros, artigos científicos, monografias, provenientes de bibliotecas convencionais e virtuais disponíveis na plataforma google. A rede mundial de computadores fomentou e potencializou a globalização da economia,

inserindo a sociedade na era da informação, tornando possível, em segundos, a comunicação entre pessoas de toda a parte do mundo. O crescimento da internet obteve um valor significativo e fez com que algumas pessoas passassem a utilizá-la com fins ilícitos, principalmente porque o ambiente virtual dá ao usuário uma sensação de liberdade e de anonimato, podendo oferecer um mundo sem fronteiras para a prática de crimes, que atentam contra o princípio máximo previsto na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, exteriorizada, dentre outros direitos pela intimidade e a privacidade. A legislação brasileira era extremamente omissa, pois não abarcava os crimes informáticos. Dessa forma, visando regulamentar essas ações foram sancionadas as Leis Carolina Dieckmann e o Marco Civil da Internet. Concluímos que nos últimos anos alcançamos resultados positivos, entretanto, ainda necessitamos de adequações em diversos aspectos para que haja a repressão aos crimes informáticos, visto que os criminosos possuem constante aperfeiçoamento em seus atos, faz-se jus que os profissionais também se aperfeiçoem e possam acompanhar os avanços tecnológicos.

PALAVRAS-CHAVE: Avanço tecnológico. Internet. Crime informáticos. Legislação

TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTE, INTERNET, COMPUTER CRIMES, BRAZILIAN LEGISLATION

ABSTRACT: This paper aims to address the computer crimes and the changes brought by Law No. 12.737 / 2012 - Carolina Dieckmann and Law No. 12.965 / 2014 - Marco Civil Internet and analyze if indeed the Brazilian law has been curbing the practice of these criminal conduct. For its realization, we used the bibliographic research elaborated from already published materials, consisting mainly of books, scientific articles, monographs, coming from conventional and virtual libraries available on the google platform. The world wide web has fostered and enhanced the globalization of the economy, bringing society into the information age, making it possible, within seconds, to communicate with people from all over the world. The growth of the internet has gained significant value and made Some people started using it for illicit purposes, mainly because the virtual environment gives the user a sense of freedom and anonymity, and can offer a world without borders for the practice of crimes, which violate the maximum principle provided for in the Federal Constitution, the dignity of the human person, externalized, among other rights by intimacy and privacy. Brazilian legislation was extremely silent, as it did not cover computer crimes. Thus, in order to regulate these actions, the Carolina Dieckmann Laws and the Internet Civil Framework were sanctioned. We conclude that in recent years we have achieved positive results, however, we still need adjustments in several aspects to suppress computer crimes, since criminals have constant improvement in their actions, it is right that professionals also improve and can follow the technological advances.

KEYWORDS: Technological advance. Internet. Computer crime. Brazilian legislation.

1 | INTRODUÇÃO

A sociedade sofreu grandes transformações, principalmente, a partir de meados do século passado, com o avanço da tecnologia, o surgimento dos computadores, e, posteriormente com a internet, ampliando todas as formas de comunicação.

A internet foi uma das melhores invenções para a evolução da humanidade, pois permitiu a conexão entre pessoas do mundo inteiro, inclusive em lugares mais remotos do planeta. Assim, como trouxe inúmeros benefícios para toda a sociedade, tornando-se cada vez mais eficiente e mais veloz, também passou a ser utilizada por criminosos para a prática de condutas ilícitas no ambiente virtual, invasão de contas, fraudes, propagação de vírus, entre tantos outros delitos.

É cada vez maior o número de computadores e aparelhos celulares vendidos mundialmente e com isso conseqüentemente cresce o número de crimes cometidos

por esse meio tecnológico. A maior parte da população não tem o conhecimento necessário sobre os crimes informáticos e se tornam facilmente alvo desses delitos, devido aos riscos que a rede oferece.

Com o surgimento de novas práticas ilícitas, tendo em visto uma sociedade cada vez mais informatizada, é necessário que o Direito Penal Brasileiro e as Legislações Especiais evoluam e se adequem às novas práticas delituosas, atualizando os tipos penais já definidos na lei e aplicando punições adequadas, a fim de garantir a promoção da paz social e o bem-estar da população.

O objetivo do presente trabalho é analisar a eficácia do ordenamento jurídico pátrio com ênfase nas Leis n. °12.737/12 - Lei Carolina Dieckmann e Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, demonstrando se as legislações existentes estão de fato coibindo as violações causadas aos bens jurídicos e combatendo à impunidade dos criminosos.

Afere-se que este estudo é de significativa relevância para a comunidade acadêmica, pois se pretende, sem que se esgote o assunto, dar uma contribuição para a situação alarmante da invasão de nossa privacidade, ainda que de forma virtual.

2 | SURGIMENTO DA INTERNET

O ponto chave para evolução da tecnologia foi à criação da Internet, que possibilitou o acesso simultâneo de milhares de pessoas a informações em qualquer parte do mundo, bem como a transferência de dados, e-mail, compartilhamento de fotos, vídeos, música em tempo real.

Com efeito, para Marcel Leonardi (2012, p. 149), o termo internet significa:

Qualquer conjunto de redes de computadores ligados entre si por roteadores e gateways, como por exemplo, aquela de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico, o chat e a web, e que é constituída por um conjunto de rede de computadores interconectados por roteadores que utilizam o protocolo de transmissão.

A internet se constitui de uma rede internacional de computadores conectados entre si. Considerada um meio de comunicação que possibilita a troca de informações de qualquer natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto.

Feitas as considerações acima sobre a conceituação, importante destacar como a Internet foi criada. De acordo com Dias (2014) a história da internet teve início em 1957, quando o presidente dos Estados Unidos (EUA), criou a Agência de Investigação de Projetos Avançados (ARPA) para obter um sistema de defesa seguro e que promovesse o desenvolvimento tecnológico do país. Em 1969, a referida agência desenvolveu a ARPANET, durante o período da Guerra Fria, com

o objetivo de conectar os departamentos de pesquisa e suas bases militares. As informações eram distribuídas por meio de cabos subterrâneos interligados entre si, sem um comando central de informações.

Sobre o assunto complementa Dias (2014), que a intenção era criar uma rede independente de um núcleo central e que pudesse atender as demandas da Força Aérea Americana. Isto é, uma rede descentralizada e que não apresentasse riscos de ter informações perdidas em razão de um eventual ataque nuclear.

A história da internet no Brasil surgiu na década de 60, contudo demorou para que a população brasileira tivesse acesso a esse meio de comunicação. Portanto, no país, a internet só passou a ter grande procura a partir da década de 90, entretanto era utilizada, tão-somente para fins de pesquisa nas universidades brasileiras (ASSIS, 2016).

Entretanto, o Ministério das Comunicações e da Ciência e Tecnologia só autorizou a Embratel a comercializar a internet para a população em meados de 1994. Mas, já em 1995 o Ministério das Telecomunicações em conjunto com o Ministério da Ciência e Tecnologia, começou atividades voltadas à inclusão digital da população brasileira (FIORILLO; CONTE, 2013).

Por consequência desse significativo crescimento, a internet já se encontra presente em todos os lugares como em bares, escolas, praças, parques, enfim em espaços onde se tem aglomeração de pessoas a internet se encontra presente. Outro importante advento foi a criação das redes sociais (Facebook, Instagram, bem como o aplicativo de celular WhatsApp) utilizadas como meios de comunicação e interação entre pessoas, principalmente as que se encontram fisicamente distantes.

O crescente número de pessoas conectadas à internet, fez com que a sociedade passasse a depender da eficiência e segurança da chamada tecnologia da informação, estando presentes em todos os tipos de relações, sejam elas pessoais, profissionais, comerciais, empresariais, etc (CRESPO, 2011).

Nesse sentido, Ieciona Malaquias (2013, p. 41):

O surgimento acelerado de provedores de acessos (internet servisse provider) e portais de serviços online contribuiu para esse extraordinário crescimento. A internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais, inclusive com o discurso populista de alguns governantes prometendo inclusão digital aos cidadãos hipossuficientes.

Segundo levantamento realizado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) “no ano de 2016, a internet estava presente em 63,6% dos lares e em 94,8% deles havia celulares sendo usados para se conectar à rede” (Daniel Silveira, 2017, online). Isto posto, percebemos que os celulares são os principais responsáveis pela expansão ao acesso à internet nos estados brasileiros. Ressai, ainda, que “a região Centro-Oeste do país foi a que apresentou o maior número de celulares. No Centro-Oeste, o

aparelho móvel estava presente em 96,9% dos domicílios” (Daniel Silveira, 2017, online).

Embora a internet tenha trazido muitos benefícios para a sociedade em todos os aspectos, ela também permitiu o nascimento de condutas ilícitas, que são praticadas através da crescente evolução da rede mundial de computadores. Pelos ensinamentos de Dias (2014, p. 11) “a facilidade de acesso à internet permitiu não somente a interconexão entre pessoas do mundo todo, mas também o surgimento de aspectos negativos, novos riscos representados por práticas ilícitas”.

Continua Malaquias (2013, p. 52):

Diante dessa nova realidade globalizada, as comunidades do mundo inteiro começaram a desenvolver suas ações no denominado espaço cibernético, também conhecido como ciberespaço, sendo que, inevitavelmente, migraram para esse ambiente todo tipo de indivíduo, inclusive os criminosos do mundo virtual.

Com todas essas mudanças, surgiram os primeiros crimes de informática, que na maioria das vezes são praticados por especialistas da área de informática, denominado, principalmente de hackers¹, que agiam principalmente nos sistemas de segurança de empresas e instituições bancárias e financeiras.

Nesse contexto, explana Sandro D’Amaro Nogueira (2009, p.36), “o rol dos crimes cometidos por meio eletrônico é extenso”, podemos citar os crimes contra honra, violação de dados, divulgar informações privadas, fraudes com cartões de crédito, pornografia infantil, entre muitos outros.

3 | CRIMES INFORMÁTICOS

Os computadores e, posteriormente, a internet, são grandes inovações do século XX, e foram sendo aperfeiçoados no decorrer dos anos, para facilitar a vida dos seres humanos, tomando cada vez mais espaço, armazenando as mais variadas espécies de dados, facilitando a vida em sociedade.

Em decorrência dos avanços tecnológicos a internet se tornou o principal meio de comunicação, gerando novas interações sociais na vida das pessoas que a utilizam. Junto com a expansão da internet surgiu um considerável crescimento de criminosos especializados na linguagem da informática, esses delitos são conhecidos como crimes cibernéticos.

Convém mencionar, que doutrinariamente, não existe uma consonância sobre as conceituações e nomenclaturas utilizadas para os crimes cibernéticos, portanto podemos vislumbrar diferentes terminologias. “Em consequência disso, podemos caracterizá-lo como: “crimes digitais”, “cibernéticos”, “de computador” ou “de informática”, “crimes de Internet” ou “virtuais”, entre outros” (CRESPO, 2011, p. 47).

1. Dicionário Informal conceitua Hackers como: Pessoa com grande conhecimento de informática, e segurança de redes, que invadem computadores sem a intenção de depredar ou roubar.

À vista disso, assevera Patrícia Santos da Silva, (2015, p.39).:

[...]que não há uma nomenclatura sedimentada pelos doutrinadores acerca do conceito de crime cibernético. De uma forma ou de outra o que muda é só o nome atribuído a esses crimes, posto que devem ser observados o uso de dispositivos informáticos, a rede de transmissão de dados para delinquir, o bem jurídico lesado, e ainda deve a conduta ser típica, antijurídica e culpável .

Tendo em vista o que foi mencionado, Albuquerque (2006, p. 40) afirma que “a tentativa de conceituar os crimes cibernéticos apresentará sempre desvantagens, pois é difícil a criação de um conceito que abrangerá a definição necessária”.

Na visão de Augusto Rossini (2004, p. 110), delito informático é definido como sendo:

[...] aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade.

Posto isto, sob a perspectiva desse autor os “crimes informáticos são todas aquelas condutas ilícitas suscetíveis de ser sancionadas pelo direito penal, que fazem uso indevido de qualquer meio informático” (p. 105 e 106).

De maneira objetiva, são condutas ilícitas que se efetivam através da utilização de dispositivos informáticos que podem ou não estar conectados à rede, são delitos criminosos contra de banco de dados, equipamentos tecnológicos, entre outros.

O sistema de informática é uma nova ferramenta para a prática dos crimes, como disciplina Ferreira (2011, p. 208):

O computador ou sistema de informática é um instrumento como tantos outros, armas de fogo, explosivos, utilizados por criminosos para facilitar o cometimento de um delito. Cabe ao Estado tutelar as novas modalidades e lesões aos diversos bens e interesses que surgiram com a crescente informatização das atividades individuais e coletivas desenvolvidas na sociedade. Essa informatização colocou novos instrumentos nas mãos dos criminosos e propiciou a formação de uma criminalidade específica da informática cujo alcance ainda não foi corretamente avaliado.

Está em constante ascensão à prática dos crimes virtuais, principalmente, ante a falsa sensação de impunidade, muitos entendem que a rede mundial de computadores é um ambiente desprovido de leis, normas e regulamentos. Entretanto, hoje essa não é a realidade conforme veremos com mais detalhes.

4 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS PELOS CRIMES INFORMÁTICOS

A lei soberana do ordenamento jurídico brasileiro é a Constituição Federal, que protege os seres humanos contra abusos e violações. Em seu escopo abarca os direitos fundamentais com o objetivo de construir um Estado Democrático de

Direito, propiciando o bem-estar e a harmonia social.

Segundo disposto no artigo 5º, inciso X da CF “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

De acordo com Nucci (2015, p. 74), “os direitos fundamentais são os mais absolutos, intocáveis e invioláveis direitos do homem, voltados para o bem comum mediante a vivência harmônica, solidária, regrada e disciplinada de uma sociedade democrática e pluralista”.

Toda essa tecnologia existente e o modo de usá-la tão rapidamente fez com que aparecessem mentes capazes de invadir os dispositivos informáticos alheios, como a obstrução de serviços telemáticos, falsificação de cartões, espionagem, repasse de informações confidenciais, entre outras condutas que violam expressamente os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

4.1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o escopo principal de proteção dos direitos fundamentais, tanto é que a Carta Magna brasileira a estatuiu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, *ex vi* artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88.

É clarividente que todos os demais direitos fundamentais assegurados ao ser humano decorrem da concepção de dignidade da pessoa humana, que segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,(2006, p, 118). in *litteris*:

A dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que 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.

Dessume-se do entendimento dos reportados autores que a dignidade da pessoa humana é princípio central do sistema jurídico que deve servir de norte para aplicação e interpretação das normas e dos demais direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 Direito à intimidade

O termo intimidade, por sua vez, deriva do latim *intimus* e tem sentido de interior, íntimo, oculto, do que está nas entranhas. Como descrito por Alexandre de Moraes (2007, p. 159), “o conceito constitucional de intimidade se relaciona com as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade”.

A intimidade para José Afonso Silva (p. 204) é:

[...] algo a mais do que a privacidade. Ela caracteriza-se por aquele espaço, considerado pela pessoa como impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente à pessoa. Pode-se citar como exemplo as recordações pessoais, memórias e diários dentre outras coisas. Este espaço seria de tamanha importância que a pessoa não desejaria partilhar com ninguém. São os segredos, as particularidades, as expectativas, enfim, seria o que vamos chamar de “lugar sagrado” que cada pessoa possui.

Frisa-se, oportunamente, que o direito à intimidade é irrenunciável, intransmissível, indisponível, imprescritível e impenhorável, não sujeito a desapropriação devido a sua condição de direito fundamental.

A intimidade apresenta, como garantias individuais contra qualquer invasão ou tentativa de invasão por parte de terceiros não autorizados, dessa forma, percebe-se que o direito à intimidade confere ao indivíduo poder para controlar a circulação de suas informações.

4.3 Direito à vida privada

A proteção da privacidade é frequentemente vista como uma forma de traçar linhas de quanto à sociedade pode se intrometer nos assuntos pessoais. Vivemos no mundo dos mecanismos de busca na internet, onde informações sobre qualquer coisa e *qualquer um* podem ser obtidas em menos de um segundo.

Verifica-se, portanto, que a vida privada distingue-se da vida íntima, ou seja, aquilo que a pessoa pensa, sente e deseja refere-se à sua intimidade; já os seus hábitos, modo de viver, de se comportar, seus amigos, seus relacionamentos profissionais e, igualmente, aquilo que o sujeito possui, têm pertinência com a sua vida privada.

Portanto, a vida privada do indivíduo não pode ser arbitrariamente exposta, visto que são aspectos da vida particular do ser humano. O indivíduo que tem sua privacidade violada pode recorrer ao judiciário, o qual poderá impedir que a infração ocorra ou mesmo fazer cessar o ato contrário a norma.

4.4 Direito à honra

A honra é o conjunto de atributos que caracterizam a dignidade da pessoa, é um direito de se resguardar as qualidades inerentes ao indivíduo.

Sobre o assunto Canotilho (2013, p. 284) expõe “conceitua-se direito à honra aquele que tem toda pessoa a ser respeitada perante si mesma e perante os outros”.

Analisando, se refere à reputação do indivíduo diante do meio social, quando divulgados fotos de foro íntimo, sem autorização, violamos sua honra objetiva, denegrindo sua reputação no meio em que convive.

Por derradeiro, por mais que uma conduta, não esteja de acordo com os preceitos morais de uma sociedade, não há que a desconsiderar, nem gerar ofensas

a sua honra, pois agindo dessa forma sua reputação pode ser afetada, gerando, portanto, uma violação.

4.5 Direito à imagem

Inferre este dispositivo sobre a proteção da imagem contra eventuais delitos, impede a captação e difusão da imagem sem consentimento, o direito a imagem é intrínseco a cada indivíduo.

Quanto ao direito à imagem Canotilho (2013, p. 283) traz a seguinte definição:

A imagem de uma pessoa se compõe de seu traço físico, de suas feições, de sua aparência *in natura* ou representada gráfica, plástica ou fotograficamente. Nesse sentido, poder-se-ia falar em um direito a uma certa aparência e representação; ou um controle do signo físico distintivo, em todas as suas etapas, inclusive de sua captação e reprodução. Sob esse ângulo, seria mera faculdade do direito à identidade pessoal.

É de grande importância que seja reconhecida a inviolabilidade da imagem da pessoa, uma vez que tal direito é personalíssimo, ou seja, somente pode ser exercido, comercializado ou protegido pelo seu titular. Este direito está previsto no art. 5º, incisos V e X da CF/88.

Com a exposição de uma imagem de foro íntimo e particular, as vítimas podem sofrer enormes prejuízos em decorrência das ações criminosas. Dessa forma, é essencial o respeito da inviolabilidade a privacidade das pessoas, pois são interesses particulares e pessoais de cada indivíduo.

4.6 Direito à informação

Estabelece a Constituição, em seu art. 5º, XIV, que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988).

Nesse ínterim, o direito à informação, não poderá sofrer restrições, desde que respeitem os limites dos direitos da personalidade. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 134) pontuam que a aludida liberdade “deve compreendida em harmonia com os demais direitos fundamentais, em especial a inviolabilidade da honra, da vida privada, a imagem e o sigilo das comunicações, máxime de dados, sob pena de se incidir na responsabilização civil (material e moral) e penal”.

Conforme exposto acima, infere-se que o direito de acesso à informação não é absoluto, assim como ocorre com todos os demais direitos. Se refere, tão somente, as informações de interesse público ou geral, não incumbindo a ele tratar de informações que digam respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, as quais são objeto de proteção constitucional expressa.

4.7 Liberdade de expressão

A esse respeito da liberdade de expressão, podemos compreender que todos são livres para manifestar seus pensamentos e opiniões sobre tudo que se passa no mundo e em sua realidade. A Carta Magna em seu art. 5º, inciso IV preconiza que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988). Pois bem, a todos é garantida a liberdade de pensamento, contudo o anonimato é vedado, como uma forma de controle para que nenhum indivíduo ultrapasse os limites do bom senso e dos próprios princípios constitucionais.

Salienta Alexandre de Moraes (2006, p. 131), a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade e o seu desvirtuamento para o “cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta”.

Logo, é um direito previsto constitucionalmente, o qual protege a liberdade de expressão, contudo devem existir limites. Incumbe a cada indivíduo não extrapolar as garantias alheias, a partir do momento que a opinião de uma pessoa ofende a um terceiro, a este cabe o ressarcimento em relação ao dano causado.

5 | A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA VIGENTE

A tecnologia cresceu na sociedade de modo vertiginoso e o ordenamento jurídico existente não era mais suficiente para coibir e punir a prática dos ilícitos realizados no mundo virtual.

Durante muito tempo houve grande impunidade por falta de legislação específica e, nem todos os crimes se enquadravam na legislação vigente. Portanto, somente era possível a punição dos crimes que se adequassem ao tipo penal.

Com a necessidade de prevenir e punir a prática criminosa pela internet foram sancionadas algumas leis específicas, como é o caso das leis tratadas a seguir.

5.1 Considerações sobre a Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet

O Marco Civil dá início a uma nova era do Direito Digital que, até então, era obrigado a se valer da legislação vigente, para encobrir as lacunas legislativas. A ausência de regulamentação quanto o uso da Internet gerava muita insegurança jurídica.

Ressai que, foi considerado a Constituição da Internet, pois estabelece regras e conceitos básicos da rede, onde se apoiarão projetos e leis futuras sobre o mundo digital. O texto indica a liberdade de expressão, a proteção da privacidade e o estabelecimento da neutralidade da rede como princípios básicos da internet, além de definir os atores e quais responsabilidades de cada um no ambiente online.

Filho (2015) leciona que esse recente dispositivo regulador consiste em uma codificação de fundamentos, princípios, objetivos, deveres e direitos dos usuários e provedores da rede de computadores no Brasil; bem como dispõe sobre as normas de caráter processual para a proteção de tais direitos e cumprimento dos deveres.

Em apertada síntese, a Lei nº 12.965/14 se divide em cinco capítulos: disposições preliminares, dos direitos e garantias dos usuários, da provisão de conexão e de aplicações de internet, da atuação do poder público e disposições finais.

O primeiro capítulo da lei trata dos fundamentos e princípios do uso da Rede no Brasil. Estabelece os fundamentos, e pressupostos para utilização da internet, definindo-os em liberdade de expressão, os direitos humanos e a cidadania, a livre iniciativa e a defesa do consumidor (BRASIL, 2014).

O segundo capítulo da referida lei, determina como direito e garantia do usuário a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, do sigilo do fluxo de informações e comunicações, a manutenção da qualidade de conexão contratada, a clareza de informações e cláusulas nos contratos de prestações de serviços e políticas de uso da web, conforme disposto no art. 7º. E consideram nulas quaisquer cláusulas que ofendam esses direitos, consoante art. 8º, Parágrafo Único (BRASIL, 2014).

No terceiro capítulo, o legislador disciplina sobre a “Neutralidade da Rede”, um dos temas mais polemizados pelos estudiosos da lei. O art. 9º proíbe os provedores de cobrar preços diferenciados por tipos de utilização da rede (BRASIL, 2014).

Nesse contexto, Sperandio (2015, online), assevera que a Lei 12.695/2014 nega que usuários diferentes possuam necessidades e desejos diferentes. A neutralidade da rede proíbe empresas de oferecerem planos diferenciados de acordo com a necessidade personalizada do consumidor, tornando seus serviços mais restritos e menos atraentes.

O quarto capítulo institui diretrizes para a atuação da Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e municípios) no desenvolvimento da Internet no Brasil (art. 24). De modo que estabelece mecanismos de governança eletrônica transparente, que permitam a participação do cidadão (BRASIL, 2014).

Conclui Panseani (2013) que infelizmente, nenhuma dessas perguntas estruturais, que a legislação poderia construir, foi enfrentada. O Marco Civil, mesmo quando fala em princípios, não conseguiu construir sentidos e valores em suas normas, pois desprovidas de perguntas necessárias a se pensar uma sociedade virtual mais justa e igualitária e que implemente novas cidadanias e negócios.

5.2 Análise da Lei 12.737/2012 - Lei Carolina Dieckmann

A Lei n.º 12.735/2012 foi sancionada pela ex-presidente Dilma Rousseff com a finalidade de diminuir as lacunas existentes, assim como evitar a impunidade dos

delitos.

Segundo Auriney Brito (2013), o diploma legal configurou um marco na história da legislação brasileira, visto o considerável avanço na criminalidade virtual.

Corroborando, Túlio Vianna (2013) aduziu que a criação da Lei 12.737, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, trouxe ao ordenamento jurídico a tipificação criminal de delitos informáticos, alterando o Código Penal Brasileiro ao acrescentar os artigos 154-A e 154-B, criando o tipo penal “invasão de dispositivo informático”. Foram realizadas modificações nos artigos 266 e 298, ambos do CP, para tipificar a “interrupção ou perturbação de serviço informático, telemático ou de informação de utilidade pública” e a falsificação de cartões de débito e crédito, respectivamente.

Conforme ressaltado alhures, a preocupação em proteger a vida pessoal do usuário da internet, as informações guardadas em dados privados do internauta e, conseqüentemente, em garantir a tutela do direito à privacidade e à intimidade, fez o ordenamento jurídico tipificar penalmente a conduta de invadir dispositivo informático alheio.

Independentemente das críticas tecidas ao referenciado diploma legal, é fato que a Lei n. 12.737/2012, promoveu alteração no Código Penal brasileiro, inserindo o delito denominando de “crimes informáticos”.

Com efeito, importante trazer o referido artigo do diploma legal, *in verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou;

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.”

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (BRASIL, 2012)

No que tange a ação núcleo dos artigos, Capez (2013, p. 346) elucida que “o núcleo central da conduta típica consubstancia-se no verbo “invadir”, isto é, ingressar virtualmente, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo.” Nesse ínterim, é necessária ausência de autorização do proprietário do dispositivo, caso contrário não há que se falar em invasão quando o acesso é mediante concordância/ consentimento do titular do dispositivo.

Quanto ao objeto material sobre o qual recai a ação criminosa, o doutrinador supra explana que “O crime consiste em invadir dispositivo informático alheio (o equipamento hardware) utilizado para rodar programas (softwares), ou ser conectado a outros equipamentos. Exemplos: computador, tablet, smartphone, memória externa (HD externo), entre outros” (CAPEZ, 2013, p. 346).

Ademais, Capez (2013, p. 346). esclarece que a invasão deve ser indevida com transgressões aos mecanismos de segurança posto pelo usuário, por exemplo antivírus², senha para acesso pessoal³, firewall⁴ etc. “O crime em tela exige também a finalidade especial do agente de buscar a obtenção, a adulteração ou a destruição de dados ou informações. Sem este fim especial, o delito não se aperfeiçoa” (Ibidem, p. 346).

Contudo, embora a famosa lei, tenha sido um enorme avanço para o ordenamento jurídico pátrio é necessária uma abordagem maior sobre o tema.

Lóren Pinto Ferreira (2007) discorre no sentido da necessidade de uma lei específica, com previsão dos crimes informáticos ou da reformulação das leis existentes. Ademais, o autor destaca a urgência de um mecanismo capaz e eficiente

2. Dicionário online descreve como: programa usado para detectar e eliminar os vírus de um computador, impedindo a instalação de programas danosos e eliminando os que prejudicam o seu bom funcionamento.

3. Infopédia dicionários define como sequência de caracteres que permite o acesso a um conjunto de operações num sistema de computadores ou em equipamentos computadorizados

4. Dicionário online delinea como sistema de segurança ou mecanismo desenvolvido para evitar que, através da Internet, hackers ou programas de conteúdo duvidoso tenham acesso a um computador pessoal

que garanta a identificação do autor de práticas delituosas, além de proteger os usuários, garantindo lhes preservação de seus dados e uma maior segurança.

Muitas são as lacunas existentes na Lei Carolina Dieckmann, ocorre que no momento de sua criação o legislador pressupunha estar “solucionando” todos os problemas quanto a matéria, entretanto isso não ocorreu e surgindo posteriormente brechas na lei. Podemos citar alguns questionamentos que não possuem resposta na legislação, bem como se serão consideradas circunstâncias para o delito. Os usuários que não utilizam mecanismos de segurança, como senhas, não estarão protegidos pela norma? O termo “dispositivo informático” empregado no artigo 154-A abará apenas dispositivos de hardware como notebooks, celulares e tablets ou, também, será aplicado pelos serviços de internet, como contas em redes sociais, e-mails entre outros. A conduta ilícita praticada pelo agente, somente será tipificada se empregadas contra o computador? E nos casos em que o computador é o meio utilizado para a ocorrência de algum ilícito penal?

Por derradeiro, o que se conclui é que o direito tem a função de acompanhar e organizar a sociedade, mantendo sua funcionalidade. Entretanto, a sociedade vem evoluindo constantemente, assim como o campo cibernético. Nesse diapasão, observamos a incapacidade do Estado de normativamente lidar com as transformações que vem ocorrendo, por mais que atualize e busque acompanhar a crescente evolução da sociedade moderna, o direito parece sempre estar um passo atrás.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade está em constante transformação, cada geração passa a se relacionar de forma distinta e o crescente avanço tecnológico tem grande influência nessas mudanças. O resultado é um mundo cada vez mais rápido, em que os meios de comunicação e informação estão inseridos no cotidiano das pessoas, possibilitando ações que antes eram inimagináveis.

Neste contexto, consoante o todo exposto, verifica-se que a Lei n. 12.737 - Carolina Dieckmann teve o condão de introduzir no diploma penal a tipificação do delito de invasão de dispositivos informáticos, tutelando a intimidade e a privacidade da pessoa humana, porém não de fato suficientes, uma vez que somente alterou dispositivos que não eram previstos na época de elaboração do Código Penal.

Consoanteavençado alhures, a impunidade e a demora da justiça em solucionar os casos fazem com que os criminosos se sintam à vontade em praticar tais delitos, ficando as vítimas vulneráveis e sem uma solução para os casos. A Lei Carolina Dieckmann foi um enorme avanço dado pelo direito penal brasileiro, porém, a sociedade necessita de normas mais rígidas e eficazes.

No que tange ao Marco Civil da Internet, este adveio e disciplinou como deve ser o uso da Internet no Brasil, bem como ressaltou que a liberdade de expressão, neutralidade e privacidade é garantia dos usuários e provedores deste meio de comunicação.

Por fim, podemos concluir que nos últimos anos alcançamos resultados positivos, entretanto, ainda necessitamos de adequações em diversos aspectos para que haja a repressão aos crimes informáticos, visto que os criminosos possuem constante aperfeiçoamento em seus atos, faz-se jus que os profissionais também se aperfeiçoem e possam acompanhar os avanços tecnológicos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, José Francisco de. **Direito à privacidade no uso da internet: omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: Acesso em: 26 Jan.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Constituinte, 1988. Disponível em: Acesso em: 20 Out. 2018.

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/Del2848.htm. Acesso em 28/10/18.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos de informática**; altera o Decreto-Lei n. 2.846, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 25 Out. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 25/10/2018.

BRITO, Auriney. **Direito penal informático**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. - São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando; GARCIA, Maria Stela Prado. **Código penal comentado**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DIAS, Camila Barreto Andrade Dias. **Crimes Virtuais: As inovações jurídicas decorrentes da evolução tecnológica que atingem a produção de provas no processo penal**. 2014. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/20888860.pdf>. Acesso em: 25 Out.2018.

FERREIRA, Ivette Senise. **A Criminalidade Informática. Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes**. Editora Edipro, 2011.

FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto. **Os “crimes de informática” no Direito Penal Brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6064&revista_caderno=17>. Acesso em nov

2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIRA, Leide De Almeida. **Lei Carolina Dieckmann: (In) Eficácia Na Proteção Dos Direitos Fundamentais À Intimidade E À Vida Privada Em Face Da Pena Cominada Aos Delitos Informáticos**. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,lei-carolina-dieckmann-in-eficacia-na-protecao-dos-direitos-fundamentais-a-intimidade-e-a-vida-privada-em-face,48868.html>. Acesso em: 05 Nov. 2018.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime Cibernético e Prova – A investigação criminal em busca da verdade**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. Millenium, 1997, p. 3.

NOGUEIRA, Sandro D’Amaro. **Crimes de Informática**. Leme: BH Editora, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ROSA, Fabrício. **Crimes de informática**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007, p. 35.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SILVEIRA, Daniel. **Mais de 63% dos domicílios têm acesso à internet, aponta IBGE**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/mais-de-63-dos-domicilios-tem-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 24/10/18.

SPERANDIO, Luan. **O Marco Civil da Internet e o medo do amanhã**. Disponível em: <https://luansperandio.jusbrasil.com.br/artigos/117151793/o-marco-civil-da-internet-e-o-medo-do-amanha>. Acesso em 15 Nov. de 2018.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Crimes Informáticos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

INTERNET DAS COISAS E PRIVACIDADE DOS USUÁRIOS

Data de aceite: 12/12/2018

João Antônio de Menezes Perobelli

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade
Franciscana
Santa Maria/RS

Rosane Leal da Silva

Professora Adjunta do Curso de Direito da
Universidade Franciscana
Santa Maria/RS

RESUMO: A internet se tornou uma ferramenta indispensável para a vida moderna, possuindo diversas aplicações, uma delas relacionada aos objetos inteligentes e a internet das coisas, servindo como grandes facilitadores do cotidiano. Porém sua utilização vem com um risco à privacidade dos usuários pois a capacidade da internet das coisas de coletar, transferir, armazenar e interpretar dados é enorme. Para tanto no Brasil está em vigência a lei 12.965/2014, que foi criada com o intuito de regulamentar as relações na rede, entretanto pouco modificou o tratamento jurídico que vinha sendo adotado. Atualmente encontra-se em discussão o projeto de lei 3514/2015 que visa atualizar o código de defesa do consumidor e prevê regulações quanto ao tratamento de

dados pessoais. A importante questão que se apresenta refere-se à lacuna legislativa produzida pelo avanço da tecnologia, pois os eventuais problemas jurídicos decorrentes da internet das coisas não são contemplados no Marco Civil da Internet e tampouco aparecem previstas no projeto de lei, revelando a importância em se discutir tal tema.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamentação, Internet das Coisas, Dados Pessoais.

INTERNET OF THINGS AND USER PRIVACY

ABSTRACT: The internet has become an indispensable tool for modern life, with several applications, one of those is related to the internet of things and intelligent objects, great facilitators of everyday life. However, its use comes with a risk to users' privacy as the ability of internet of things to collect, transfer, store and interpret data is enormous. Therefore, there is in Brazil, the Law 12.965 / 2014, which was created with the purpose of regulating the relationship in the network, although the legal treatment that was being adopted only suffered minor changes. Currently, there is under discussion the law project 3514/2015 that aims at updating the consumer protection code and provides regulations regarding the processing

of personal data. The important question that arises is concerned the legislative gap built by the advance of technology, as the possible legal problems resulting from the internet of things are neither covered by the Civil Landmark nor envisaged in the project, revealing the importance of discussing such topic.

KEYWORDS: Regulation, Internet of Things, Personal Data.

1 | INTRODUÇÃO

A internet se tornou uma ferramenta indispensável para a vida contemporânea, pois praticamente todas as atividades do cotidiano possuem uma dependência direta ou indireta deste meio de comunicação.

As possibilidades de aplicação da internet são inúmeras, porém a maioria das suas aplicações, para que ocorram, envolvem algum tipo de dado pessoal. A proteção desses dados é extremamente importante, especialmente porque o direito à privacidade que está devidamente positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 5º inciso X.

Para tanto o direito à privacidade deve ser protegido, já que a importância deste direito no mundo conectado pela internet das coisas é tamanha em vista da sutileza que este novo conceito de internet permite coletar, armazenar e analisar dados pessoais.

Segundo Fabiano (2017, p.201) a internet das coisas é um fenômeno fundado na rede de objetos inteligentes. Em resumo a internet das coisas é a maneira na qual objetos inteligentes se comunicam, coletam, partilham e analisam informações entre si.

O conceito de internet das coisas está cada vez mais presente na sociedade e o número de objetos inteligentes é crescente, além do seu acesso cada vez mais popular. Os objetos inteligentes, segundo Vasseur e Dunkels (2010) são aqueles que possuem sensores, microprocessadores, Sistema de comunicação e uma fonte de energia e essa combinação possibilita ao objeto interagir com o mundo físico, capturando dados e os transformando em informações, além de possuírem a capacidade de se comunicar com outros objetos inteligentes.

Sendo assim são grandes facilitadores do cotidiano, mas para ter acesso a tal objeto deve-se concordar com os termos de uso, ou seja, abrir mão da privacidade pelo conforto. Ao aderir aos termos de uso se concorda em permitir que o objeto colete, armazene e transfira informações. Neste sistema, o destino das informações é o ponto chave, pois as empresas que fornecem os serviços elencados ao objeto inteligente necessitam de um sistema de segurança sofisticado para evitar o mau uso e furto das informações de seus usuários.

A questão fundamental é o conteúdo que envolve este processo que podem ir

da localização em tempo real do usuário até hábitos alimentares. A combinação das informações coletadas é suficiente para criar um perfil completo do indivíduo sem que ele saiba, o que envolve informações sobre questões de saúde, segurança, privacidade, trabalho, etc.

Tendo em vista a quantidade de dados que envolvem o fenômeno internet das coisas é necessária uma lei que forneça segurança jurídica para os usuários. Tal necessidade se deve ao fato de o Marco Civil da Internet não contemplar a coleta de dados por meio de dispositivos inteligentes, já que criado visando à rede mundial de computadores. Como é possível perceber de sua leitura, o conceito acerca da internet das coisas nem é citado nas diretrizes da lei.

Desta forma o Marco Civil da internet é o princípio para a regulação da internet das coisas, que em seu artigo sétimo inciso VII:

Art.7º O Acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei[...]

O Marco Civil da Internet discorre sobre proteção, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais, mas permite que isso ocorra quando em seu artigo sétimo inciso VII determina: [...] não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais[...] salvo mediante consentimento livre[...]. Para tanto a relevância desta pesquisa em verificar a efetividade do Marco Civil da Internet para a proteção de dados pessoais no mundo da internet das coisas.

Assim destaca-se o problema de pesquisa: Tendo em vista as novas implicações da internet em um mundo cada vez mais conectado e tecnológico, integrado através dos objetos inteligentes, fenômeno conhecido como internet das coisas, é possível afirmar que o marco civil da internet é capaz de proteger dados pessoais e a privacidade do usuário?

Para responder a problemática levantada esta pesquisa se utilizou do procedimento bibliográfico para levantar conhecimentos acerca do tema internet das coisas e privacidade dos usuários, documental para verificar as leis existentes no Brasil, unindo estes procedimentos através da abordagem dedutiva para se chegar aos resultados da pesquisa.

2 | INTERNET DA COISAS

Internet das Coisas é uma tecnologia promissora que atrai muita atenção da academia e da indústria, pelo fato de visar a integração inteligente de sistemas do mundo físico e digital, criando uma nova internet que produzirá novas implicações

organizacionais, sociais e culturais. (KOUICEM, BOUABDALLAH, LAKHLEF, 2018; WEBER, 2015).

A internet das coisas é caracterizada pela interconexão de objetos e serviços que precisam compartilhar informações do usuário para fornecerem os serviços de internet das coisas. Para seu funcionamento exige do usuário informações específicas, como a sua identidade digital que pode ser associada a diversos objetos inteligentes simultaneamente e compartilhada entre outros objetos ou serviços (WACHTER, 2018).

A identidade digital, dentro do contexto de internet das coisas pode ser entendida como um perfil construído por toda informação fornecida pelo usuário, ao que se somam as informações a coletadas pelos objetos inteligentes e serviços utilizados, dados que vão desde a idade e localização até preferências, comportamento, ações futuras previstas, etc. O problema é que o usuário pode não saber o contexto total das informações sobre ele que o sistema recolhe, mantém e trata e, na maioria das vezes, ignora o fato de que o sistema pode estar monitorando os consumidores (FABIANO, 2017; WACHTER, 2018).

Segundo Wachter (2018) os mecanismos de identificação da internet das coisas proporcionam riscos à privacidade devido à interconexão e troca de informações pelo sistema, por gerarem informações sobre o usuário que não foram consentidas nos termos no uso e pela falta de transparência na coleta, identificação e criação do perfil. Dessa forma, informações sigilosas sobre o usuário podem ser compartilhadas na rede, impactando diretamente a sua privacidade.

Usuários preocupados com a sua privacidade podem ser deixados com apenas duas decisões: usar os serviços e objetos inteligentes, possivelmente abrindo mão da sua privacidade ou, ao revés, não os utilizar. Neste contexto se inserem os termos de uso e o consento concedido e, como usualmente o usuário não tem escolha, na maioria dos casos ele simplesmente aceita os termos e fornece o consento sem possuir o conhecimento necessário para compreender, na integralidade, os termos de uso devido à ausência de conhecimentos técnicos necessários (WACHTER, 2018; LOPEZ ET AL, 2017).

Para Lopez et al (2017) os termos de uso devem ser repensados, sendo importante evitar o emprego de contratos extensos em favor de termos mais intuitivos e que capturem a atenção dos usuários, além de facilitar a compreensão dos termos e cláusulas contratuais.

Os dispositivos conectados à internet das coisas coletam muitas informações, por isso eles também carregam um grande risco potencial à privacidade do usuário, a combinação das informações coletadas por diversos objetos inteligentes interconectados pode resultar na identificação do indivíduo e nos seus padrões comportamentais (WEBER, 2015; WACHTER, 2018).

Informações pessoais podem ser transmitidas apenas quando os objetos inteligentes estão interconectados e referenciados a um usuário de maneira direta, 5 quando o usuário apresenta consentimento de uma possível transmissão de seus dados, ou indiretamente quando o usuário não possui conhecimento que a transmissão de dados está ocorrendo (FABIANO, 2017).

A dificuldade para criar legislações dentro do contexto da internet é notória e acentuada, ainda mais quando se considerar, por um lado, os limites da legislação nacional em face dos fluxos internacionais de dados e informações e, por outro, as dificuldades de produção de legislação em âmbito internacional que, ainda que seja mais adequada (WEBER, 2015), se revela de difícil produção em razão dos interesses econômicos e das assimetrias tecnológicas e jurídicas entre os países. Diante do interesse em discutir os processos de regulação da internet das coisas, a seguir serão apontados alguns aspectos que se ligam ao tema.

3 | LEIS REGULAMENTARES

O potencial da internet das coisas para aprimorar a vida cotidiana é praticamente ilimitado, porém os riscos a privacidade inerentes a esse tipo de serviço são imensos visto a possibilidade de identificação do usuário e da sua condição de vida, tendo em vista o amplo aspecto de aplicações desta tecnologia e as oportunidades geradas por ela tanto organizacionais, sociais e culturais, leis reguladoras e protetoras da privacidade neste aspecto de interconexão devem ser criadas (WEBER, 2015).

Segundo Wachter (2018) os principais desafios discutidos no meio acadêmico para regulamentar a internet das coisas têm como base questões como: a) a capacidade do meio de criar o perfil detalhado do usuário; b) possibilidade de discriminação devido às informações coletadas; c) controle e compartilhamento do perfil; d) consentimento e incerteza; e) honestidade dos provedores; f) confiança e transparência.

É inegável o potencial que a internet das coisas tem para ferir os direitos fundamentais dos usuários, o que abarca tanto os direitos individuais, como sua vida privada e intimidade, quanto pode produzir efeitos negativos na sua condição social e coletiva, o que pode ocorrer ao produzir discriminações a partir dos dados sensíveis coletados dos usuários. A Constituição Federativa do Brasil (1988) já 6 previu questões relacionadas a discriminação e privacidade em seu artigo 5º inciso X.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou

Em complemento a Constituição Brasileira, a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 foi promulgada, também conhecida como Marco Civil da Internet (MCI). Trata-se da primeira tentativa brasileira para regulamentar a internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para seu uso no Brasil.

Os legisladores da MCI deram especial atenção a questões relacionadas à privacidade do usuário na rede, o que foi feito ao determinarem como direitos do usuário a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o não fornecimento dos dados pessoais a terceiros sem prévio consentimento do usuário, a preservação do sigilo das comunicações privadas pela rede transmitidas ou armazenadas. A esses dispositivos devem ser acrescidos o dever de informar os usuários acerca da coleta de dados sobre si, quando houver justificativa para tal fato, tais diretrizes estão presentes no artigo 7º incisos I, II, III, VII e VIII (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Além do Marco Civil da internet, existe um projeto de lei que visa complementar o código de defesa do consumidor, de maneira a regulamentar e fornecer providências às relações de consumo na internet. Trata-se do Projeto de Lei n. 3514, de 2015, que em seu artigo 6º inciso XI:

Art. 6º [...] XI - a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e suas fontes.

Dentro deste mesmo projeto de lei é importante destacar o artigo 45-A que dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando fortalecer sua confiança e assegurar a tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

O Marco Civil da Internet e a PL 35/14 de 2015 revelam que o assunto não é ignorado no Brasil, porém ambas legislações ainda possuem um caminho a percorrer pois não discorrem diretamente sobre o tema internet das coisas.

4 | VULNERABILIDADE DO USUÁRIO E O TRATAMENTO JURÍDICO

Segundo Lopez et al (2017) as legislações são um importante mecanismo para prevenir o mal-uso das informações pessoais dos usuários, porém elas não são a solução do problema, constituindo-se apenas numa maneira de compensar monetariamente o dano causado ao responsabilizar os responsáveis pela má utilização dos dados. A resposta jurídica é dada após a captação, tratamento e repasse dos dados a terceiros e não recupera a privacidade do usuário afetado.

O MCI foi a primeira lei no mundo a disciplinar os direitos e deveres dos usuários da rede, porém nenhuma mudança substancial foi percebida, visto que

tal lei não acrescentou praticamente nada à legislação vigente (TOMACEVICIUS FILHO, 2016).

Para Tomacevicius Filho (2016) o aspecto intrigante do MCI é a ingenuidade do legislador brasileiro de manter prestações de solução de problema de escala mundial, através de efeitos extraterritoriais através de uma lei nacional, visto que, a própria estrutura da internet permite que violações aos direitos dos usuários possam acontecer em qualquer lugar do mundo, extrapolando completamente a jurisdição brasileira.

Para que uma regulação sobre a internet e suas aplicações, inclusive sobre a internet das coisas, seja realmente eficaz é necessária uma aproximação global dos países sobre a legislação, numa harmonização de princípios ou na escolha de determinados marcos protetivos que sejam reconhecidos e aplicados por vários países, visto que as informações coletadas podem passar por diversas territorialidades, sob jurisdições diversas, assim uma aplicação global seria mais efetiva (WEBER, 2015).

Apesar desse anseio, sabe-se que a tecnologia sempre avançou rapidamente, de maneira que as legislações não conseguem acompanhar. A distância entre elas é crescente e com a internet não é diferente, pois cada vez se torna mais fácil para os sistemas captarem/coletarem, armazenarem, tratarem e 8 transmitirem dados, o que é agravado quando se pensa sobre a internet das coisas (LOPEZ et al, 2017).

Para tentar diminuir essa distância, em 25 de maio de 2018 entrou em vigência na União Europeia a General Data Protection Regulation, regulação sobre dados pessoais que criou princípios para processamento de informações e novos padrões de proteção de dados relevantes para objetos inteligentes e internet das coisas (WACHTER, 2018).

5 | CONCLUSÃO

A internet, objetos inteligentes e a internet das coisas estão cada vez mais presentes na vida cotidiana, sendo grandes transformadores e facilitadores do dia-a-dia, podendo ser utilizados de diversas maneiras e em distintos contextos.

A inserção do cotidiano no âmbito da internet das coisas cria diversos riscos aos usuários, especialmente considerando como esse fenômeno da internet trabalha coletando, transferindo, armazenando e interpretando dados sobre o usuário, o que cria diversos riscos à privacidade em um ambiente carente de regulamentação.

A precariedade de regulamentação sobre o tema grandes riscos à privacidade dos usuários, produzindo um ambiente de insegurança jurídica. A regulamentação atualmente em vigência no Brasil é a Lei 12.965/2014, tal lei clarifica as relações e dá algumas providências, mas não teve efeito prático visto que não contemplou

nenhuma previsão sobre o tema em análise. Porém mesmo com o Marco Civil da Internet alguns pontos seguem obscuros quando o assunto é privacidade do usuário.

O artigo 7º inciso VII veda o fornecimento dos dados a terceiros salvo mediante livre consentimento, no entanto, quando se realiza a análise dos termos de uso dos objetos inteligentes e serviços presentes na internet das coisas constata-se que as cláusulas contratuais são extremamente técnicas, o que dificulta o entendimento do usuário que, interessado nas facilidades que a tecnologia oportuniza, acaba fornecendo o consentimento sem estar devidamente ciente sobre os termos do contrato.

Para melhorar o entendimento dos usuários as cláusulas contratuais deveriam ser de simples acesso e compreensão, além de fornecerem a possibilidade da adesão parcial do contrato. Tal providência é bastante importante, pois em alguns casos o contrato é rígido e deixa o usuário frente ao dilema de aceitar as cláusulas para poder utilizar o objeto e/ou serviço ou não as aceitar e, por conseguinte, não ter acesso à tecnologia.

O Marco Civil e a PL 3514/2015 já trazem alguns dispositivos que visam regulamentar e melhorar a interação com os termos de uso, porém a regulamentação e o projeto não determinam adesão parcial e tampouco impõe, como dever aos fornecedores, a utilização de linguagem mais simplificada e que facilite a compreensão dos usuários leigos.

Além das questões sobre privacidade que no Marco Civil não inovou, deve-se destacar que o Projeto de lei contempla um princípio mais genético, mas não menciona objetos inteligentes ou internet das coisas, sendo focado apenas na relação de consumo já existente. Diferente do contexto Brasileiro se encontra a regulamentação Europeia, cujo novo regulamento de proteção de dados prevê diversas providências sobre o tratamento de dados, armazenamento, coleta, etc. Além de já abranger pontos referentes a internet das coisas.

Além da inércia do legislador brasileiro em atentar para importantes inovações tecnológicas, a principal dificuldade que permanece envolve questões de soberania, visto que as informações podem ser coletadas em um país, armazenadas em outro e a violação da privacidade pode ocorrer em um terceiro país, o que demonstra que leis nacionais teriam insuficiências para tutelar os dados pessoais em face aos avanços tecnológicos propiciados pela internet das coisas.

Ainda que desejável, a produção de uma regulamentação internacional dificilmente ocorrerá em curto prazo e diante dessa dificuldade voltam-se as atenções para as legislações nacionais. Ainda que insuficientes em face de todos os riscos, não se pode ignorar que elas oferecem uma espécie de salvaguarda, permitindo graus – ainda que mínimos – de segurança jurídica aos usuários, o que evidencia o interesse e a oportunidade de discutir a incorporação do tema da

internet das coisas no projeto de lei atualmente em tramitação.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Lei N°12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece Princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de abr. 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm#art3. Acesso em 02 de abr. 2018.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 3514/2015**. Altera a Lei n° 8078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I e Título I, e o art. 9° do Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em 20 de mai. 2018.

FABIANO, Nicola. **Internet of Things and the Legal Issues related to the Data Protection Law according to the new European General Data Protection Regulation**. Athens Journal of Law v3(3). p201-214, Jul. 2017. Disponível em <https://www.athensjournals.gr/law/2017-3-3-2-Fabiano.pdf>. Acesso em 28 de mar. 2018.

KOUICEM, Djamel Eddine. BOUABDALLAH, Abdelmadjid. LAKHLEF, Hicham. **Internet of things security: A top-down survey**. Computer Networks. Mar. 2018 Disponível <https://doi.org/10.1016/j.comnet.2018.03.012>. em Acesso em 30 de mai. 2018

LOPEZ, Javier. et al. **Evolving privacy: Form sensors to the internet of things**. Future Generation Computer Systems. v. 75. p. 46-57, Out. 2017. Disponível em <https://doi.org/10.1016/j.future.2017.04.045>. Acesso em 15 de mai. 2018.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo**. Estud. av., São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, Apr. 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142016.00100017>. Acesso em 20 de mai. 2018.

VASSEUR, Jean-Philippe. DUNKELS, Adam. **Interconnecting Smart Objects With Ip: The Next Internet**. Morgan Kaufmann, 2010.

WACHTER, Sandra. **Normative Challenges of Identification in the Internet of Things: Privacy, Profiling, Discrimination, and the GDPR**. Computer Law & Security Review. v.34(3). p.436-449, Jun. 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3083554>. Acesso em 10 de mai. 2018.

WEBER, Rolf H. **Internet of Things: Privacy issues revisited**. Computer Law & Security Review. v. 31(5). p. 618-627, Out. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.07.002>. Acesso em 10 de mai. 2018.

A PIRATARIA E A INFLUÊNCIA NA INOVAÇÃO DAS GRANDES MARCAS

Data de aceite: 12/12/2018

Angélica Rosa Fakhouri

Discente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto-USP

RESUMO: O estudo foi construído a partir de análises e discussões doutrinárias de autores renomados dedicados a ampliar todo o conhecimento da área de *Fashion Law*, embrionária no universo do Direito. Tendo em especial o estudo da obra dos professores Kal Raustiala e Christopher Jon Springman “*The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*”, que contrapõe a adversidade da pirataria ao equilíbrio que a prática traz ao mercado. Assim, o presente artigo discorre acerca das cópias frente às grandes marcas e como esse fenômeno impulsiona a produção diversificada e constante de diferentes produtos, apesar do baixo aparato jurídico de regulamentação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Moda. Paradoxo da Pirataria. Cópias. Inovação.

THE PIRACY AND ITS INFLUENCE ON

INNOVATION OF BIG BRANDS

ABSTRACT: The study was built from analysis and doctrinal discussions of renowned authors, dedicated to expand the hole knowledge in the area of the Fashion Law, embryonic in the universe of Law. Having in particular the study of the work from teachers Kal Raustiala e Christopher Jon Springman “*The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*”, that opposes the adversity of piracy to the balance that the practice brings to market. In this way, the article discusses about the cópias against the big brands and whow this phenomenon drives the diversified and constant productions of different products, in spite of the low regulatory juridics apparatus.

KEYWORDS: Fashion Law. Piracy Paradox. Copies. Innovation.

1 | INTRODUÇÃO

Os estudos relativos ao Direito da Moda ainda são iniciais no universo do Direito, sobretudo os que envolvem a discussão de cópias e patentes nas grifes, e qual seria o limite entre inspiração e plágio. Conceitos como o de *fast fashion* também são novos, este entendido como a produção em grande

velocidade, baixo custo e, muitas vezes, reproduzindo produtos de grandes grifes, os quais também são frequentemente inovados.

Essas cópias, ou inspirações, são facilitadas pela baixa proteção jurídica das criações na moda, o que, entretanto, pode ser analisado como fator responsável pelo impulsionamento das criações.

Assim, o presente artigo visa analisar as cópias de maneira geral no universo da moda, bem como o porque desta cadeia ainda estar em equilíbrio, apesar do baixo aparato jurídico de regulamentação. Cópias estas que ocorrem entre os mesmos estratos piramidais, ou seja, entre as altas grifes, e também aquelas que permeiam as diferentes camadas sociais, tanto na elite, como no consumidor de massa.

2 | O EQUILÍBRIO DA BAIXA TUTELA JURÍDICA DA MODA: *THE PIRACY PARADOX*

É de entendimento geral que as *trademarks*, ou marcas registradas, ajudam a prestigiar e agregar valor ao produto em que estão inseridas. Partindo desta realidade, as grifes tem investido cada vez mais no policiamento do uso de suas marcas na pirataria, onde ocorre a cópia explícita. Porém, o objeto central da discussão, e que traz uma problemática maior por sua abstração, é a cópia implícita, aquela que parte da inspiração de determinado produto, remetendo ao original e utilizando de seu valor agregado para persuadir o consumidor a adquiri-lo.

O cenário global atual enfrentado pelas empresas do setor de vestuário conta com elementos como fotografia digital, plataformas de design digitais, internet, terceirização, tecnologias de manufatura mais flexíveis e menores tarifas têxteis. Essa contribuição tecnológica e tarifária é essencial para a intensificação da cópia, que corre em ritmo desenfreado, tendo como resultado a apropriação penetrante dos designs em empresas de todos os níveis e que atinge os mais diversos estratos sociais do mercado.

A visão tradicional de análise da pirataria e plágio, coloca-os como um ameaça fatal ao empenho do criador de novas tendências, o que acabaria por criar o engessamento da variabilidade dos produtos. Essa teoria possui aceção no universo da criação musical e conta com legislação de apoio para os casos envolvendo a quebra de patentes. Tal normatização poderia ser expandida ao universo do *fashion design* de maneira mais efetiva, apesar de que para os professores americanos Kal Raustiala e Christopher Sprigman, que criaram a teoria do *Piracy Paradox*, a proteção jurídica não seria benéfica nessa área, já que o regime de livre apropriação é na verdade um ciclo de equilíbrio, que impulsiona a inovação.

Na concepção de Raustiala e Springman (2006), o baixo sistema de proteção

de patente da moda não seria negativo aos inovadores desse segmento industrial, pelo contrário, eles seriam incentivados a mudar constantemente, servindo paradoxalmente aos interesses da indústria da moda de maneira maior do que o caso em que fossem protegidos. Dessa forma, “*se a moda fosse tratada como a música ou livros pela lei, a produção de novos designs seria bem mais limitada*” (2006, p. 1734).

Nesse sentido, a discussão cerceia a incessante obsolescência dos produtos, ponto central do consumismo. As roupas e adereços da moda possuem valoração de status e prestígio social, o que é inversamente proporcional à quantidade de público que as possuem, já que quanto mais uma tendência se espalha, ela tende a “cair”, ou seja, tornar-se ultrapassada.

O processo de dissipação do valor social do produto através da difusão ocorre por dois motivos. A difusão da cópia de produtos baratos atrela a imagem da marca original e acaba denegrindo o artigo pela associação que ocorre. Ademais, para quem aderiu anteriormente o produto, quando o *design* é amplamente difuso, este tem seu valor diminuído, pois perde a exclusividade e o status atrelado à utilização da peça desejada, por não ser mais inalcançável.

Nos ensinamentos de Domingues e Saad-Diniz (2016):

Difícilmente se pode pensar a indústria *fashion* sem questionar os fundamentos da satisfação de desejos e necessidades humanas, explorando os domínios racionais e as percepções subjetivas do egoísmo como revisão crítica da moda nos dias atuais. A necessária revisão crítica parte do pressuposto que **a geração de exclusividade do comportamento *fashion* é o que move a pirataria.** (grifo nosso)

Partindo desse pressuposto, caso a cópia fosse ilegal e protegida pelo aparato jurídico, o ciclo da moda funcionaria de maneira mais lenta, o que induziria menos o consumo. Destarte, há o benefício dos *designers* no amparo para a troca de coleções com mais fluidez, gerando vendas adicionais às empresas do mercado, tanto daquelas pirateadas quanto das que criam e reproduzem o produto original. Para as cópias que são apenas inspirações entre as marcas da *high fashion*, o topo da pirâmide da moda, o aumento do consumismo também ocorre, pois há aqueles que tem preferência às variações e, assim, são também induzidos a adquirir o novo produto que segue a tendência da estação.

Portanto, a conclusão que se ascende é que as cópias não inibem a inovação, ao contrário, teriam um papel importante no efêmero ciclo de inovação da indústria da moda. Na medida em que os *designs* da *high fashion*, vão sendo copiados pelos *fast fashions*, eles perdem sua exclusividade, fazendo com que se busque novas criações como forma de afirmar o posicionamento de desejo. Dessa forma, a pirataria é vista como um catalizador do mercado da moda, alimentando a sazonalidade e o consumismo, afirmando inclusive a obsolescência programada dessa indústria.

A moda busca se atrelar às particularidades do mercado, como por exemplo a questão financeira dos consumidores que desejam os produtos visualizados nas propagandas das altas grifes. Assim, o resultado é de um regime estável de livre apropriação. De um lado, as redes de *fast fashion*, “ajustada às tendências de moda e aos interesses de cada segmento do mercado” (HOFFMAN, 2011, p. 6) promovem a disseminação de tendências permitindo que as massas usufruam do que está em alta por um preço acessível. Na outra parte, dá-se certa projeção aos estilistas e grifes, forçando o desenvolvimento de coleções marcantes, que mesmo sendo copiadas, remetam ao criador original.

Assim sendo, a Teoria do Paradoxo da Pirataria justifica o crescimento e alto faturamento na indústria da moda, mesmo com baixos sistemas de proteção à propriedade intelectual. A necessidade de uma rapidez na criação dos modelos e tendências, para evitar que as diferentes camadas sociais se conectem por um mesmo *design*, promove um maior consumo de peças, acima do necessário, o que diminui o dano econômico gerado pelas cópias, beneficiando assim a indústria da moda como um todo, nos seus mais diversos estratos piramidais.

3 | O CONTRAPONTO À BAIXA PROTEÇÃO JURÍDICA E O DIREITO BRASILEIRO

Em contrapartida ao analisado no item anterior, muitos estudiosos do Direito da Moda acreditam que a regulamentação legal da matéria é essencial, porquanto a pirataria, ou mera “inspiração”, representa uma ameaça ao funcionamento da indústria *fashion*. A estes direitos dá-se o nome de propriedade intelectual, instituto que estuda os bens imateriais, como é a criatividade na criação dos *designs*.

Entretanto, inicialmente é de se destacar que a prática cíclica da moda, ou seja, as transformações constantes, tornam difícil a tutela jurídica pelas vias convencionais. A grande questão é proteger e regular esse universo sem, porém, limitar esse ciclo, que é o que move a indústria.

No Brasil, a propriedade intelectual não recebeu especificidade em cada um dos campos que abrange. Ela é guiada pela Lei de Propriedade Industrial (LPI), a Lei nº 9279/96, e pela Lei de Direito Autoral (LDA), a Lei nº 9610/98. Entretanto, esses institutos legais possuem apenas alguns aspectos que são cabíveis na matéria dos *designs*, excluindo outros que são essenciais na resolução dos litígios.

A LPI trata do direito de registro da marca e do desenho industrial. O segundo é definido pelo artigo 95 na Lei como “forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”. Depreende-se então a necessidade de cumprir requisitos como novidade, utilização ou aplicação industrial e a unidade

do desenho industrial.

O direito autoral é instituto automaticamente protegido, ou seja, não necessita de registro, passando a valer no momento de criação da obra. Neste tópico, o principal ponto de proteção é a originalidade do ponto de vista subjetivo, que se diferencia pela impressão pessoal do autor, que normalmente tem o objetivo de criar uma identidade de produção. A LDA proíbe a reprodução de projetos, sua estrutura técnica e planejamento, mas não necessariamente suas peças. Assim sendo, a Lei não é adequada para a proteção da moda devido a aproximação do *design* e a peça em si, o que acarreta a uma lacuna legislativa que gera conflito de interpretação quando um caso desse tipo é levado ao judiciário (GONÇALVES, 2012, p. 320).

Outrossim, diferente problemática recorrente acerca da regulamentação legal na indústria da moda é encontrada no *trade dress*. Este é entendido como o conjunto-imagem, atributos não funcionais do produto, que são estéticos e obtidos após vendas constantes que permitem a associação entre o produto e quem o produz. A dificuldade de seu reconhecimento se dá pela dificuldade de provar que as pessoas associam àquele produto àquela marca (GONÇALVES, 2012, p. 321). Assim, essa forma de proteção só consegue ocorrer quando é incontestável sua associação.

Neste aspecto, desenvolve-se a discussão acerca também das inspirações, que englobam os debates do próprio *trade dress*. A inspiração enfrenta uma linha tênue em relação a cópia, que se diferem, para alguns autores, pelo instituto da confusão. De toda a sorte, são difíceis de serem materializadas e, por conseguinte, regularizadas. A maioria dos casos de *Fashion Law* esbarram nesse problema.

Entretanto, tomando o exemplo do famoso caso Louboutin, que pugnou pela proteção jurídica da sola vermelha de seus sapatos, não parece viável uma marca tomar exclusividade de uma cor. Isto posto pelo próprio objetivo de inovação do mundo da moda, que, inevitavelmente, se pauta em inspirações, até mesmo de épocas anteriores. Dessa forma, uma legislação nesse sentido, poderia a vir engessar o ciclo de inovação, remetendo ao obstáculo estudado por Raustiala e Springman.

4 | CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se uma dualidade de opiniões a respeito do tema. Liderados pela brilhante exposição doutrinária dos professores Kal Raustiala e Christopher Springman acerca da teoria do Paradoxo da Pirataria, há a corrente defensora das cópias e inspirações como agentes catalizadores do campo da moda, que permitem o equilíbrio estável do ciclo *fashion*.

Há também, de outro lado, os defensores e estudiosos da regulamentação

DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO CAPITAL DE GIRO

Data de aceite: 12/12/2018

Bruno Teixeira Maldonado

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC). Especialização em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado.

Carlos Cristiano Brito Meneguini

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC). Advogado.

RESUMO: Este artigo científico visa estudar a possibilidade de penhora do capital de giro de uma empresa dentro do processo de execução, bem como quais são os procedimentos a serem observados neste caso. Para tanto, serão analisados quais bens compõem o capital de giro empresarial e qual sua importância para a saúde financeira da empresa. Para tanto, este trabalho se apoia em uma pesquisa qualitativa, ou seja, em conhecimentos específicos a respeito da matéria, fruto de pesquisa bibliográfica e de normas aplicáveis ao assunto. Como resultado, concluiu-se que

os atos de penhora e expropriação devem evitar a constrição dos ativos circulantes da empresa executada, posto que o mesmo é fundamental para manutenção da atividade empresarial. Ademais, verificou-se que a procedimentalidade adotada pelos tribunais pátrios neste tipo de caso não é pacífica, de modo que se concluiu como mais acertada a constrição em último caso, e somente através dos trâmites legais determinados pelos arts. 866 e 863 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Capital de giro; Ativo circulante; Penhora; Execução.

THE POSSIBILITY OF ATTACHMENT TO WORKING CAPITAL

ABSTRACT: This research paper aims to study the possibility of attachment of the working capital of a company inside the execution process, and which are the procedures to be followed in this case. For this, it will be analyzed which belongings make part of the working capital and what is its importance to the company's financial health. . Therefore, this work is based in a qualitative research, in other words by specific knowledge about the matter, product of the applicable literature and legal provisions. As result, it was concluded that the acts of attachment and expropriation

should avoid constriction of the current assets of the company, since it is critical for maintenance of business activity. Moreover, it was found that the proceduralidade adopted by the courts in this type of case is not uniform, so that it was concluded that the most correct procedure is constriction as last resort, and only through the legal procedures determined by articles 866 and 863 from CPC.

KEYWORDS: Working capital; Current assets; Attachment; Execution.

1 | INTRODUÇÃO

No que tange à tutela jurisdicional executiva, o instituto da penhora é ato processual de crucial importância a fim de garantir a realização do direito material do exequente. Todavia, em se tratando especificamente do processo executório contra empresas, é recorrente que a penhora incida sobre bens que compõem seu ativo circulante (sejam eles disponibilidades em moeda corrente ou até mesmo estoque), constringindo recursos cuja função é converterem-se, por meio de um fluxo operacional contínuo, a fim de gerar a receita essencial para a manutenção da atividade empresarial, e conseqüentemente “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”, conforme preconiza o art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Desta forma, a indisponibilidade destes bens pode prejudicar a saúde financeira do empreendimento, tornando o processo executivo oneroso a ponto de colocá-lo em risco de falência, comprometendo a preservação da empresa, sua função social e até mesmo o estímulo à atividade econômica. Justamente por isso a jurisprudência e doutrina debatem quanto as hipóteses de possibilidade, ou não, de penhora sobre o capital de giro de uma empresa, ou mais precisamente, sobre os bens que compõem o seu ativo circulante, sendo esse o assunto que o presente artigo visa tratar, buscando, a partir de um estudo em conjunto do direito com a ciência contábil, uma compreensão melhor sobre o tema.

2 | DO CAPITAL DE GIRO

O conceito de capital de giro não encontra nenhuma delimitação legal no ordenamento jurídico pátrio, todavia, a doutrina contábil lhe oferece várias definições, as quais, de forma pacífica, o atrelam aos ativos e passivos circulantes do balanço patrimonial de uma empresa, que por meio de seu ciclo econômico são constantemente convertidos até tornarem-se receita.

Para melhor compreender este conceito, abre-se parênteses para apontar quais são os bens que compõem o balanço patrimonial de uma empresa, consoante a divisão feita pelo art. 178 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações).

O primeiro deles é o ativo circulante, que representa as disponibilidades em moeda corrente que a empresa possui em caixa, além de valores a receber e produtos em estoque (artigo 179, I, da Lei 6.404/76); em seguida, há o ativo não circulante, ou seja, aquele realizável a longo prazo, além de investimentos imobilizados e intangíveis (art. 179, II a VI, da Lei 6.404/76); já o passivo circulante se refere a todas obrigações e dívidas exigíveis no curso de um ano, tais quais o pagamento de fornecedores, salários, e financiamentos; o passivo não circulante se constitui de dívidas exigíveis num período maior que um ano (artigo 180 da mesma lei). Por fim, tem-se o patrimônio líquido que representa tanto o capital social, as reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em tesouraria quanto prejuízos acumulados (art. 182 da retro lei).

Dessarte, dentro da doutrina contábil (NETO; SILVA, 2002, p.14), ao definirem capital de giro, primeiramente apontam que o termo “giro” se refere aos recursos correntes de uma empresa, ou seja, aqueles capazes de serem convertidos em caixa no prazo máximo de um ano, sendo que os elementos de giro são identificados no ativo e passivo circulante (de curto prazo). Ainda, determina que o capital de giro “está associado aos recursos que circulam ou giram na empresa por determinado período de tempo” (DI AGUSTINI, 1999, p.21).

Tendo em vista que o ativo e passivo de curto prazo tratam de disponibilidades em moeda, valores a receber, estoque de produtos, valores a serem pagos, é possível concluir que o capital de giro se refere aos recursos demandados por uma empresa para financiar suas atividades (desde a aquisição de matéria prima até financiamento para fabricar o produto acabado), buscando por meio destas a renda necessária para sua manutenção e crescimento.

A partir desta noção do capital de giro, e ciente que este é vital para o funcionamento da empresa, há que se tratar brevemente, de suas principais características, quais sejam: a falta de sincronização temporal, a curta duração e a rápida conversão de seus elementos.

A falta de sincronização temporal diz respeito ao fato de que as atividades comuns da empresa, como produção, venda e cobrança, não ocorrem ao mesmo tempo, o que torna possível concluir que o capital de giro costuma se manter aplicado em diferentes formas (ora ele pode se concentrar em grandes volumes de estoque ou matéria prima, ora pode se encontrar por meio de disponibilidades em moeda).

Já a curta duração e a rápida conversão dos elementos componentes do ativo circulante da empresa são características que decorrem da existência de um fluxo corrente permanente de capital, no qual o mesmo se transforma constantemente (NETO; SILVA, 2002, p.14). Em outras palavras, o dinheiro disponível transforma-se em matéria prima e estoque, enquanto o estoque se transforma em vendas, as quais aumentam o capital disponível ou em valores a receber a curto e longo prazo

(dependendo se a mesma se deu à vista ou a prazo).

Tais transformações do capital compõem o ciclo operacional da atividade empresarial, que se inicia com a aquisição de matéria prima e termina com a venda do produto final (e seu pagamento). Ou seja, o ciclo operacional incorpora todas as fases operacionais da empresa que transformam o capital investido novamente em capital (NETO; SILVA, 2002, p.14).

Após esse breve estudo é possível assimilar que toda empresa precisa de um nível satisfatório de capital de giro (além da boa administração do mesmo) para manter suas atividades operacionais. Essa situação de segurança, no entendimento de Assaf Neto e Tibúrcio Silva, se dará quando as obrigações financeiras da empresa se encontram lastreadas em ativos financeiros com prazo de conversão similar aos passivos (NETO; SILVA, 2002, p.14), ou seja, quando os ativos circulantes forem suficientes para suprir as os passivos vindouros.

3 I DA TUTELA EXECUTIVA

À medida que o Estado se desenvolveu institucionalmente e consolidou-se como autoridade política, começou a gradativamente exercer a função de dirimir os conflitos existentes por meio da tutela jurisdicional. Em nosso ordenamento jurídico, tal dever-poder encontra-se consagrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Analisando-se este dispositivo, verifica-se que a atividade jurisdicional é inafastável do Estado, sendo assegurado a qualquer indivíduo o direito fundamental de livre acesso ao judiciário para a proteção de seus direitos. Todavia, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional estatal, não basta que o Poder Judiciário simplesmente declare o direito daqueles que recorrem a ela, é necessário que o mesmo busque efetiva-los de forma eficaz.

Para tanto, o ordenamento jurídico dispõe de uma série de atos e procedimentos executivos por meio dos quais é possível realizar materialmente os direitos de seus titulares, e assim, exercer a tutela jurisdicional executiva. Sobre este assunto, a doutrina leciona:

A concepção que temos de Jurisdição como atividade do Estado voltada para à realização do Direito, restaurando a ordem jurídica violada ou evitando que tal violação ocorra, impõe que se inclua a execução judicial como uma das manifestações essenciais da tutela jurisdicional (MEDINA, 2011, p.30).

Entretanto, dentro do processo executivo o réu também é merecedor da proteção estatal, de forma que, ao buscar-se a satisfação do direito do credor, deve-se fazê-lo da forma menos prejudicial possível ao executado. Este entendimento,

destaca-se, advém do próprio direito a uma ordem jurídica justa, da equidade e da proporcionalidade; ou ainda:

O interesse social e a finalidade ética do processo exigem, sem dúvida, que a dívida (em acepção ampla) seja totalmente adimplida. Mas, nem assim o credor tem o direito de agravar a situação do devedor, no curso da execução, escolhendo meio mais oneroso do que outro que possa alcançar o mesmo alvo quer por ignorância como, geralmente, por má-fé, com a intenção preconcebida de lesar o devedor (THEODORO JR, 2014).

Deste preceito advém o princípio da máxima efetividade e da menor restrição possível, o qual, segundo THEODORO JR (2014), associa-se diretamente a outros princípios, tais como o da dignidade humana, o da utilidade e o da finalidade, visto que a tutela executória tem como fim somente a satisfação do direito do credor, mas nunca de punir o devedor.

Nesse diapasão, o artigo 805 do Código de Processo Civil (CPC) é expresso ao determinar que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Conforme DIDIER JUNIOR (2010, p. 56) destaca, esta diretriz “aplica-se em qualquer execução (fundada em título judicial ou extrajudicial), direta ou indireta, qualquer que seja a prestação executada”; sendo norma cogente, e não mera liberalidade, em vista do termo “o juiz mandará”. Assim, o magistrado deve agir, inclusive de ofício, a fim de garantir que a execução se dê pelo modo menos gravoso, além de indeferir quaisquer postulações que sejam onerosas além do razoável para o devedor (THEODORO JR, 2010, p.56).

O processo executivo deve evitar agravar ainda mais a situação do devedor, de modo que, por exemplo, cumpra ao credor indicara espécie de execução que prefere, quando por mais de um modo pode ser efetuada (art. 798 do CPC), poderá o devedor pleitear que a mesma se dê de outra maneira, se menos gravosa e ainda assim conveniente, afinal, o credor não possui o direito de escolher entre o meio mais ou menos gravoso.

A este respeito, oportuna é a lição de CÂMARA (2010, p. 156), valendo cita-la:

Deve o princípio do menor sacrifício possível ser observado ainda quando se pretenda fazer a atividade executiva incidir sobre parcela do patrimônio do executado que esteja, em linha de princípio, sujeita a ela. Assim, por exemplo, se a penhora incide sobre um bem que é capaz de garantir a satisfação do crédito, e o devedor tem outro, também capaz de garantir tal satisfação, mas que - uma vez apreendido - traria a ele menor gravame, deverá a penhora incidir sobre este, e não sobre aquele primeiro bem.

Ante a todo o exposto podemos concluir que tal proteção se faz essencial, pois aquele que já se encontra em execução provavelmente já possui dificuldades com a gestão de seu patrimônio. Esse é o caso, por exemplo, de empresas que podem ter seus ativos circulantes penhorados, fazendo com que as mesmas se vejam numa

situação ainda mais adversa após o início do processo.

4 | DA PENHORA

Se a princípio no processo de execução por quantia certa o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, para o cumprimento de suas obrigações (art. 789 do CPC), é a partir da penhora que se particularizam alguns desses bens que compõem seu patrimônio para que sobre estes recaiam os atos de expropriação que visam satisfazer o direito do exequente. Assim, até o momento da penhora a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, e todos os seus bens podem vir a responder pela dívida, sendo que por meio desta individualizam-se quais os bens irão fazê-lo, de forma que estes tornar-se-ão indisponíveis para o executado (ARENHART; MARINONI, 2008, p. 254).

Assim, leciona MOREIRA (1997, p.225) que a penhora pode ser definida como “o ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo”; ou, segundo DIDIER JUNIOR (2010, p. 535) “é o primeiro passo executivo, para a realização da transferência forçada dos bens do devedor”.

Isto posto, insta salientar que embora antes da penhora seja possível afirmar que todo o patrimônio do executado está sujeito à responsabilidade pela dívida, o ordenamento jurídico pátrio prevê certas exceções ao elencar bens que não estão sujeitos à constrição judicial. Nesse sentido, o Código de Processo Civil os divide entre absolutamente ou relativamente impenhoráveis (arts. 833 e 834 do CPC), apesar de, segundo apontam ARENHART e MARINONI (2008, p. 254), também existam outros não listados nesse rol, como os valores depositados nas contas vinculadas ao FGTS.

Este status de impenhorabilidade, ainda que relativo, pode ocorrer por diversas razões, seja porque os bens são inalienáveis (comprometendo a utilidade de sua posterior expropriação), seja porque são importantes para assegurar a sobrevivência do executado (CÂMARA, 2010, p. 289). Neste último caso, destacam-se os livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício da profissão, os quais encontram proteção no inciso V do art. 833 do CPC.

Já no que tange aos bens passíveis de penhora, frisa-se não há uma ordem absoluta a ser observada, de modo que o arranjo disposto no art. 835, possui caráter meramente recomendativo, conforme entendimento já consolidado pelo próprio STJ através da Súmula 417 (“Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto”).

Isto se dá justamente pela diretriz estabelecida pelo já citado art. 805 CPC “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará

que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”, afinal, se dentro do processo houverem diversos bens igualmente capazes de adimplir a dívida, deve-se optar por aqueles cuja a constrição comprovadamente trará menos prejuízos ao executado.

Assim, com base no disposto no capítulo anterior, nos casos em que uma empresa figurar como executada, há que se olhar com ressalvas tanto a possibilidade de constrição de dinheiro, em espécie, depósito ou aplicação em instituição financeira (art. 835, I, CPC) como de percentual de seu faturamento (art. 835, X do CPC); afinal, nestes casos poderá estar-se constringindo seu ativo circulante responsável pela manutenção de seu ciclo operacional.

Quanto a esta segunda hipótese, faz-se imperioso distinguir faturamento de lucro. Afinal, o faturamento, segundo definição dada pelo próprio STF, é a soma das receitas oriundas da venda de mercadorias e serviços (BRASÍLIAa, 2006), enquanto o lucro representa o faturamento menos os custos. Assim, a penhora sobre faturamento pode comprometer os valores que seriam usados para a compra de matéria prima, pagamento de funcionários e outros passivos circulantes.

Também merece atenção a possibilidade de penhora de bens móveis em geral (art. 835, VI, CPC), posto que o ativo circulante da empresa pode encontrar-se manifesto também na forma de estoque ou matérias primas, dado a rápida conversão dos elementos e a falta de sincronização temporal existente entre a produção, venda e cobrança.

Verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio não resguardou de forma absoluta o ativo circulante empresarial, mesmo sendo este essencial para a sobrevivência do empreendimento comercial. Justamente por isso, faz-se necessária uma análise de como deve incidir a penhora nos processos de execução em que uma empresa é ré, possibilitando chegarmos a um melhor juízo de procedibilidade e conveniência para esses casos.

5 | DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DO CAPITAL DE GIRO

Conforme verificamos, é por meio dos elementos que compõem o capital de giro que uma empresa consegue manter-se em atividade, fomentando seu ciclo operacional a fim de gerar rendimentos os quais servem não somente para sua própria manutenção, mas também para o pagamento de credores, salários de funcionários, impostos e diversos outros encargos sociais, de forma a contribuir com o estímulo à atividade econômica e com a própria função social da empresa.

Partindo desse pressuposto, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que a penhora do capital de giro pode comprometer a saúde financeira de um empreendimento, o que, todavia, não implica na existência de um posicionamento

pacífico de quando e como se deve proceder a constrição dos bens que compõem o ativo circulante empresarial.

Conseqüentemente, a possibilidade de penhora desses bens deve ser vista com cautela, principalmente porque à primeira vista eles se enquadram nos incisos I (dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira), VI (bens móveis em geral) e X (percentual do faturamento de empresa devedora) do art. 835 do CPC; ou seja, apesar de serem essenciais para a sobrevivência do executado e ainda assim não serem declarados impenhoráveis pelo Legislador, os mesmos se encontram situados em primeiro e terceiro lugar no rol de preferência estabelecido pelo Código de Processo Civil.

Para melhor compreensão, iremos sistematizar nossos estudos em duas etapas, onde na primeira trataremos sobre a viabilidade da penhora incidir sobre o ativo circulante empresarial por meio dos incisos I e VI do art. 835 do CPC, e na segunda sobre a possibilidade de constrição com base no inciso X do mesmo art..

5.1 Da possibilidade de penhora pautada nos incisos I e VI do art. 835 Do CPC

Ao dispor sobre a possibilidade da penhora de ativos circulantes através da maneira prescrita pelo inciso I do art. 835, THEODORO JR. (2014) aponta que embora o dinheiro seja o bem mais indicado, deve ser intolerável sua constrição se esta afetar o capital de giro, posto que, para “a empresa não é uma figura estática de um simples patrimônio. É um organismo vivo, cuja preservação interessa a toda a sociedade e não apenas a seus associados”.

Nesse diapasão, verifica-se que não há grandes dissídios jurisprudenciais, ficando o debate adstrito a como deverá o réu “comprovar que os valores penhorados representam o seu capital de giro” para livrar-se da constrição (MINAS GERAIS, 2007).

Todavia, embora esteja o capital de giro resguardado nesta hipótese, destaca-se ser possível realizar a penhora de disponibilidades em moeda corrente e valores a receber da empresa sem afetá-lo. Para tanto, há que se verificar a existência de valores que compõem o patrimônio líquido da empresa que possam ser constritos sem prejudicar a mesma ou a terceiros, como por exemplo as reservas de lucro, que de acordo com o § 4º do artigo 182 da Lei 6404/76, são as contas constituídas pela apropriação de lucros da companhia.

Já na a penhora sobre bens móveis (inciso VI do art. 835), conforme já mencionado no capítulo anterior, também é provável que haja constrição de bens que são parte do ativo financeiro da empresa, como a matéria prima e os produtos do estoque. Neste caso, não resta dúvida de que se estaria igualmente comprometendo o ciclo operacional responsável por sua manutenção, posto que tanto sua produção como suas vendas seriam afetadas.

Entretanto, ao observar a jurisprudência pátria verifica-se que embora haja um entendimento majoritário quanto a importância desses bens, não há uniformidade a respeito da procedibilidade de sua constrição. Nesse sentido, enquanto alguns Tribunais afastam a incidência da penhora visto que “a constrição judicial dos bens que constituem o ativo não fixo, ou capital de giro não financeiro da empresa (o estoque de bens para venda), paralisa a atividade comercial da empresa, não lhe sendo mais possível gerar ativos financeiros” (DISTRITO FEDERALa, 2009), outros entendem ser “possível a penhora sobre estoque de mercadorias existentes e futuras quando não demonstrado que isto inviabilize as atividades da empresa” (DISTRITO FEDERALb, 2012), havendo ainda aqueles que alegam ser “possível a penhora de mercadorias do estoque da empresa, que não se confunde com a penhora sobre estabelecimento comercial” (RIO GRANDE DO SULa, 2013).

A esse respeito, das linhas jurisprudenciais expostas acima, julgamos a primeira como a mais adequada, afinal, em razão destes bens serem tão parte do ativo circulante da empresa quanto as disponibilidades em moeda corrente e valores a receber, deve-se aplicar ao inciso VI do art. 835, o mesmo raciocínio utilizado no caso do inciso I.

Dessarte, ao menos quando a mesma estiver fundada nos incisos I e VI do art. 835 do CPC, a penhora sobre o capital de giro não merece prosperar. Nestes casos, o mais adequado é que se procurem outros bens passíveis de penhora igualmente capazes de garantir o direito do exequente no processo, afinal, cabe ao poder Judiciário levar em consideração as diretrizes do art. 805.

Nesse sentido, ao tratar do aumento da importância do papel do juiz na criação da solução mais adequada dentro dos atos do processo executivo, MEDINA (2011, p.30) aponta que “no curso da execução, deve o magistrado proferir decisões relativas não só à validade, mas também à adequação das medidas executivas”. Assim, deve-se levar em conta que todos os atos praticados com a finalidade de materializar o direito do exequente irão refletir no executado, sendo imperiosa a atuação proporcional do Judiciário.

Todavia, apesar da importância do capital de giro para a saúde financeira da empresa, não pode o credor deixar de receber a prestação jurisdicional adequada, não tendo seu direito materialmente realizado. Assim, ao tratarmos da possibilidade de penhora do faturamento de empresa devedora (art. 835, X, CPC/2015), veremos como pode ser feita a constrição do capital de giro da maneira menos prejudicial para o empreendimento comercial.

5.2 Da possibilidade de penhora pautada no inciso X do art. 835 Do CPC

Antes de tratarmos a respeito de como deve se proceder no caso de penhora de faturamento da empresa, insta lembrarmos que o faturamento se difere do

lucro, visto que enquanto o primeiro é a soma de todas as vendas decorrentes do exercício das atividades empresariais, o segundo trata do faturamento menos os custos. Ou seja, dentro do faturamento encontram-se as disponibilidades em moeda corrente da empresa, as quais são parte integrante de seu ativo circulante e necessárias para a compra de matéria prima, produtos do estoque e pagamento de funcionários, além de outras despesas correntes.

Desta forma, MEDINA (2011, p. 69) aponta que a penhora sobre faturamento da empresa só é posta em décimo lugar no rol indicado pelo art. 835 em vista de que a mesma pode prejudicar irremediavelmente seu funcionamento.

Justamente por isso, entendemos como equivocado o entendimento de alguns tribunais, os quais determinam a penhora do faturamento em valores arbitrados somente com base no costume, ou “até o limite do valor da execução” (PARANÁ, 2012). Isto porque as especificidades de como se deve proceder a penhora do faturamento da empresa se encontram dispostas de forma expressa, em subseção própria, no art. 866, §3º, do CPC, sendo uma novidade do legislador em prever a proteção a saúde financeira das empresas.

Da análise deste dispositivo legal, verifica-se que o Legislador, em observância ao princípio da proporcionalidade, procurou garantir a realização material do direito do credor sem, contudo, colocar em risco a saúde financeira do executado. Tanto o é que a norma não conferiu ao depositário mero dever de guarda, mas sim a função administrador (RIO GRANDE DO SULb, 2011), o qual, segundo MEDINA (2012, p. 778), “tem função mais ativa, de manter em atividade e produção o estabelecimento penhorado”.

Ademais, conforme previsto pelo parágrafo único do art. 863 do CPC, este depositário/administrador, visando maior transparência e previsibilidade possível nesta medida, deverá apresentar a forma de administração e o esquema de pagamento que será utilizado. Pela complexidade deste procedimento, é possível constatar que o mesmo se trata de medida atípica, devendo ser empregada somente em último caso, na ausência de bens passíveis de penhora; mas, ainda assim, trata-se de dispositivo claro, o qual o magistrado deverá observar ao buscar a penhora do faturamento da empresa.

Para demonstrar a excepcionalidade desta medida, destaca-se o posicionamento de THEODORO JR (2014), o qual a partir do entendimento de que o capital de giro é parte integrante de uma coisa complexa que é a empresa, posto que sua ausência compromete a existência da coisa principal, seria impossível tratar a parte integrante de algo como objeto de direito distinto de um todo complexo, de forma que não seria cabível a constrição do capital de giro sem que toda a empresa fosse integralmente penhorada.

Nesse sentido, importante salientar o posicionamento já respaldado dentro do

próprio STJ, o qual já se manifestou no sentido de que a penhora de faturamento equivale à constrição da própria empresa, visto que influi na administração de parte dos seus recursos, e, ante o princípio da menor onerosidade, só pode ser deferida em caráter excepcional (BRASÍLIAc, 2009).

Observa-se, portanto, que dentro do processo de execução é possível que os atos de penhora eventualmente recaiam sobre os bens componentes do ativo circulante empresarial por meio do disposto no inciso X do art. 835 do CPC, e seguindo as especificidades expostas pela própria legislação. Todavia, tal opção tem caráter extraordinário, visto que seu procedimento é extremamente invasivo à esfera patrimonial do executado.

Isto porque, visando harmonizar o direito a efetiva prestação jurisdicional do exequente com o princípio da menor onerosidade possível, o Legislador condicionou a penhora do capital de giro a certos critérios específicos (a inexistência de outros bens passíveis de constrição, a nomeação de um administrador e a apresentação de um plano de administração e pagamento que não inviabilize o funcionamento da empresa), os quais entendemos devem ser os requisitos inafastáveis no caso concreto.

6 | CONCLUSÃO

Em que pese seja garantido a todo credor pleitear a realização material de seu direito através do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional prestada pelo Estado deve se pautar no princípio da máxima efetividade e menor restrição possível ao devedor (art. 805 CPC), de modo que o processo executivo não agrave a situação econômica do executado para além do estritamente necessário.

Neste sentido, quando a execução se der contra empresa, é imperioso que ao se realizar os atos de penhora e expropriação, não haja constrição dos seus ativos circulantes. Isto porque, conforme se verificou no decorrer deste artigo, o capital de giro é fundamental para manutenção da atividade empresarial, de forma que sua indisponibilidade poderia condenar não somente a empresa, como também a manutenção do emprego dos trabalhadores e dos demais interesses dos credores.

Assim, embora a procedimentalidade adotada pelos tribunais ainda não seja unânime, entendemos como mais acertado o entendimento de que a penhora só deverá recair sobre o capital de giro (tanto disponibilidades em moeda como estoque e matéria prima) empresarial em última hipótese, quando já não houver outros bens capazes de garantirem a execução. Todavia, é imperioso que nestes casos se observem estritamente os trâmites legais determinados pelo art. 866, §3º e 863 do CPC, para que se mantenha a atividade e produção o estabelecimento.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Execução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. 1995. P. 35. *apud*. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- BARBI, Celso Agrícola. *apud* MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo** nº. 100240748802790021, Décima Quinta Câmara Cível, Maurílio Gabriel, Belo Horizonte, 29 jun. 2007. Diário de Justiça: 09 jul. 2007
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento** nº. 77281920068070000, Quinta Turma Cível, José Guilherme de Souza, Distrito Federal, 29 nov. 2006. Diário de Justiça: 21 maio. 2009
- _____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Agravo de Instrumento** nº. 8489923, Décima Quinta Turma Cível, Décima Quinta Câmara Cível, Hamilton Mussi Correa, Curitiba, 15 fev. 2012. Diário de Justiça: 21 fev. 2012
- _____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento** nº. 0202306-9, Segunda Câmara Cível, Edgard Fernando Barbosa, Curitiba, 13 set. 2002
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento** nº. 70055310460, Vigésima Primeira Câmara Cível, Marco Aurélio Heinz, Porto Alegre, 28 ago. 2013. Diário de Justiça: 17 set. 2013
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial** nº. 2010/0038260-4, Quarta Turma, João Otávio de Noronha, Brasília, 10 maio 2011. Diário de Justiça: 19 maio 2011
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento** nº. 1161283 SP 2009/0037846-5, Primeira Turma, Benedito Gonçalves, Brasília, 24 nov. 2009. Diário de Justiça: 01 dez. 2009
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº. 390840, Tribunal Pleno, Marco Aurélio, Brasília, 09 nov 2005. Diário de Justiça: 15 ago 2006
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v 2. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen JUBIS. 2010.
- DI AGUSTINI, Carlos Alberto. Capital de Giro: **Análise de alternativas, fontes de financiamento**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 1999.
- DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. v. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo ; DINAMARCO, Cândido Rangel . **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *apud*. THEODORO Jr., Humberto. **Impossibilidade da penhora do capital de giro**. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%287%29%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

MEDINA, José Miguel Medina. **Processo Civil Moderno**: Execução. v.3. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 778,

MOREIRA, Barbosa. 1997. P. 225. *apud*. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v 2. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Jubis. 2010

NETO, Alexandre Assaf; e, SILVA, César Augusto Tibúrcio. **Administração do Capital de Giro**. São Paulo: Editora Atlas. 3ª Ed. 2002.

THEODORO Jr., Humberto. **Impossibilidade da penhora do capital de giro**. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior%287%29%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2014.

O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Data de aceite: 12/12/2018

Murilo Pinheiro Diniz

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

Alexandre Jacob

Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC
Colatina – Espírito Santo

Jaciara de Souza Lopes

Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC
Aimorés – Minas Gerais

RESUMO: Trata das disposições de última vontade e dignidade humana. Analisa a conduta médica diante das diretrizes de última vontade diante da ausência de legislação específica para a questão no Brasil. Conceitua o testamento vital e sua finalidade. Demonstra a importância da disposição de última vontade daquele que se encontra em estado insalubre irreversível para a medicina e a possibilidade de morte digna. Esclarece que a ausência de legislação específica deixa a cargo do Conselho Federal de Medicina a regência de tais casos. Conclui que, a partir da Resolução nº. 1.995/2012, os médicos devem entender as diretrizes de última vontade do paciente como um conjunto de desejos do mesmo, sendo respeitadas e

prevalecendo sobre qualquer outro parecer não-médico, inclusive de familiares, sendo descartadas apenas quando de encontro com o Código de Ética da Medicina.

PALAVRAS-CHAVE: Disposições de última vontade. Testamento. Dignidade. Morte digna.

THE VITAL TESTAMENT IN BRAZIL

ABSTRACT: It deals with the provisions of last will and human dignity. Analyzes the medical management before the last will of guidelines in the absence of specific legislation on the issue in Brazil. Conceptualizes the living will and purpose. It demonstrates the importance of the last will of him who is in irreversible unhealthy state for medicine and the possibility of dignified death. Clarifies that the absence of specific legislation leaves it to the Federal Council of Medicine conducted by such cases. We conclude that, from the Resolution no. 1,995/2012, physicians should understand the guidelines of last will of the patient as a set of desires of the same, being respected and prevails over any other opinion non-medical, including family, being discarded only when meeting with the Code of Ethics Medicine.

KEYWORDS: Last will provisions. Testament. Dignity. Dignified death.

1 | INTRODUÇÃO

As diretrizes de última vontade, mais conhecidas como Testamento Vital, consistem na possibilidade de uma pessoa, em plena consciência, decidir sobre sua situação, caso se encontre em algum momento em estado vegetativo, aonde a Medicina não mais terá soluções para seu problema. Neste documento a pessoa poderá optar por se submeter ou não a tratamentos que prolonguem sua vida artificialmente, tendo como finalidade uma morte digna.

Hoje, no Brasil, não há lei que regule este instituto, sendo buscado por este trabalho o tratamento que tem sido dado a essa situação no cotidiano hospitalar.

Existe, atualmente, uma resolução do Conselho Federal de Medicina que tem direcionado os médicos, Resolução nº 1.995/2012, dispondo que os médicos deverão entender as diretrizes de última vontade do paciente como um conjunto de desejo do mesmo, sendo respeitadas e prevalecendo sobre qualquer outro parecer não-médico, inclusive de familiares, sendo descartadas apenas quando contrárias ao Código de Ética de Medicina.

O trabalho procura entender e conhecer como é o tratamento dado ao testamento vital no Brasil, se realmente a vontade do paciente tem sido respeitada, quanto à constitucionalidade do instituto, sem esquecer o exame da conduta da família quanto à vontade do paciente. Há uma grande relevância em se falar de tal tema, por sua ligação direta com a dignidade da pessoa humana, direito fundamental inserto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e garantido em cláusula pétrea.

De abordagem qualitativa, trata-se de pesquisa descritiva, na forma de pesquisa exploratória, visando analisar as condutas médicas diante das diretrizes antecipadas de última vontade de pacientes em estado terminal. As fontes de coleta de dados foram interpretação dos dados da pesquisa, percepções de terceiros, livros, artigos e legislações, resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012, além de consultas a sítios oficiais na rede mundial de computadores. Os procedimentos adotados na coleta dos dados serão a pesquisa bibliográfica e o levantamento.

2 | A VIDA

A vida é o início de tudo. Para onde olharmos vamos nos deparar com ela, sendo a razão da existência de tudo quanto existe, até mesmo da morte.

Para José Afonso da Silva (2016, p. 198) “A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo tomar posição de si mesmo”. Para o Código Civil a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; salvo desde a concepção os direitos de nascituro (BRASIL, 2002).

A Organização Mundial de Saúde tem o entendimento de que vida é o “estado de completo bem estar físico e mental e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades” (OMS, 1946).

São inúmeros conceitos, sejam eles quais forem nos remeterão a dignidade da pessoa humana, que surge juntamente com a vida, e a todos os demais direitos assegurados em nossa Constituição, sendo a vida a razão de ser de todos. Os conceitos nos maravilham com a beleza da vida, mas existem pessoas que ao se encontrarem em estados críticos, irreversíveis, vegetativos, acreditam não ter mais vida ou que perderam a dignidade de desfrutá-la, não existindo mais razão para insistir com tratamentos que não trarão de volta o valor supremo do ser humano, qual seja, a sua dignidade.

3 | A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE

Há alguns anos atrás, ainda no século XX, era mais fácil se ver os médicos de família, que tinham uma relação mais amigável e próxima do paciente. Já era, no entanto, uma relação desbalanceada, pois o médico detém uma propriedade maior no assunto doença do que o paciente.

Com o avanço da tecnologia e a necessidade de intensificar o conhecimento específico sobre as necessidades humanas, tal relação se modificou ainda mais, colocando-os mais distantes um do outro, os próprios médicos não aceitam facilmente essa relação, por ser uma linha tênue. Tendo um envolvente amor pela profissão, que os tornam cada vez mais humanos na luta de uma solução para a continuação da vida cada vez mais digna, nutrindo, para isso, não só uma relação de médico amigo de seus pacientes, mas uma relação de médico e cliente.

A mudança dessa relação é tão notável que podemos ver hoje em hospitais os pacientes sendo identificados pela doença ou pelo tratamento e não mais por seu nome, sendo a natureza jurídica desta relação o contrato de serviços e atendimentos.

Há, assim, um lado negativo, mas, em contrário, outro muito mais positivo. Com esse tipo de relação o paciente, agora considerado cliente, tem sua participação nas decisões de tratamentos, terá maior importância e maior respeito, podendo escolher o tratamento e até mesmo interrompê-lo se já estiver em processamento, pela natureza jurídica da relação. Quanto a essa relação, Maria Helena Diniz diz que:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde,

para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados (DINIZ, 2014, p. 648-49).

O biodireito surge dentro dessa relação para buscar sempre uma conduta harmoniosa, no intuito de não deixar que a tecnologia, com o desejo de prolongar cada vez mais a vida, ultrapasse a vontade e a moral do ser humano. Para Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p. 184): “O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer”.

A beneficência de um prolongamento artificial não poderá sobrepor o dever de respeito à vontade do paciente, tendo seu parecer como peça chave no direcionamento dos atos a serem seguidos para a preservação da dignidade humana de acordo com o seu conceito, balanceando a relação entre médico e paciente.

4 | O SURGIMENTO DO TESTAMENTO VITAL

O testamento vital surge juridicamente em meados do século XX. Com o crescimento tecnológico da medicina e os experimentos em humanos na segunda guerra mundial, surge a necessidade de saber mais a opinião do paciente sobre sua vontade em relação a sua própria situação, tornando a relação médico e paciente horizontal e não verticalizada, onde o médico, detentor do conhecimento, assume o que é melhor para o paciente, sem o consentimento e qualquer respeito à vontade deste.

A relevância do consentimento do paciente para a realização de um procedimento é tamanha que ganhou *status* de norma jurídica no Código de Nuremberg, em 1947, depois se tornando norma de ética com a Declaração de Helsinque, em 1964 (DADALTO, 2015).

O primeiro a escrever sobre o tema foi Luiz Kutner, advogado americano defensor histórico da autonomia individual e dos direitos humanos, ainda em meados do século XX, que propôs uma declaração de vontade revogável a qualquer momento, que seria entregue ao hospital, aos familiares, ou a algum amigo confidente do paciente, depois de receber os laudos médicos de doenças incuráveis ou estado vegetativo (DADALTO, 2015).

Daí em diante o tema começou a ser discutido em todo o mundo, sendo a maior preocupação oferecer ao paciente em estado terminal o mínimo de dignidade possível.

5 | DIRETRIZES DE ÚLTIMA VONTADE COMO ASSECURATÓRIAS DA MORTE DIGNA

As *advanced directives*, conhecida como Testamento Vital no Brasil ou DAV, pelos juristas são conhecidas com as diretrizes de última vontade, nada mais são do que a possibilidade de oferecer ao cidadão o direito de ter uma morte digna de acordo com sua vontade, por intermédio de um documento.

De acordo com os modelos já existentes e pela proposta dos defensores deste instituto, o Testamento Vital pode ser de duas formas, a primeira onde é expressa a vontade do indivíduo, como um guia para tratamentos em situações onde este não poderá mais expressar sua vontade, e a segunda é a designação de um terceiro para tomar as decisões em tais situações.

Não se trata de violação ao direito à vida, indisponível segundo nossa Constituição, mas sim de respeito ao princípio da dignidade humana, para que a vida siga seu percurso natural, dando limites ao uso da tecnologia frente o valor da vontade individual.

Assim, o que se discute é a possibilidade do outorgante escolher em se tratar apenas por meios paliativos contra dores no caso de doenças incuráveis e a possibilidade de escolha de não tratamentos inúteis que prolonguem a vida artificialmente, nos casos de estado vegetativo do paciente. A vontade do paciente deverá sempre ser respeitada para a preservação do seu conceito de dignidade, desde que sua vontade não ultrapasse a ética dos profissionais médicos do Brasil.

A relação entre a vida e a morte é diretamente associada à dignidade da pessoa humana. O assunto morte ainda não é muito bem-vindo às discussões, mas o instante da morte é o ponto crucial da vida. O cidadão deve ter liberdade de expressar sua vontade para a situação, podendo optar pelo que acha mais digno para o momento, tendo cada indivíduo um conceito diferente de vida digna ou de morte digna.

De acordo com a legislação já existente em outros países, a Resolução do Conselho Federal de Medicina e as propostas dos defensores do tema, como a advogada Luciana Dadalto, doutora em Ciências da Saúde, o Testamento Vital é um ato feito por escrito pelo indivíduo em pleno gozo de suas capacidades civis e mentais, sendo este ato revogável a qualquer momento, unilateral, não podendo ser feito por procuração, com efeito, ainda em vida, o que o diferencia do testamento civil de efeitos patrimoniais. Neste testamento conterà todos os requisitos necessários para que seu conceito de dignidade humana seja preservado.

A vontade do paciente será o começo de tudo. Sem que seja obrigado, esse poderá manifestar seus desejos sobre o que poderá ser feito, caso vivencie uma situação de quadro vegetativo, ou com diagnóstico de doença incurável aonde não

mais conseguirá expressar sua opinião sobre quais intervenções médicas poderão ser adotadas. Sendo esta a vontade do paciente, tal será expressamente declarada, afastando da família e do médico o poder de decisão, desde que a mesma não viole a ética do profissional, considerando que as decisões do paciente são as de maior importância quanto sua própria vida.

Não havendo legislação específica para o assunto, as diretrizes de última vontade serão feitas de acordo com os modelos de testamentos existentes. Existindo essa manifestação de vontade, o sujeito deverá buscar um cartório para registrar sua vontade, sendo esta passível de revogação a qualquer momento pelo próprio autor.

O documento será voltado a não-utilização de meios paliativos que prolonguem a vida artificialmente, deixando que esta siga seu curso normal, ou apenas permita o uso de medicação para o alívio das dores tanto físicas como psicológicas, enquanto o próprio corpo se prepara para se desligar, ou até que seja feita a vontade de Deus para aqueles que sobrevivem da fé, direcionando o profissional quanto aos procedimentos que serão utilizados para que o paciente ainda inconsciente tenha seu conceito de dignidade preservado.

Não basta apenas registrar publicamente sua vontade, essa só terá efeito quando estiver juntamente ao prontuário de atendimento hospitalar. Assim, caberá aos que estão em volta do paciente comunicar ao médico a existência de uma vontade totalmente expressa, de modo que o profissional responsável providenciará a junção ao prontuário. O médico poderá não acatar as vontades do paciente, se esse desejo for contrário ao Código de Ética Profissional. Caso o profissional venha valer-se do artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal.

O médico deverá se valer de todos os meios possíveis para proporcionar ao seu paciente o mínimo de dignidade, fazendo com que, acima de tudo, prevaleça a vontade do paciente, desde que essa esteja de acordo com o Código de Ética profissional de medicina.

6 | O TESTAMENTO VITAL NO BRASIL – A DIGNIDADE E A AUTONOMIA DA VONTADE

As atrocidades cometidas contra os seres humanos na Segunda Guerra Mundial, como as mortes em massa, intolerância a outras raças e experimentos científicos fizeram com que todos os governos repensassem no valor do ser humano de outra maneira. Colocando o ser humano e a sua dignidade acima do Estado, deve o Estado zelar e buscar meios para proporcionar um bom desempenho da vida para seus cidadãos.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana, como um fundamento do Estado Democrático de Direito, um dever do Estado e uma garantia ao cidadão. Ter dignidade é ter condições de obter um bom desenvolvimento e bem-estar de vida, pelo ponto de vista de si próprio ou de valores construídos dentro da sociedade. Marcos Ehrhardt Júnior resume que:

A dignidade da pessoa humana nunca é definida satisfatoriamente. Vale ressaltar que nossa compreensão acerca do que significa dignidade é influenciada pela educação que recebemos, pelo contexto social onde nos encontramos inseridos e pela imagem que os outros fazem de nós mesmos (EHRHARDT JUNIOR, 2011, p. 190).

A dignidade humana está atrelada a sua liberdade e a autonomia da vontade. A autonomia de sua vontade está relacionada ao direito individual de cada um para autodeterminar a trajetória que deseja seguir em sua vida, desde que respeite o limite do outro, tendo a liberdade como aliada para escolher a crença que deseja seguir, obter o direito de expressão, de tomar decisões que direcionem a qualidade de vida almejada, etc.

Não se trata apenas de estar vivo, mas de ter qualidade de vida, respeito e espaço para expressar sua vontade em todos os sentidos e sobre tudo quanto remete a sua vida, conforme os limites da Constituição Federal.

Com a força que os princípios da dignidade e da autonomia da vontade adquiriram no direito no século XXI, pode-se falar no direito à morte digna, não no sentido de se dispor da vida, mas no sentido de optar por tratamentos para que a última fase da vida seja também merecedora de dignidade. Lutamos por uma vida digna o tempo todo, é respeitável que ao findá-la a dignidade humana seja preservada, diante da vontade expressa de um paciente, ainda que a família não a aceite.

7 | A POSITIVAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL

O assunto é ainda pouco conhecido no Brasil, mas já tem grandes avanços no âmbito jurídico em outros países. Na França, no ano de 2016, foi introduzido no Código Civil francês as diretrizes de última vontade, com dois modelos de documentos muito interessantes, um para pessoas saudáveis e outro para pessoas doentes (DADALTO, 2013).

As diretivas antecipatórias de última vontade, introduzidas no Código francês, vieram com ressalvas de que os médicos não estarão vinculados ao documento quando o caso for de total urgência e não dê tempo para realizar uma análise da situação no momento, sendo os procedimentos efetuados para salvar a vida aplicados imediatamente. Logo, uma situação aonde não há pré-diagnóstico.

Há outra situação em que a lei francesa fez ressalvas, são os casos de

pacientes que não queiram se tratar de uma doença que seja curável pelos métodos tecnológicos medicinais existentes, sendo o desejo do paciente inadequado às finalidades do Testamento Vital, dada a curabilidade do quadro apresentado, ou contrários a ética profissional (DADALTO, 2013).

No Brasil ainda não há lei específica sobre as diretrizes antecipadas de última vontade, há apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. Com isso, o assunto ainda é de total desconhecimento de muitos, havendo até mesmo médicos que não ouviram ainda falar a respeito da temática, ou que já tomaram decisões que se encaixaram completamente dentro da proposta do testamento vital, sem ter o conhecimento de tal instituto.

Os hospitais não estão preparados para realizar essas diretrizes, que poderiam ser feitas no próprio ambiente hospitalar após o diagnóstico, desde que o paciente esteja em condições. Há necessidade de maior preparação da junta médica e até mesmo dos planos de saúde que não tem informações suficientes para orientar seus clientes quanto à possibilidade existente de manifestar vontades.

A Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que disciplina este assunto entre os médicos dispõe:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. § 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente (CFM, 2012).

A existência da Resolução tem eficácia coercitiva entre os médicos, que são

os profissionais vinculados ao Conselho Federal de Medicina, servindo para suprir dúvidas que venham surgir dentro do ambiente hospitalar. Lado outro, dificulta a propagação do documento, tendo em vista a carência de legislação específica. Assim, o testamento vital é alvo, principalmente, de familiares que não aceitam a vontade do outorgante, de modo que a existência de lei seria o principal instrumento para dar ao indivíduo a segurança jurídica necessária.

As diretrizes antecipadas de vontade foi objeto de discussão da Ação Civil Pública nº. 2007.34.00014809-3, movida pelo Ministério Público Federal de Goiás e julgada pela 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, julgada improcedente sob o entendimento de que o Testamento Vital não fere o ordenamento jurídico (SÁ, 2005).

Em 2013, o tema foi alvo de outra Ação Civil Pública pelo Ministério Público de Goiás, autos nº. 0001039-86.2013.4.01.3500, que desejava a declaração de inconstitucionalidade da resolução do Conselho Federal de Medicina, pela falta de informação quanto à capacidade do paciente, formas de revogação, ausência da opinião familiar. Tal demanda fora julgada improcedente. O juiz da demanda esclareceu que:

A resolução do Conselho Federal de Medicina não regulamenta apenas as diretivas antecipadas de vontade de pacientes terminais ou que optem pela ortotanásia. Trata-a de diretivas para qualquer paciente que venha a ficar incapacitado para expressar sua vontade. (...) Toda via, dado o vazio legislativo, as diretrizes antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela lei nº 3.268/57 (SÁ, 2005, p. 142).

A não existência de legislação específica deixa os defensores das diretrizes de ultima vontade como assecuratório de morte digna se basear na interpretação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia da vontade. O que não se torna um aspecto negativo, mas muito inseguro para aqueles que têm o desejo de expressar seu querer para uma situação aonde não encontrem ou não tenham condições de se expressar.

O que está resolvido entre os médicos faz parte do biodireito, que disciplina os profissionais quanto à conduta ética que deve ser seguida, o que não tem um caráter coercitivo dentro do direito, deixando clara a necessidade de regulamentação das ações lícitas nesses casos, dando ao cidadão continuidade de garantia de seu direito de dignidade, mesmo quando impossibilitado de lutar por ele.

É dever do legislador, em todos os âmbitos da sociedade, acompanhar a progressão e os almejos dos cidadãos, com leis que lhes dêem direitos e limites, aqui, neste caso em especial, a relação entre o médico e o paciente e a conduta familiar com seus devidos limites.

Nos casos em que houve discordância familiar e ajuizamento de demandas

judiciais contrapondo-se à existência de Testamento Vital, ainda que de modo informal, todas as demandas foram indeferidas, o que aponta uma aceitação do ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao instituto das diretivas antecipatórias de última vontade.

Ainda não há posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, por ser recente em discussões, mas já há entendimentos por partes dos Tribunais de Justiça, como o Tribunal do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível onde se decidiu que:

Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina (TJRS, 2013).

As diretrizes antecipadas de última vontade como assecuratórias de morte digna, mesmo desconhecido do povo, sempre existiu no seio da sociedade, pelo julgado acima, vê-se a vontade do paciente sendo respeitada.

A criação de uma lei específica com o Registro Nacional de Declarações Prévias de Vontade do Paciente Terminal são defendidas por Luciana Dadalto, no intuito de conceder ao usuário uma maior efetividade no cumprimento de sua vontade. Segundo a autora:

Insta salientar, neste tópico, que o cônjuge, companheiro e demais parentes do paciente, bem como o eventual procurador nomeado estão atrelados à declaração prévia de vontade para o fim da vida, ou seja, devem respeitar a vontade do paciente. Vincula ainda as instituições de saúde e os médicos, contudo, estes podem valer-se da objeção de consciência, com fulcro no artigo 5º, VI da CF/88, caso tenham fundado motivo para não realizarem a vontade do paciente. Ressalte-se que, neste caso, o paciente deve ser encaminhado para outro profissional, a fim de que sua vontade seja respeitada (DADALTO, 2013, p. 45).

O triste momento de decidir ou não por alguém que não pode mais expressar sua vontade infelizmente é a realidade de muitas famílias. Um momento difícil, mas que necessita que algo seja feito.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo promoveu

debate com a presença de Ana Cláudia Quintana Arantes, médica geriatra com especialização em cuidados paliativos pela universidade de Oxford, da Inglaterra, e sócia fundadora da Associação Casa do Cuidar. Em tal oportunidade, destacou-se a necessidade de positivação do assunto:

Já tive pacientes meus, atendidos por mais de seis anos, que foram para o pronto-socorro e os familiares falaram: “veio aqui porque está com insuficiência respiratória, para ser internado e ficar em cuidados paliativos”. O médico do pronto-socorro fala para o filho do paciente: “quer que eu o deixe no quarto e ele morra?”. O filho me ligou e passou o telefone para o médico. Ele disse: “vou ser processado”. Respondi que não seria processado por promover o cuidado paliativo e que eu assumiria o caso, mas que se ele insistisse em levá-lo para a UTI quem iria processá-lo seria eu, porque estaria infringindo a dignidade e a autonomia desse paciente. E acrescentei: “fique tranquilo, está tudo seguro”. Converso com o paciente sobre a condição do quadro agudo reversível no momento das diretivas. Pergunto, por exemplo: “você está com um câncer de próstata. Se tiver um infarto, me autoriza a tratá-lo no hospital, com grandes chances de voltar à vida que você tem agora?” A conduta vai depender da resposta dele. A diretiva mal aplicada é uma arma contra o paciente e contra o médico (CREMESP, 2016, p. 18).

O conhecimento do instituto vem crescendo gradativamente. Para que soluções sejam encontradas, afirma Luciana Dadalto que:

A principal mudança com a aprovação da Resolução CFM nº. 1995/2012 foi um maior conhecimento do tema por parte dos profissionais de saúde, e, por consequência, da sociedade, pois estes profissionais (não apenas médicos, mas também enfermeiros, psicólogos e demais profissionais que trabalham com pacientes em fim de vida) têm informado aos pacientes acerca da possibilidade de fazer o testamento vital (DADALTO, 2013, p. 132).

No sentido de mudança de comportamento, a partir do conhecimento das diretrizes antecipadas de última vontade, nota-se que o começo está nas mãos dos profissionais da área da saúde. Além disso, esses necessitam de um regulamento, quanto as suas condutas e seus limites, para que possam respeitar a vontade, a liberdade e, acima de tudo, proporcionar o mínimo de dignidade àqueles que estão aos cuidados médicos e hospitalares.

A necessidade de discussão sobre o assunto está às portas para que se faça valer o texto constitucional, na garantia dos direitos fundamentais, o legislador é a peça indispensável para que esses direitos sejam assegurados, e para uma melhor preparação e informação dos profissionais que lidam diretamente com pacientes em estado terminal ou com diagnósticos de doença incurável.

Os familiares e cônjuges necessitam também de um embasamento, uma segurança jurídica para poder tomar suas providências, quanto ao respeito à dignidade de seu ente que não pode mais expressar desejos, lutando juntamente com o Estado na promoção do direito à vida, a morte digna, a liberdade, autonomia da vontade.

8 | CONCLUSÃO

As diretrizes assecuratórias de morte digna têm sido, quanto aos profissionais de saúde, regida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995/2012, que defende a preservação da vontade do paciente, já expressamente escrita e anexada ao prontuário médico, quanto aos devidos tratamentos a ser feitos, caso não possa mais ter o poder de decidir sobre sua vida. A vontade do paciente, quanto aos últimos instantes de sua vida, implica em não contrariar o Código de Ética Profissional.

O que tem acontecido no Brasil é uma aceitação tácita do instituto, que merece uma maior atenção para que os direitos, que são os pilares da nossa Constituição, sejam garantidos aos cidadãos, a saber, a dignidade humana, a liberdade e a autonomia da vontade.

O biodireito, dentro de suas limitações, vem cumprindo sua parte, tentando preencher o vazio na legislação, como foi feito na forma de resolução, mas ainda é pouco, tendo em vista que a resolução proferida pelo Conselho Federal de Medicina só tem poder coercitivo dentro da classe dos profissionais da área da saúde, o que causa insegurança jurídica ao outorgante, quanto à efetividade do cumprimento de sua vontade.

A decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul já serve de norte para grandes discussões sobre o tema, pois mostra a necessidade de uma lei específica para a melhor aplicabilidade do instituto, tendo em vista que pelas garantias fundamentais as diretrizes de última vontade encontram cabimento no ordenamento jurídico brasileiro, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e da liberdade.

A positivação das diretivas de última vontade será a garantia e a segurança do cidadão de fazer suas próprias escolhas quanto a sua vida, cumprindo o dever do Estado de assegurar aos seus cidadãos o direito da dignidade da pessoa humana, por intermédio da possibilidade de uma morte digna, sob o conceito de cada um e dentro dos limites da ética e do respeito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro: Catete, 1940.

_____. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasília-DF: Senado, 2002.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 1.995 de 09 de agosto de 2012**. Brasília-DF: CFM, 2012.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Diretivas antecipadas de vontade: cuidados paliativos. **Revista Ser Médico**, São Paulo, n. 75, p. 16-22, abr/jun. 2016.

DADALTO. Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

_____. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Mirabilia Medicinæ**, v. 4, n. 1, p. 23-42, jan/jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque: WHO, 1946.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº. 70054988266**. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre: DJ, 2013.

DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE E COMPANHEIRO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Data de aceite: 12/12/2018

Janáina Tomasi Almeida Dal Molin

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), Câmpus Dianópolis, E-mail: janaina.tomasi@hotmail.com.

Italo Schelive Correia

Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), Câmpus Dianópolis, E-mail: italo.sc@unitins.br, ORCID ID: 0000-0002-7858-4531.

RESUMO: O tema direito sucessório do cônjuge e do companheiro desperta embates no meio acadêmico, sobretudo após a decisão pronunciada no julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS no tocante à sucessão na união estável. Com a pretensão de abordar seus pontos mais relevantes, a pesquisa evidenciou a evolução dada ao cônjuge e ao companheiro com vistas aos Códigos Civis pátrios de 1916 e 2002 acerca do aspecto sucessório, com ênfase nas alterações da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88). A união estável foi reconhecida pela CRFB/88 como entidade familiar, mas somente com as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 é que os direitos a alimentos, meação e sucessórios, entre os companheiros,

passaram a integrar definitivamente a legislação pátria. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica através de uma análise literal, doutrinária e jurisprudencial. Como resultado, a pesquisa apontou que não houve modificação ou revogação de dispositivos pelo Código Civil de 2002, cabendo à doutrina e à jurisprudência indicar quais construções jurídicas ainda persistem. Nesse aspecto, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela equiparação entre cônjuge e companheiro em matéria sucessória, muitas questões não foram decididas no julgamento dos recursos, como o caso da inclusão ou não do companheiro como herdeiro, e também no que tange ao direito real de habitação do companheiro. Isto demonstra um protagonismo judiciário que tem buscado de forma eficiente a solução de litígios envolvendo aspectos sucessórios na união estável de modo que estes se equiparam aos do casamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sucessório; União Estável; Cônjuge; Companheiro; Equiparação.

THE SUCCESSORY RIGHT OF THE SPOUSE AND FELLOW IN THE VIEW OF THE SUPERIOR COURTS

ABSTRACT: The succession theme of the

spouse and the partner arouses clashes in the academic environment, especially after the decision pronounced in the judgment of Extraordinary Resources 878.694/MG and 646.721/RS regarding succession in the stable union. With the intention of approaching its most relevant points, the research evidenced the evolution given to the spouse and the companion with reference to the Civil Codes of 1916 and 2002 on the succession aspect, with emphasis on the changes of the Constitution of the Federative Republic of 1988 (CRFB/88). The union stable law was recognized by the CRFB/88 as a family entity, but only with Laws No. 8.971/94 and 9.278/96, the rights to food, mediation and succession among the members became a permanent part of the country's legislation. The methodology used was the bibliographical research through a literal, doctrinal and jurisprudential analysis. As a result, the research pointed out that there were no changes or repeal of provisions by the Civil Code of 2002, it being incumbent on doctrine and jurisprudence to indicate which legal constructions still exist. In this regard, although the Federal Supreme Court has decided to equate between spouse and companion in matters of inheritance, many issues have not been decided in the judgment of appeals, such as the case of inclusion or not of the companion as heir, and also with regard to the right real estate housing. This demonstrates a judicial role that has efficiently sought the solution of litigation involving succession aspects in the stable union so that these are matched to those of marriage.

KEYWORDS: Succession Law; Stable union; Spouse; Companion; Equalization.

1 | INTRODUÇÃO

O direito sucessório do cônjuge e do companheiro na visão dos tribunais superiores enfatiza a distinção entre os institutos do casamento e da união estável no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em conta a análise que envolve o direito sucessório de ambos os institutos, com base na decisão do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE) 878.694/MG e RE 646.721/RS pelo Supremo Tribunal Federal (STF), é possível identificar os embasamentos utilizados pelos Doutos Ministros para fundamentar a decisão.

O CC/1916 não trouxe qualquer amparo aos conviventes, cenário que veio a ser modificado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulamentou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentou o § 3º do artigo 226 da CRFB/88.

A atualidade do tema justifica a escolha para seu estudo, já que suscita questões levadas ao Judiciário relacionadas às mudanças trazidas pela Constituição da CRFB/88 e demais leis do ordenamento, tendo em conta a possibilidade de

equiparar os direitos sucessórios entre cônjuge e companheiro.

Em primeiro plano, a pesquisa tem como objetivo examinar os direitos do companheiro e do cônjuge em matéria sucessória, com vistas à regulamentação dada pelo Código Civil de 2002 (CC/2002) e às normatizações anteriores. Para atender esse propósito, a pesquisa tem como objetivos secundários discorrer sobre os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com relação à matéria até o atual posicionamento do STF no julgamento do RE 878.694/MG, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002, que teve fim no dia 10 de maio de 2017 o posicionamento definitivo sobre o assunto.

Para a fundamentação do tema foi utilizada a pesquisa bibliográfica que compreende doutrina, lei e jurisprudência, de modo a demonstrar que, dependendo do posicionamento a ser adotado, poder-se-á ferir princípios constitucionais já reconhecidos à família e aplicados à união estável.

Como resultado, a pesquisa identificou entendimentos díspares sobre a equiparação de direitos diante da juridicidade da união estável não a iguala ao casamento. Concluiu-se, pois, que a CRFB/88 não equiparou os companheiros aos cônjuges, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos, mas ainda assim, igualar preditos direitos sucessórios não ofende a CRFB/88, portanto, não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002.

2 | O DIREITO SUCESSÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito das Sucessões situa-se na última parte do CC/2002, assim como ocorria no Código Civil de 1916 (CC/1916). Tem como embasamento o direito de propriedade e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, CRFB/88), além da valorização constante da dignidade da humana com relação à sucessão *causa mortis* em caráter individual ou coletivo (art. 1º, III e 3º, I, CRFB/88).

São duas as modalidades de sucessão *causa mortis*, a sucessão legítima e a sucessão testamentária (art. 1.786, CC/2002). A primeira decorre da lei segundo enunciado de vocação hereditária, enquanto a segunda dispõe em ato de última vontade do falecido. Nas duas modalidades abre-se a sucessão com a morte da pessoa e a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC/2002). Sua abertura dá-se no domicílio do falecido.

O direito à herança está garantido como um direito fundamental pelo art. 5º, XXX, CRFB/88, por esse motivo pode o juiz reconhecer a sua proteção de ofício, mesmo quando não houver alegação da parte. Com incidência desse direito fundamental, alguns julgados já reconheciam a inconstitucionalidade do art. 1.790, CC/2002, que trata da sucessão do companheiro, por estar distante dos direitos assegurados à sucessão do cônjuge.

2.1 O direito sucessório do cônjuge

O RE 878.694/MG, em que o STF julgou inconstitucional o art. 1.790, CC/2002, trata da matéria sucessória do companheiro. O embate alcança um comparativo das sucessões entre o companheiro e o cônjuge para avaliar se os direitos realmente devem ser equiparados.

Inicialmente, na vigência do CC/1916, o cônjuge sobrevivente encontrava-se na terceira classe de ordem de vocação hereditária, do qual tinha direito à herança se não existisse descendentes e ascendentes, e também não houvesse disposição testamentária em contrário, uma vez que era facultativo. Também tinha direito ao usufruto ou habitação, nas conformidades do regime de bens adotado (TARTUCE, 2017).

Ainda nesse tempo, o regime matrimonial não influenciava o campo sucessório, até que a Lei nº 883/1949 permitiu que ao cônjuge casado com separação de bens concorresse à metade da herança do falecido se este deixasse filho natural reconhecido (VELOSO, 2010).

Dentre as importantes alterações legislativas têm-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) que reconheceu ao cônjuge-viúvo o direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido enquanto durasse a viuvez e se o regime matrimonial não fosse o da comunhão de bens, dentre outras modificações acrescidas nos parágrafos do art. 1.611, CC/2002.

Nesse sentido, o CC/2002 conservou o direito real de habitação do cônjuge também no tocante ao imóvel de moradia da família, desde que fosse o único a inventariar, mas não condicionou tal direito ao regime matrimonial de bens, sendo garantido em todas as hipóteses, conforme art. 1.831, CC/2002.

Importante destacar que, antes do CC/2002, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, facultando-se ao marido ou à mulher a disposição da herança sem contemplar o outro cônjuge quando não existisse ascendentes e descendentes.

A situação modificou-se com a vigência do CC/2002, do qual o cônjuge passou a ter privilégio como herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, passando a concorrer com descendentes e ascendentes, conforme dispõe o artigo 1.829, CC/2002, *in verbis*:

Artigo 1.829 A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

De certa forma, o cônjuge sobrevivente, que era o terceiro na ordem de vocação hereditária, foi colocado em primeiro lugar, em concorrência com as duas classes que o antecederiam. Assim, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Ou seja, deixando o falecido apenas esposa e ambos os pais, é reconhecido o direito sucessório a favor dos três.

Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1º, CC/2002), enquanto que há igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna (art. 1.836, § 2º, CC/2002).

O artigo 1.837 prevê duas regras a respeito do montante a que tem direito o cônjuge quando concorre com os ascendentes, a saber: Concorrendo o cônjuge com dois ascendentes de primeiro grau (pai ou mãe), terá direito a um terço da herança. Concorrendo o cônjuge somente com um ascendente de primeiro grau ou com outros ascendentes de graus diversos, terá direito a metade da herança. Não havendo descendentes, nem ascendentes, a sucessão será deferida inteiramente ao cônjuge que, neste caso, será o único herdeiro (TARTUCE, 2017).

Por fim, a herança será deferida aos colaterais se não houver herdeiros das três classes precedentes. Dispõe o artigo 1.839 do CC/2002, *in verbis*, “Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”. Na classe dos colaterais, os primeiros a suceder são: irmãos, colaterais de 2º grau; tios e sobrinhos, colaterais de 3º grau; primos, tios-avós e sobrinhos-netos, colaterais de 4º grau. Portanto, não havendo descendentes, ascendentes e cônjuge, a herança será deferida aos colaterais, neste caso se o falecido não tiver deixado testamento.

2.2 O direito sucessório do companheiro

Para efeito de proteção do Estado, a CF/1988 reconheceu, “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º CF/88). Já o legislador ordinário buscou atribuir efeitos civis à união formadora da família sem o casamento, igualando os institutos de certa forma quando dispôs que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, deixando claro que sua intenção não era atribuir os efeitos inerentes ao matrimônio.

Assim, demorou muito tempo para que os companheiros tivessem seus direitos sucessórios reconhecidos em caso de falecimento de um deles, pois passaram a

ser deferidos após a publicação da Lei nº 8.971/1994.

Inicialmente, foi reconhecido apenas o direito de indenização por serviços prestados entre os companheiros. Posteriormente, passou a ocorrer o deferimento da partilha de bens quando comprovado o esforço comum na aquisição (Súmula 380, STF), sendo os companheiros considerados meeiros, e não herdeiros.

Com o advento da Constituição Federal, a Súmula 380 continuou a ser aplicada, ou seja, apesar do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, os companheiros tinham apenas o direito de participação sobre os bens adquiridos com o esforço comum. Assim, os companheiros não eram considerados herdeiros, apenas meeiros. [...] Era praticamente unânime a posição de que a companheira não teria direitos sucessórios enquanto não houvesse regulamentação, já que ela não figurava na ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil de 1916 (FERRIANI, 2010, p. 50).

Enquanto não houvesse regulamentação, não caberia à companheira os direitos sucessórios por não figurar na ordem de vocação hereditária prevista no CC/1916. Nesse sentido, o STF, em 1991, proferiu acórdão negando direitos sucessórios à companheira (STF– 3ª Turma, REsp 4599, Relator Min. Nilson Naves, julgamento 09.04.1991, publicação 20.05.1991). Também o STJ decidiu que os direitos sucessórios não eram aplicados aos companheiros, mesmo com o advento da Constituição de 1988 (STJ – 4ª Turma, REsp 79511, Relator Min. Ruy Rosado Aguiar, julgamento 28.02.1996, publicação 22.04.1996).

A Lei nº 8.971/1994, publicada em dezembro, afastou qualquer dúvida sobre a existência de direitos sucessórios entre companheiros, uma vez que previu expressamente que os companheiros participavam da sucessão um do outro. Dessa forma, passaram a ter direito ao usufruto de um quarto dos bens quando tivessem filhos comuns ou não, ao usufruto da metade dos bens na inexistência de filhos quando sobrevivessem ascendentes, e à totalidade da herança quando faltasse descendentes e ascendentes.

Embora com terminologia vacilante - aludia-se ora a “companheiros”, ora a “conviventes” -, as duas leis que, na década de 90 do século passado, se ocuparam do tema reconheciam a quem vivesse em união estável com o *de cujus* uma participação no acervo hereditário, em concorrência com herdeiros de classes mais favorecidas (descendentes e ascendentes); e, na ausência destes, possibilitavam o chamamento do companheiro a receber a herança em sua integralidade, preferindo aos parentes colaterais do finado (PEREIRA, 2017, p. 151).

Nessa seara evolutiva da legislação, em 1996 os companheiros passaram a ter reconhecido o direito real de habitação por meio da Lei nº 9.278/1996 enquanto que a Lei nº 8.971/1994 reconheceu o direito do companheiro à herança.

Assim, a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, regulou o direito dos companheiros a alimentos e sucessão, e a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, regulou o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Com relação aos respectivos

direitos presentes nas leis anteriormente mencionadas, enumeram-se:

a- usufruto sobre porção variável do acervo hereditário: concorrendo com descendentes (e não apenas com “filhos”, como, por equívoco evidente, constava do texto legal), aquele direito incidia sobre um quarto; concorrendo com ascendentes, sobre metade (Lei nº 8.971/94, artigo 2º, I e II);

b- na falta de descendentes e ascendentes, cabia ao companheiro a totalidade da herança (Lei nº 8.971/94, artigo 2º, III), caso em que ele a recebia como seu proprietário;

c- direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, sujeito, porém, à resolução em virtude de nova união estável ou de casamento de seu titular (Lei nº 9.278/96, artigo 7º, parágrafo único) (PEREIRA, 2017, p. 152).

Nessa análise, é possível afirmar que os direitos sucessórios foram concebidos a partir da observação do que a lei deferia ao cônjuge, mas não com a finalidade de igualar as situações por se tratar de direitos concebidos a institutos distintos.

Com a publicação da Lei nº 9.278/96, ficou instituído em favor do sobrevivente o “direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família” (artigo 7º, parágrafo único). Neste sentido, posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBRE O IMÓVEL ONDE RESIDIU COM O AUTOR DA HERANÇA. DESNECESSIDADE DE QUE O BEM SEJA O ÚNICO DE NATUREZA RESIDENCIAL A INVENTARIAR. 1. Sendo incontroversa a existência da união estável, o direito real de habitação da companheira sobrevivente sobre o imóvel onde residiu com o autor da herança é de ser reconhecido, pois se trata de uma garantia legal que lhe foi alcançada pelo parágrafo único do art. 7º da Lei n.º 9.278/96. 2. Para que se conceda ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito real de habitação não se exige que o bem seja de propriedade única e exclusiva do autor da herança, também não interessando a data de aquisição de tal bem - que pode ser inclusive anterior ao início do relacionamento. Igualmente, não se exige que seja o único de natureza residencial a inventariar, bastando que o imóvel tenha sido destinado à residência da família. Precedente do STJ (REsp 1.220.838/PR). DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70052278280, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/05/2013) (TJ-RS - AI: 70052278280 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 02/05/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2013).

Cumprе ressaltar que a Lei nº 9.278/96 não exigia que fosse o único imóvel a inventariar, sendo necessário apenas que servisse de residência para a família. Se o objetivo da lei era e é a proteção da família, deve-se reconhecer que houve um avanço, pois o direito assegurado pelo artigo 1.831, CC/2002, independe do regime de bens e da permanência da viuvez.

Entretanto, houve também um retrocesso na medida em que o artigo exige seja o imóvel o único daquela natureza a inventariar, exigências que já foi abolida pela Lei nº 9.278/96. O art. 1.831, CC/2002, também não reconhece igual direito ao

companheiro, quando deveria fazer, uma vez que a proteção visada é a da família, como claramente se extrai do texto, e não a do companheiro sobrevivente.

Contudo, doutrina e jurisprudência têm se posicionado favoravelmente à manutenção desse direito ao companheiro, em conformidade com o Enunciado nº 117, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo artigo 6º, *caput*, da CRFB/88.

De igual modo vem fazendo a jurisprudência, uma vez que é consagração de direito fundamental. Evidenciam-se, portanto, inovações sobre o direito sucessório dos companheiros, mas a posição do CC/2002 não deixou de ser criticável, principalmente naquilo em que se distanciou da sucessão dos cônjuges. Dessa forma, a legislação civil de 2002 tratou dos efeitos pessoais da união estável, efeitos patrimoniais e, como não poderia deixar de ser, dispôs também sobre direitos sucessórios entre os companheiros.

Mesmo que não incluído na ordem de vocação hereditária, nem possuindo a qualidade de herdeiro necessário, tem seu direito à participação na herança, conforme a dicção do art. 1.790, CC/2002, *in verbis*:

Artigo 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Como visto, o CC/2002 não equiparou os companheiros aos cônjuges conforme os ditames da Constituição Federal, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos. Para alguns, a norma ficou mal colocada do qual o companheiro ficou sendo tratado como um herdeiro especial antes do atual entendimento do STF, que equipara os direitos sucessórios de ambos.

Até aqui a análise do tema foi praticamente literal, merecendo destaque alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais com relação aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro. Para tanto, o próximo tópico será dedicado ao polêmico art. 1.790, CC/2002, e a visão da doutrina e dos tribunais

sobre sua inconstitucionalidade, também enfatizando sua análise pelos Tribunais Superiores, por meio dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, até sua declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

3 | O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO NA VISÃO DA DOCTRINA E DOS TRIBUNAIS

Há tempos que a sucessão dos conviventes vem despertando divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Antes da vigência do CC/2002, que disciplinou a questão no art. 1.790, a sucessão dos companheiros, como já mencionado, era fixada pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que respeitavam a igualdade entre os cônjuges e os companheiros.

O CC/2002, no campo do direito sucessório, preserva a meação, que não se confunde com herança, do companheiro sobrevivente, em razão do regime da comunhão parcial de bens, nos termos do art. 1.725 do aludido diploma. No tocante à herança, os direitos sucessórios limitam-se “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, *caput*, CC/2002).

Os direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns; ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer; ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do de cujus; ou à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV (GONÇALVES, 2018, p. 302).

Nesse aspecto, importante destacar que houve progresso na proteção dos companheiros, pois na vigência do CC/1916 não havia qualquer amparo aos conviventes, cenário que veio a ser modificado a partir da vigência do art. 226, § 3º, da Constituição da República e das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, assegurando a primeira dessas leis o direito à sucessão pelo usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, havendo filhos deste ou comuns, e da metade, se não os tivesse, e de receber a herança antes dos colaterais, na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, garantindo a segunda delas o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família ao sobrevivente (PEREIRA, 2017).

Ao conferir direito de usufruto sobre os bens do companheiro falecido, a Lei nº 8.971/94 instaurou a sucessão concorrente com a viúva, já que a Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) concedia igual direito ao cônjuge sobrevivente (PEREIRA, 2017).

Contudo, o CC/2002 modificou esse cenário, a começar por situar os conviventes nas disposições gerais do direito das sucessões, quando deveria colocá-los ao lado

do cônjuge na ordem de sucessão hereditária, uma vez que a norma em questão (art. 1.790 do CC/2002) diz respeito “a determinada espécie de herdeiro” (VELOSO, 2010, p. 236).

Resulta daí que, ao contrário do cônjuge possuidor da condição de herdeiro necessário, como na legislação passada, o convivente mantém-se na qualidade de sucessor regular por não figurar na ordem de vocação hereditária, de modo que pode vir a ser afastado da sucessão por disposição testamentária, sem qualquer justificativa por parte do testador, como ocorre com os colaterais (DINIZ, 2014).

O art. 1.790 do CC/2002 definiu que o companheiro participará da sucessão do outro, “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, afastando, assim, a possibilidade de vir a receber a integralidade da herança, na ausência de descendentes ou ascendentes, como previsto antes na Lei nº 8.971/94, circunstância que conflita aparentemente com o inciso IV do mesmo dispositivo legal e permite a discussão em torno da sua constitucionalidade, na medida em que rompe com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre as entidades familiares, ao permitir a sua concorrência com os parentes colaterais, beneficiados com a herança constituída pelos demais bens do *de cujus*.

Na doutrina, esse tema também divide o posicionamento de alguns estudiosos. Alguns sustentam pela total inconstitucionalidade do dispositivo.

O artigo 1.790 é de feição extremamente retrógrada e preconceituosa, e a vigorosa maioria dos pensadores, juristas e aplicadores do direito tem registrado com todas as letras que o dispositivo é inconstitucional, exatamente porque trata desigualmente situações familiares que foram equalizadas pela ordem constitucional, como é o caso das entidades familiares oriundas do casamento e da união estável (HIRONAKA, 2011, p. 447-457).

Veloso critica o art. 1.790 face à sua deficiência em substância, pois considera seu texto um verdadeiro equívoco evidenciando um retrocesso no que tange à discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, contrariando as aspirações sociais e ferindo os fundamentos constitucionais (VELOSO, 2010).

O tratamento discrepante concedido ao companheiro supérstite em relação aos direitos do cônjuge é “flagrantemente inconstitucional” (DIAS, 2016).

O companheiro nem foi incluído na ordem de vocação hereditária. O seu direito hereditário encontra-se previsto entre as disposições da sucessão geral, em um único artigo com quatro incisos (CC/2002 1790). Esse tratamento diferenciado não é somente perverso. (DIAS, 2016, p. 66).

Com posicionamento contrário da doutrina majoritária, alguns estudiosos sustentam pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002.

O *caput* do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existentes entre o casamento e a união estável, reafirmando que o (a) companheiro (a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Independentemente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limite entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros (LEITE, 2008, p.54-55).

Nessa mesma linha, aprecia a legislação infraconstitucional concluindo que “poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez” (VENOSA, 2017, p. 143).

Assim, por longas datas a maior parte da doutrina e da jurisprudência afirmavam a existência do retrocesso imposto pelo CC/2002 com referência às normas reguladoras da sucessão entre companheiros, afirmando a inconstitucionalidade do art. 1.790, pelo fato de substituir o regime das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, ante o que dispõem os arts. 5º, *caput* e inciso I, e 226, § 3º, da Constituição da República.

Na doutrina, ressaltam tratamento discriminatório em favor do companheiro, no caso de meação e sucessão concomitantes sobre os bens onerosamente adquiridos durante a união estável, em detrimento ao cônjuge (VELOSO, 2010). No entanto, merece o esforço do legislador por “guindar a união estável ao patamar do casamento civil” (LEITE, 2008, p. 53).

Ressalvam a circunstância de o legislador não haver transformado o convivente supérstite em herdeiro necessário para abrigá-lo sob a proteção da legítima, porém destacando o cumprimento do art. 226, § 3º, da Constituição da República como opção de compromisso pela família formada pelo casamento, em razão dos “laços mais firmes e perenes que os resultantes da simples união estável, igualmente merecedora da proteção estatal, mas meramente como instituição-meio” (GOMES, 2002, p. 17).

A questão da constitucionalidade ou não do art. 1.790 do CC/2002 fez nascer a necessidade de pacificar a jurisprudência, cabendo salientar a desarmonia de posicionamento dos Tribunais de Justiça Estaduais, pelos seus respectivos Órgãos Especiais, no âmbito dos incidentes de inconstitucionalidade, sendo o do Rio de Janeiro contrário à aplicação da norma, enquanto os de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo favoráveis a ela.

Basta ver que o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não conheceu do incidente de declaração de inconstitucionalidade proposto pela 4ª Turma da Corte, no REsp 1.135.354/PB, relator originário Min. Luis Felipe Salomão, relator para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3-10-2012, deixando a questão para exame pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL FUNDAMENTADO NA INCONSTITUCIONALIDADE. Não é possível conhecer de incidente de inconstitucionalidade suscitado em recurso especial cujo fundamento seja o reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo legal. Embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente invocar tais questões em recurso especial como fundamento para reforma do julgado, sendo o recurso próprio para essa finalidade o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso especial, que também contamina, por derivação natural, o conhecimento deste incidente de inconstitucionalidade. No caso, o incidente referia-se aos incisos III e IV do art. 1.790 do CC/2002, que trata da ordem de sucessão hereditária do companheiro ou da companheira relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável (AI no REsp 1.135.354-PB, Rel. Originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. Para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3/10/2012).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal invalidava decisões proferidas por Turmas de Tribunais Estaduais que declararam a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1.790, sem a observância do chamado “princípio da reserva de plenário”, conforme Reclamação 10813/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17-3-2011, decisão monocrática.

O certo é que, instado ao pronunciar-se sobre o art. 1.790 do CC/2002, o Superior Tribunal de Justiça aplicou essa norma, no inciso II, em caso de concorrência entre companheira supérstite e filho havido exclusivamente pelo falecido, autorizando a liberação, para o herdeiro, de 2/3 de depósito de proventos deixados por este, em vida, mas retendo 1/3 para a convivente (metade da cota-parte devida ao filho exclusivo do autor da herança), em consonância com aquela regra (STJ, 4ª Turma, REsp 887.990/PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.5.2011).

Em outro precedente, a Corte Especial foi além ao admitir uma hipótese ainda não colocada pela doutrina a respeito do tema dos direitos sucessórios do cônjuge e do convivente.

Ao julgar recurso especial da filha exclusiva do autor da herança, que pretendia a incidência do art. 1.829, I do CC/2002, para a companheira do pai havia mais de trinta anos, em lugar do art. 1.790 do mesmo Código sob o argumento de que o regime jurídico não poderia ser mais favorável à união estável do que ao casamento, em voto-condutor da Ministra Nancy Andrighi, considerou que a melhor interpretação da primeira norma seria no sentido de preservação da vontade manifestada quanto ao regime de bens, mantendo-a intacta assim como na morte dos cônjuges, tanto para o casamento sob o regime da comunhão parcial como para a união estável.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. De cujus que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/2002. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a

norma do art. 1829, I, do CC/2002, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial [...] Essa é a forma pela qual deve ser interpretado o art. 1.829, I, do CC. Preserva-se, com isso, a vontade das partes, manifestada no momento da celebração do casamento, também para fins de interpretação das regras de sucessão. E elimina-se, para fins de cálculo do montante partilhável, as diferenças entre União Estável e Casamento (STJ – REsp 1.117.563-SP (2009/0009726-0), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento 17/12/2009, DJe de 06/04/2010).

Trata-se de recurso especial interposto por Sandra Aparecida Penariol Duarte em face de Rosemari Aparecida Affonso, objetivando à reforma de acórdão exarado pelo TJ/SP no julgamento de agravo de instrumento. Destacam-se no relatório dessa decisão os seguintes fundamentos: a) não se pode afirmar a existência de vantagem num ou noutro regime familiar (casamento ou união estável), tomando-se em conta somente as regras de sucessão legítima, pois enquanto há certo benefício à união estável num caso, outras benesses existem com relação ao casamento, como dispensa de prova da sua existência e garantia de legítima, por exemplo; b) por serem muito numerosas as variáveis entre os regimes dessas uniões, não se pode antecipar qual seria o melhor momento da sucessão (STJ – REsp 1.117.563-SP (2009/0009726-0), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data do Julgamento 17/12/2009, DJe de 06/04/2010).

Mas a questão da constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 foi definida com mais destaque naquela Corte em voto proferido pelo Ministro convocado Vasco Della Giustina, REsp 109.722/SP, o qual reproduzindo ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves, consignou:

SUCESSÕES. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. DIFERENÇA DE TRATO LEGISLATIVO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS OU PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A capacidade sucessória é estabelecida pela lei vigente no momento da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do Código Civil. O art. 226 da Constituição Federal não equiparou a união estável ao casamento civil, apenas admitiu-lhe a dignidade de constituir entidade familiar, para o fim de merecer especial proteção do Estado, mas com a expressa recomendação de que seja facilitada a sua conversão em casamento. Tratando-se de institutos jurídicos distintos, é juridicamente cabível que a união estável tenha disciplina sucessória distinta do casamento e, aliás, é isso o que ocorre também com o próprio casamento, considerando-se que as diversas possibilidades de escolha do regime matrimonial de bens ensejam sequelas jurídicas distintas. 4. O legislador civil tratou de acatar a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. Mas cada escolha evidentemente gera suas próprias seqüelas jurídicas, produzindo efeitos, também, no plano sucessório, pois pode se submeter à sucessão legal ou optar por fazer uma deixa testamentária. 5. É possível questionar que a regulamentação do direito sucessório no Código Civil vigente talvez não seja a melhor, ou que a regulamentação posta na Lei nº 9.278/96 talvez fosse a mais adequada, mas são discussões relevantes apenas no plano acadêmico ou doutrinário, pois existe uma lei regulando a matéria, e essa lei não padece de qualquer vício, tendo sido

submetida a regular processo legislativo, sendo devidamente aprovada, e, como existe lei regulando a questão, ela deve ser cumprida, já que se vive num Estado democrático de direito. Recurso provido, por maioria, vencido o Relator (TJRS - Agravo de instrumento 70024063547, 7ª CC/2002, Rel. Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves j.27.8.2008).

Vê-se que houve clara escolha política do legislador ao prestigiar a segurança da união matrimonial com relação à união estável, sem que, com isso, tivesse instaurado dissidência com os arts. 5º e 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, visto que tratou desigualmente situações que, na sua essência, são também desiguais, em face do evidente contraste entre a liberdade da união estável e a rigidez das normas do casamento, particularmente no que se refere ao regime de bens. Esse é o entendimento de Alexandre Gir Gomes e que parece ser o mais acertado.

Aqui não poderia deixar de faltar uma breve palavra sobre a interpretação conferida pelo Supremo ao art. 1.723 do CC/2002 acerca da família como união entre pessoas do mesmo sexo. Na decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o STF aclarou que:

Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva (Rel. Min. Ayres Britto, j. em 5-5-2011).

Depois desse decisório, o STF reconheceu a repercussão geral em caso a envolver união estável homoafetiva por possível conflito entre o art. 1.790 do CC/2002 e o art. 226, § 3º, da CRFB/88:

UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIROS - SUCESSÃO - ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL- COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ASSENTADA NA ORIGEM - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do art 226 da Constituição da República, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no art. 1.790 do Código Civil (RE646721 RG /RS - Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 10-11-2011).

Veloso defende essa tese com fundamento no silêncio do legislador, pois, para o autor, a tutela jurídica às parcerias homoafetivas, em casos concretos, é dada pelo Judiciário, pela ampliação de direitos previdenciários, inclusão como dependente em convênios e seguros e na declaração do imposto de renda, entre outros (VELOSO, 2010).

Percebe-se, claramente, que o Supremo Tribunal Federal caminhava no sentido de admitir o direito sucessório também aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, evitando que sejam privados de bens adquiridos por um ou ambos os

parceiros em favor de parentes ou do Estado. Assim, o STF reconheceu repercussão geral ao Recurso Extraordinário 646.721/RS que trata da validade do art. 1.790 do CC/2002 com foco na sua aplicação às uniões homoafetivas.

Com relação ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, objeto de estudo desta pesquisa, iniciou-se seu julgamento em 31 de agosto de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, com o voto firmando a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829, do CC/2002” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Inicialmente discutida pelos Tribunais Estaduais e com julgamentos conflitantes, manifestando-se pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enquanto que manifestando pela sua constitucionalidade os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e de São Paulo.

Nesse contexto, cita-se primeiramente o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, no ano de 2009, julgou inconstitucional a aplicabilidade do dispositivo supracitado. Contudo, esse Tribunal mudou seu entendimento, sustentando a tese da constitucionalidade.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO SUCESSÓRIO. Conforme o entendimento uníssono desta Câmara, é inconstitucional a aplicabilidade do art. 1.790, do Código Civil, uma vez que o artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, equiparou o companheiro ao Cônjuge. Logo, é inviável a diferenciação hereditária entre o companheiro e o cônjuge supérstite. Usufruto viudal. O Código Civil atual não prevê o usufruto viudal ao cônjuge, o que implica que, reconhecida a paridade entre cônjuge e companheiro, não há falar na incidência da Lei n-9.278/1996 e, via de consequência, do direito do companheiro ao usufruto viudal. Deram parcial provimento ao agravo’ (TJRS, Agravo de Instrumento 700226552879, 8.- Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 10.04.2008, DOERS 16.04.2008, p. 39).

No mesmo sentido posicionou-se a 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo:

UNIÃO ESTÁVEL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Equiparação constitucional das entidades familiares matrimoniais e extramatrimoniais, em razão de serem oriundas do mesmo vínculo, qual seja, a afeição, de que decorrem a solidariedade e o respeito mútuo entre os familiares. Entidades destinatárias de mesma proteção especial do Estado, de modo que a disparidade de tratamento em matéria sucessória fere a ordem constitucional. Ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e direito fundamental à herança. Proibição do retrocesso social’ (TJSP, Apelação com Revisão 587.852.4/4, Acórdão 4131706.9.- Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009, DJESP 25.11.2009).

Além disso, a constitucionalidade do dispositivo foi afetada à Corte Especial do STJ, mas que já vinha se posicionando pela inconstitucionalidade do

regramento. No ano de 2011, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça suscitou a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790, e remeteu os autos para o órgão especial daquela Corte para julgamento. Entretanto, por uma questão prejudicial, este órgão julgou pelo não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade (STJ, AI no Recurso Especial 1.135.354/PB, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão (Conv. TJ/PB). Julgado em: 03 out. 2012). No ano de 2013, novamente, a 4ª Turma do STJ suscitou Arguição de Inconstitucionalidade a Corte Especial no Recurso Especial nº. 1.291.636/DF. Neste processo, alega-se a inconstitucionalidade do *caput* do artigo comentado (STJ, AI no Recurso Especial 1.291.636/DF, 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 11 jun. 2013).

Em sentido contrário, vários julgados sustentaram que não há qualquer inconstitucionalidade no artigo em estudo. Os tribunais de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul mantiveram a incidência da norma sucessória.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. A Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1.790 do CC/2002, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário, no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável. (TJRS, Incidente 70029390374, Porto Alegre, Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 09.11.2009)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. O tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro encontra guarida na própria Constituição Federal, que distinguiu entre as duas situações jurídicas. Não é inconstitucional o artigo 1.790, III, do Código Civil, que garante ao companheiro sobrevivente, em concurso com outros parentes sucessíveis, o direito a 1/3 da herança dos bens comum (TJMG, Processo 0322132-50.2006.8.13.0512, Pirapora, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, j. 09.11.2011, DJEMG 01.02.2012).

Embora não seja a posição que muitos defendem, o STF concluiu o julgamento acerca da equiparação entre cônjuge e companheiro no que tange à sucessão declarando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, decisão proferida no julgamento dos recursos RE 878.694/MG, que trata da união de casal heteroaferivo, e do RE 646.721/RS, que aborda a sucessão em uma relação homoafetiva.

O STF conclui que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, prevalecendo o voto do Ministro Luis Roberto Barroso, que critica a disposição da norma civil, pois “Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um

retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite”, afirma (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio entende que a Constituição Federal reconhece a união estável e o casamento como situações de união familiar, contudo, não abre espaço para a equiparação entre ambos, sob pena de violar a vontade dos envolvidos, e assim, o direito à liberdade de optar pelo regime de união. O Ministro teve seu voto vencido ao negar seguimento do recurso no RE 646.721/RS.

Compactuou pelo mesmo entendimento o Ministro Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Para Toffoli, “a Constituição não proíbe a diferenciação entre união estável e casamento para efeito de herança, e o Código Civil não trouxe nenhum retrocesso em matéria de proteção social” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Contudo, prevaleceu a posição dos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. O julgamento teve como placar 8 votos a 2, ausente o ministro Dias Toffoli. O Instituto Brasileiro de Direito de Família defendeu a inconstitucionalidade do artigo, proferindo sustentação oral, atuando como *amicus curiae* (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Finalmente, o Plenário da Corte concluiu o julgamento dos dois recursos com repercussão geral reconhecida e fixou que o CC/2002 não pode ser interpretado de maneira que crie diferenças entre regimes sucessórios de cônjuges e companheiros (TARTUCE, 2017).

Esse entendimento fixado pelo STF já vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, ficou definida a seguinte tese:

No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Alguns pontos relevantes despertaram interesse pelo tema como, por exemplo, os efeitos dessa decisão para casos que já estavam aguardando decisão, motivo pelo qual o Ministro Luis Roberto Barroso entendeu ser recomendável modular os efeitos da aplicação do entendimento ora afirmado com o intuito de reduzir a insegurança jurídica.

Para Barroso, a decisão deve ser “aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública” (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

Ato contínuo, em 10 de maio de 2017, o Tribunal, apreciando o tema 809

da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do CC/2002. Ficaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que votaram negando provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou tese nos seguintes termos:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002 (STF, RE 878.694/MG, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 10/05/2017).

Justificadamente, restaram ausentes os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, que votaram em assentada anterior, e, no respectivo julgamento, o Ministro Luiz Fux, que votou em assentada anterior, e o Ministro Gilmar Mendes. Porém, não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que havia votado em assentada anterior. O julgamento foi presidido pela Ministra Cármen Lúcia. O acórdão foi publicado com o seguinte teor:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO . REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS . 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequilibrar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002 (STF, RE 878.694/MG, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 06/02/2018).

Opostos embargos de declaração em 26/02/2018, os quais foram rejeitados por unanimidade pelo Tribunal, sendo finalizado o julgamento virtual em 25 de outubro de 2018. Assim, a decisão transitou em julgado em 04/12/2018, fixando a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE DO ART. 1.845 E OUTROS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL ÀS UNIÕES ESTÁVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO . 1. Embargos de declaração em

que se questiona a aplicabilidade, às uniões estáveis, do art. 1.845 e de outros dispositivos do Código Civil que conformam o regime sucessório dos cônjuges. 2. A repercussão geral reconhecida diz respeito apenas à aplicabilidade do art. 1.829 do Código Civil às uniões estáveis. Não há omissão a respeito da aplicabilidade de outros dispositivos a tais casos. 3. Embargos de declaração rejeitados (STF, RE 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 09/11/2018).

Outras questões ficaram pendentes no julgamento pelo STF, como o caso da inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário no art. 1.845 do CC/2002, e também no que tange ao direito real de habitação do companheiro, também não mencionado nos julgamentos. Essas e outras questões são temas que merecem destaque e que ainda serão analisadas e decididas pela doutrina e jurisprudência.

Diante desse novo cenário, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal buscam resolver um aspecto importante no que tange à equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CRFB/88 reconheceu a união estável como entidade familiar, mas que não a equiparou ao casamento. Todavia, mais adiante, os direitos dos companheiros integraram o ordenamento jurídico pátrio com o advento das Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, que trataram desse relacionamento de fato, trazendo normas patrimoniais aplicadas aos casais que vivem sob o regime da união estável.

A pesquisa mostrou que o artigo 1.723 do CC/2002 reconheceu a união estável como entidade familiar entre homem e a mulher, desde que respeitados os requisitos mencionados pelo dispositivo supramencionado. Além disso, a norma civil reconheceu que o direito sucessório dos companheiros aborda a distribuição da herança de acordo com a participação nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Todavia, muitas dúvidas quanto à sucessão do companheiro surgiram quando da comparação do instituto do casamento com o da união estável e os direitos previstos na CRFB/88.

As premissas lançadas ao longo deste trabalho autorizam afirmar que as alterações trazidas pela CRFB/88 trouxeram grande divergência entre os doutrinadores no que concerne à regulamentação do dispositivo constitucional por lei ordinária, bem como na equiparação de direitos do casamento e da união estável. Primeiro, por se tratarem de institutos jurídicos diferentes e, segundo, por ter a própria CRFB/88 imposto dever à lei que facilite sua conversão em casamento.

Nessa esteira, a palavra conversão traz àqueles que defendem a desigualdade entre união e casamento a própria razão da diferença entre os institutos, já que converter significa transformar, mudar. Os que defendem tanto a união quanto o casamento como institutos de igual força constitucional e legal declaram que a

CRFB/88 veda qualquer forma de discriminação. Para estes, mesmo que se não tenha igualado os institutos do casamento e da união estável, a própria CRFB/88 não aceita qualquer discriminação que possa decorrer dessa distinção. Nesse contexto há um duelo de posicionamentos.

De um lado, em análise ao Recurso Extraordinário 878.694/MG, considerando ter a CRFB/88 ampliado o conceito de família exatamente para conferir ao companheiro a mesma proteção concedida às famílias advindas do matrimônio, entendeu-se configurada ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana, uma vez que a CRFB/88 teria conferido tratamento similar aos institutos da união estável e do casamento.

De outro, de forma mais condizente com o espírito da CRFB/88, observou-se que o CC/2002 não equiparou os companheiros aos cônjuges, estabelecendo disciplina própria para a sucessão em cada um dos casos. Essa é a posição pela qual se parece mais acertada, porquanto são dois institutos distintos e cada um com seus direitos e deveres. Assim, não haveria de se falar em inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC/2002 sob o fundamento de que a CRFB/88 teria conferido tratamento semelhante aos institutos da união estável e do casamento.

Independente de qual seja a posição adotada pelo leitor, o que se espera com a construção desse raciocínio fundamentado é que o mesmo propicie um espaço de reflexão, capaz de contribuir para que possa compreender os anseios da sociedade moderna no que toca ao direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: DOU de 11.1.2002.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Brasília, DF: DOU de 30.12.1994.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Brasília, DF: DOU de 13.5.1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.135.354-PB**. Rel. Originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. Para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 03/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1.291.636/DF**. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 11/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 79511**. 4ª Turma, Relator Min. Ruy Rosado Aguiar, Data de Julgamento: 28/02/1996, Data de Julgamento: 22/04/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 887.990/PE**. 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 24/5/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial 4599**. 3ª Turma, Relator Min. Nilson Naves, Data de Julgamento: 09.04.1991, Data de Julgamento: 20/05/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 10/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694/MG**. Rel. Min. Roberto Barroso, Data de Publicação: DJe 26/10/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo 0322132-50.2006.8.13.0512**. Pirapora, Corte Superior, Rel. Des. Paulo César Dias, Data de Julgamento: 09/11/2011, Data de Publicação: DJEMG 01/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação com Revisão 587.852.4/4**. Acórdão 4131706,9. Câmara de Direito Privado, Jundiaí, Rel. Des. Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 25.08.2009, Data de Publicação: DJESP 25/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70052278280/RS**. Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 02/05/2013, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento 70024063547**. 7ª CC, Rel. Desembargador Sergio Fernandes de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 27/8/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 700226552879**. 8ª Câmara Cível, Bom Jesus, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 10.04.2008, Data de Publicação: DOERS 16/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Incidente 70029390374**. Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 09/11/2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena (coord). **Sucessão do Cônjuge, do Companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 6.

GOMES, Alexandre Gir. **A desigualdade dos direitos sucessórios de cônjuges e conviventes no novo Código Civil: constitucionalidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 9-17, jul./set. 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões - arts. 1784 a 2027**. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), Rio de Janeiro, Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 24. ed. ver. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Vol. 6.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 17. ed. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2017.

A INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS: UM ALCANCE DA GLOBALIZAÇÃO QUE CONTRIBUI PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 12/12/2018

Daiane Dutra Rieder

Antonio Meneghetti Faculdade, Bacharelado em
Direito

Restinga Sêca – Rio Grande do Sul

RESUMO: As implicações geradas pelo fenômeno da globalização propuseram que a internacionalização da Previdência Social se configurasse como uma necessidade em face das transformações que vêm ocorrendo no âmbito mundial. Os direitos referentes à Seguridade Social estão sendo materializados em uma direção que vai ao encontro do conceito de justiça, sendo eficaz no âmbito das individualidades e propondo êxito em sua efetividade, no que diz respeito ao mínimo existencial. A oportunidade de possuir uma vida laboral com aportes previdenciários é sinônimo de segurança para o trabalhador e revela perfeita sintonia com os princípios sociais consagrados em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Com o objetivo de desenvolver a temática de forma coesa e substancial, este trabalho possui como processo metodológico o estudo teórico, realizado por meio de pesquisas de cunho

bibliográfico, por consistir em uma discussão teórica acerca da temática abordada.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direito previdenciário; internacionalização;

THE INTERNATIONAL INTEGRATION OF SOCIAL SECURITY LAW: A GLOBALIZATION'S REACH THAT CONTRIBUTES TO THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The implications generated by the phenomenon of globalization have proposed that the internationalization of Social Security be configured as a necessity in the face of the transformations that are taking place worldwide. The rights related to Social Security are being materialized in a direction that meets the concept of justice, being effective in the sphere of individualities and proposing success in its effectiveness, as regards the existential minimum. The opportunity to have a working life with social security contributions is synonymous of security to the laborer and reveals perfect harmony with the social principles enshrined in international human rights treaties and conventions. In order to develop the theme in a cohesive and substantial way, this work has

as methodological process the theoretical study, conducted through bibliographic research, as it consists in a theoretical discussion about the theme addressed.

KEYWORDS: human rights; social security law; internationalization;

1 | INTRODUÇÃO

O aumento significativo das migrações internacionais, em um mundo de caráter globalizado, traz consigo a necessidade da constituição de políticas públicas de auxílio social. Deslocamentos humanos causados por guerras, distúrbios civis, fome e violência são motivos que levam o ser humano à busca de respostas nada generosas, em terras estrangeiras e, para ele, desconhecidas. A necessidade de intervenção da justiça no tratamento dessa abordagem passa a ser algo necessário, pois a promoção de sociedades igualitárias, frente a um Estado de Direito, com o acesso à justiça para todos, infelizmente, não mais é uma realidade que podemos citar.

O realojamento de um refugiado, em um segundo país, constitui a única solução para aqueles que não podem regressar ao seu local de origem em um futuro previsível (SINGER, 1993). Acontece que, de forma precária e desumana, a instalação local, nos países “acolhedores”, em que esses imigrantes e trabalhadores são destinados a permanecerem, como forma de reconstruírem as suas vidas e encontrarem novos labores, não proporciona uma vida claramente e/ou minimamente digna para os recém-chegados.

Um pensamento de Hannah Arendt, sustentado nas seguintes palavras, “o direito de ter direitos”, é algo temporariamente suspenso na vida desses imigrantes. O controle civil perante essa situação de excepcional delicadeza encontra dificuldades não somente em aspectos de implementabilidade burocrática, mas também em questões práticas. As tensões perante tentativas de minimizar os impactos negativos na vida dessas pessoas, em cunho social, assim como as precárias alternativas culturais de adaptação, comprovam tal revés de reconciliação para com a sociedade.

Pensando nesse crescente movimento migratório de homens e mulheres em situações de refúgio – que são trabalhadores(as) – a proposta deste trabalho é relacionar o modo pelo qual o Ministério da Previdência e Assistência Social verificou a possibilidade de um respaldo internacional de cobertura de direitos, que norteiem a vida laboral dessas pessoas. A, então, firmação de Acordos Internacionais de Previdência Social e o Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento estabelecem um justo meio de propiciar aos brasileiros migrantes, e àqueles dos países signatários, um amparo legal, de forma a assegurar que essas pessoas não sejam totalmente submissas à uma legislação estrangeira e, se assim podemos

identificá-la, desconhecida.

Como forma de ir ao encontro de uma fundamentação coerente ao estudo teórico inicialmente proposto – compreender de que forma a integração internacional dos direitos previdenciários, na aplicação nacional, contribui para a efetivação dos direitos humanos – este estudo teórico alicerça-se na utilização da metodologia de cunho bibliográfico, por consistir em uma discussão teórica acerca da temática abordada, conjuntamente ao método de pesquisa de abordagem dedutiva.

2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O crescente movimento migratório internacional coloca em situação de risco a vida de mais de 12,8 milhões de pessoas, dentre elas, a grande maioria, trabalhadores. Enquanto isso, os países desenvolvidos trabalham em prol de salvaguardar o bem-estar das suas populações, mas os efeitos da vida de um refugiado não são trabalhados de igual forma e o fazem suportar situações em que os seus direitos básicos e fundamentais se passam por esquecidos. Apesar dessa situação, a palavra justiça, mesmo que, muitas vezes, suprimida, também faz parte dos valores cernes de uma sociedade humana e igualitária e pensa a respeito dos princípios que deveriam governar a forma pela qual as sociedades abastadas reagem às pretensões dos países mais pobres, ou dos estrangeiros em situação de necessidade (SINGER, 1993).

Indo ao encontro dessa ideia, a globalização fez com que a sociedade jurídica se tornasse possuidora de um olhar atento para a verificação de que esses trabalhadores, em processos migratórios, necessitam de uma cobertura internacional da Previdência Social, de forma que sejam respaldados por direitos previdenciários comuns e não mais sujeitos a diferentes legislações, de acordo com o país em que estiverem exercendo sua nova atividade laboral. No Brasil, esse amparo aos estrangeiros residentes pode ser alcançado por meio de dois importantes marcos na Previdência Social: o “Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento” e os “Acordos Internacionais de Previdência Social”, cujo nosso país é signatário.

2.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

No sistema brasileiro, a Seguridade Social engloba um conceito amplo e abrangente de amparo destinado a todos que dela necessitarem, desde que haja previsão legal sobre determinada contingência a ser coberta (MARTINS, 2016). Como postulado básico a atender suas espécies – a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde –, a Seguridade Social é respaldada por princípios constitucionais, elencados no parágrafo único do artigo 194, da Constituição da

República Federativa do Brasil.

O inciso primeiro contempla, em sua redação, a existência do “Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento”, como forma de garantir o caráter de acessibilidade interna do sistema, ou seja: todos os residentes no país farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções (MARTINS, 2016). Nessa linha de pensamento, podemos afirmar que o Princípio da Universalidade, em nosso sistema, visa tornar a Seguridade Social acessível, também, aos estrangeiros residentes em solo brasileiro, devendo, esses, serem contemplados, fielmente, com as disposições da Seguridade Social.

A palavra “universalidade” torna possível que o sistema possua um aspecto de completude, em termos de abrangência social. Mas, as nomenclaturas que acompanham esse princípio devem ser analisadas de forma um tanto peculiar, para que, então, possamos compreender tal conceituação. Em busca de uma interpretação que elencasse ponderadamente as palavras que contemplam esse princípio, encontramos um ensinamento do autor Sergio Pinto Martins, proposto em sua obra “Direito da Seguridade Social”, que dispõe:

A universalidade da cobertura deve ser entendida como as contingências que serão cobertas pelo sistema, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte, etc. Já a *universalidade do atendimento* refere-se à prestações que as pessoas necessitam, de acordo com a previsão da lei, como ocorre em relação aos serviços. (MARTINS, 2016, p. 109)

Propondo continuidade ao pensamento do autor Sérgio Pinto Martins, podemos inferir que o conteúdo da universalidade pode, ainda, ser classificado sob o ponto de vista subjetivo ou objetivo. A universalidade subjetiva diz respeito a todas as pessoas que integram a população nacional, sejam elas nacionais ou estrangeiras; por sua vez, a universalidade objetiva irá reparar as consequências das contingências estabelecidas na lei (MARTINS, 2016).

Verifica-se, pois, que o Princípio sopra elencado propõe suas conceituações indo ao encontro de reflexos que garantam uma efetividade mais justa e igualitária para todos aqueles que fazem parte do sistema. A universalidade, conforme já subentendido pela própria interpretação da palavra, é uma atitude que busca sempre “transcender”; ir de encontro a qualquer barreira taxativa que bloqueie o acesso comum a um sistema claro e abrangente.

Sem embargo, esse conceito não se torna estritamente vinculado à previdência social, enquanto fator do direito brasileiro. Suas características são relacionadas na doutrina aos direitos fundamentais: é possível dizermos que uma das características mais importantes dos direitos fundamentais é a universalidade. Dela decorre a titularidade dos direitos fundamentais, que assiste a todos os seres humanos (FERNANDES, 2015). Uma passagem enriquecedora, de um livro que muito nos

agrada, intitulado “Os direitos previdenciários no Supremo Tribunal Federal”, propõe a seguinte exposição:

A qualidade de ser humano é condição suficiente para assegurar o exercício desses direitos. Essa concepção deve ser entendida no sentido de que cada indivíduo será titular daqueles direitos que lhe dizem respeito, uma vez que há uma enorme relação de direitos fundamentais, os quais vão interessar em alguns momentos a toda a coletividade e em outros apenas a determinados grupos e indivíduos. (FERNANDES, 2015, p. 25)

Outra passagem que faz estrita relação com a ideia de sermos homens portadores de direitos, vem de estudos da autora Flávia Piovesan, que discute, em uma de suas obras, a questão de a universalidade ser decorrente da dignidade da pessoa humana, uma vez que “a condição humana é o requisito único para a titularidade dos direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana” (PIOVESAN, 2013, p. 45).

2.2 Acordos Internacionais de Previdência Social

As implicações geradas pelo fenômeno da globalização propuseram que a internacionalização da Previdência Social se configurasse como “uma necessidade em face das transformações que vêm ocorrendo no âmbito mundial” (SPREV, 2018, p. 3). O crescente movimento migratório internacional de trabalhadores, enquanto coeficiente do processo de globalização, traz consigo a necessidade de respaldos internacionais de direitos previdenciários que transcendam a terra natal daqueles que migram em busca de novas oportunidades profissionais e melhores condições de vida.

A “globalização dos direitos previdenciários” alcançou uma proporção relativamente extensa a nível humanitário e revela perfeita sintonia com os princípios sociais consagrados em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, além de tornar possível que o Brasil seja um país signatário de Acordos Internacionais de Previdência Social.

O motivo pelo qual o Governo brasileiro firmou Acordos Internacionais com outros países enquadra-se no fluxo migratório intenso de trabalhadores, provocado pelo elevado volume de comércio exterior; recebimento no País de investimentos externos significativos; e as relações especiais de amizade. Assim sendo, hoje o Brasil mantém Acordos de Previdência Social com os seguintes países: Argentina, Cabo Verde, Chile, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Portugal e Uruguai. No Brasil, compete à Assessoria de Assuntos Internacionais do Ministério da Previdência e Assistência Social a coordenação dos documentos técnicos dos Acordos Internacionais, bem como o acompanhamento e a avaliação de sua operacionalização. O Instituto Nacional do Seguro Social INSS é o Órgão Gestor, ou seja, é a instituição competente para conceder e operacionalizar as prestações previstas nos acordos, através dos seus órgãos regionais, que atuam como Organismos de Ligação. (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, 2001, p. 5)

O principal objetivo dos acordos internacionais é o de criar a possibilidade de uma dinamização nas relações entre os países acordantes e signatários. Referindo-se a um acordo de Previdência Social, o objetivo é a dinamização nas relações de caráter social no mundo exterior. O processo envolve desde a negociação do texto do acordo, pelos países envolvidos, à sua promulgação – que, finalmente, habilitará a entrada, em vigor, do ato jurídico no mundo internacional (SPREV, 2018, p. 3).

Enquanto perdurar o acordo,

[...] estabelece-se uma relação entre os Países Acordantes que garante o acesso aos benefícios previdenciários, sem modificar a legislação vigente de cada país. Os pedidos de benefícios e a decisão quanto ao deferimento ou indeferimento do benefício devem observar a legislação do país onde o requerimento é analisado. (SPREV, 2018, p. 4)

Os Acordos Internacionais de Previdência Social preveem “o instituto do deslocamento temporário que permite ao trabalhador, que se deslocar para outro país, continuar vinculado à Previdência Social do país de origem, respeitadas as regras e o período pré-estabelecido em cada acordo” (SPREV, 2018, p. 4). Alguns benefícios a serem destacados são que esses acordos impedem a bitributação das contribuições previdenciárias nos países membros, durante o período em que o trabalhador estiver deslocado, e que “o tempo de contribuição do trabalhador, nos países acordantes, se somam para fins previdenciários” (SPREV, 2018, p. 7).

Vale observar que os Acordos Internacionais de Previdência Social são destinados aos trabalhadores, seus familiares e assemelhados, podendo serem consideradas as seguintes conceituações propostas pela cartilha da Secretaria de Previdência (SPREV, 2018), intitulada “Acordos Internacionais de Previdência Social”: (a) Considera-se trabalhador: toda pessoa que, por realizar ou ter realizado uma atividade, está ou esteve sujeita à legislação de um ou mais países com os quais o Brasil mantenha Acordo de Previdência Social; (b) consideram-se familiares e assemelhados: pessoas definidas ou admitidas como tais pelas legislações de cada Estado Parte mencionadas em cada acordo. Fazendo o uso de outras palavras,

São beneficiários dos acordos internacionais de previdência social todos os trabalhadores e seus dependentes que estejam ou tenham estado sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS e aos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS, quando previsto no acordo, e, no país acordante, ao(s) regime(s) previdenciário(s) definido(s) no acordo. (SPREV, 2018, p. 6)

Os acordos também propiciam um auxílio ao que tange às documentações necessárias para situações de tal abrangência: os documentos necessários para os migrantes que são partícipes do sistema e que querem requerer algum benefício por meio dos Acordos Internacionais de Previdência Social, “não necessitam de visto ou legalização pelas autoridades diplomáticas, consulares e de registro público, desde que tramitados pelas Instituições Competentes ou Organismo de Ligação

dos países acordantes” (SPREV, 2018, p. 12).

Acordar internacionalmente acerca de temáticas que norteiem direitos inerentes a pessoa humana e que transcendam as fronteiras de sua terra natal, é um grande alcance a nível mundial, no que tange ao direito dos trabalhadores. Ter a oportunidade de uma vida laboral com aportes previdenciários é sinônimo de segurança para o trabalhador e revela perfeita sintonia com os princípios sociais consagrados em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

2.3 O alcance humanitário dos direitos previdenciários

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), cujo texto reverencia amparo e proteção ao maior bem jurídico de um ser humano – a vida – pautando questões relevantes que vão ao encontro de princípios e direitos humanos e fundamentais. Entre seus enunciados, pensamos em citar o Artigo XXII como coeso às considerações aqui expostas, uma vez que, a partir dele, podemos reafirmar que a “globalização dos direitos previdenciários” alcançou uma proporção relativamente extensa, a nível humanitário, e faz com que seja possível a existência de uma perfeita sintonia com os princípios sociais, consagrados em tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos.

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.(UNIC/Rio, 2009, artigo XXII)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, sendo considerada fonte máxima hierárquica do Direito (SÜSSEKIND, 1996, p.1403). Tamanha é sua importância, que transformou os direitos humanos em um tema global e universal no sistema internacional – a DUDH propicia falarmos acerca da universalidade dos direitos humanos, atributo que legitima sua transcendência e presença no gênero humano sem fronteiras, vigorando enquanto máximo das civilizações (DELGADO, 2011).

O universalismo dos Direitos Humanos, como parte da concepção de “humanidade global”, propõe que os princípios norteadores dos direitos sociais sejam construídos a partir da compreensão de uma visão humanitária. E podemos observar que os direitos referentes à Seguridade Social estão sendo materializados em uma direção que vai ao encontro do conceito de justiça, sendo eficaz no âmbito das individualidades e propondo êxito em sua efetividade, no que diz respeito ao mínimo existencial.

[...] os direitos de segunda dimensão, nominados comumente de direitos sociais, culturais e econômicos, materializam uma importante evolução na acepção de

mínimo existencial, porquanto consagra direitos indissociáveis da realização do indivíduo. Nesta linha de dicção, a seguridade social pode ser compreendida como um instrumento do Estado, com o apoio de toda a sociedade, destinado a cuidar das necessidades sociais, individuais e coletivas, com ações preventivas, reparadoras ou recuperadoras. (RANGEL, 2016)

Alencar a globalização à integração internacional dos direitos previdenciários, alçada à condição de Direitos Humanos, centraliza o homem em seu valor maior de ser humano – promove uma visão humanitária dos direitos sociais, “revelando o trabalho digno e a seguridade social como direitos fundamentais universais” (DELGADO, 2011, p. 15); propõe a identificação do direito previdenciário como um direito humano fundamental.

3 | METODOLOGIA

O processo metodológico escolhido para a realização da pesquisa que originou este trabalho é o estudo teórico, realizado por meio de revisão bibliográfica, por consistir em uma discussão teórica acerca da temática abordada, conjuntamente ao método de pesquisa de abordagem dedutiva.

Buscando uma estruturação coerente ao estudo teórico inicialmente proposto, o trabalho apresenta uma estruturação alicerçada em três partes principais, cujos textos: (2.1) busca abordar questões relativas ao “Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento”; (2.2) pretende apresentar alguns desdobramentos acerca dos “Acordos Internacionais de Previdência Social”; e (2.3) propõe estudos relativos ao alcance humanitário dos direitos previdenciário.

4 | CONCLUSÃO

A integração internacional dos direitos previdenciários evidencia características que vão muito além da possibilidade de existência de um princípio universal e de acordos de caráter internacional: no instante em que o Ministério da Previdência e Assistência Social verificou a possibilidade de um respaldo internacional de cobertura de direitos, que norteiem a vida laboral de pessoas em processo de migração, houve uma aplicação do direito com suporte em valores que consideram a vida humana e, não mais, a suprime.

Em muitos debates que pautam a efetividade dos direitos sociais, os argumentos são sempre vexatórios e contraditórios ao sistema. Mas, ao mostrar a possibilidade da gradualidade da concretização de um sistema responsável, que pensa a respeito da efetivação de direitos que guiem a atuação de um ser humano, para além das fronteiras de sua terra natal, a materialização prática da efetivação

de direitos inerentes a pessoa humana se faz presente.

E, indo além desta perspectiva, concluímos que a caracterização de um mundo como global também questiona o conceito de funcionalidade, perante os sistemas públicos sociais. No âmbito da previdência social, cartilhas online são consideradas meios eficazes para a “disseminação” de novas informações a respeito do sistema. As mesmas são publicadas e divulgadas para toda a população, como forma de possibilitar que haja uma diferenciação no tratamento fornecido às pessoas, de modo a propor uma viabilização da transmissão de informações e, principalmente, de direitos.

Ao descrevermos os direitos fundamentais como sendo todas as normas que tenham como objetivo a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento saudável e digno do ser humano e da coletividade, pautar os direitos previdenciários como um direito em rede, também vai ao encontro deste escopo. O direito em rede também possui o caráter de garantir que os direitos indispensáveis ao homem sejam efetivados.

A Seguridade Social propõe um olhar diretivo para que os princípios que legislam um mundo de caráter internacional se façam concretos por meio da efetivação de direitos. A eficiência de acordos que sustentam a possibilidade de uma segurança internacional, para os trabalhadores, também é uma das formas pela qual o sistema sustenta o contínuo alcance da justiça, enquanto direito humano – seja ele por meio da criação de acordos, ou por meio da globalização de direitos. A justiça é a verdade nas relações sociais, é a racionalidade vigorando no mundo das práticas. É o respeito aos direitos humanos de cada homem e de cada grupo. E a previdência social se preocupa com a efetivação desse alcance.

REFERÊNCIAS

Brasil. Ministério da Previdência e Assistência Social. *Acordos Internacionais de Previdência Social/ Brasil*. Brasília: MPAS, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 59-76, jul./set. 2011.

FERNANDES, Ana Paula. **Os direitos previdenciários no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 36. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Seguridade social e direitos humanos: ponderações introdutórias sobre a temática**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <<http://>

www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17273>. Acesso em 21 de junho de 2019.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. Trad. Álvaro Augusto Fernandes.

SPREV. **Acordos Internacionais de Previdência Social**. Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Volume II. São Paulo: LTr, 1996.

UNIC/Rio/005. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Janeiro 2009. (DPI/876). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E DEVER DO ESTADO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

Data de aceite: 12/12/2018

Bruno Teixeira Maldonado

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC). Especialização em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado.

Carlos Cristiano Brito Meneguini

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC). Advogado.

RESUMO: O artigo visa tratar do novo status que a Assistência Social obteve a partir entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, quando esta passou a ser um dever do Estado e direito do cidadão, figurando como um direito social e compondo a seguridade social. Não obstante, buscar-se-á enfatizar a importância da Assistência Social ter passado a ser um direito previsto constitucionalmente, abrindo portas para que a mesma passasse a ser regulamentada. Para tanto, este trabalho se apóia em uma pesquisa qualitativa, ou seja, em conhecimentos específicos a respeito da

matéria, fruto de pesquisa bibliográfica e de normas aplicáveis ao assunto. Como resultado, concluiu-se que os direitos sociais relativos à assistência social estão sendo concretizados de forma gradual, e sua implementação e aperfeiçoamento ainda são desafios a serem encarados pelo Estado e pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência Social, Constituição Federal, Seguridade Social.

SOCIAL ASSISTANCE AS PUBLIC POLICY AND DUTY OF THE POST-CONSTITUTION STATE 1988

ABSTRACT: This article aims to discuss the new status that social assistance obtained from entry into force of the Constitution of 1988, when it became a duty of the State and the citizen's right, appearing as a social right and making part of the social security system. Nevertheless, this article will seek to emphasize the importance of social assistance reached after being promoted as a constitutional right. Therefore, this work is based in a qualitative research, in other words, by specific knowledge about the matter, product of the applicable literature and legal provisions. As result, it was concluded that the social rights concerning the social assistance are being gradually materialized, and its implementation

and improvement still challenges to be faced by the state and society.

KEYWORDS: Social Assistance, Federal Constitution, Social Security.

1 | INTRODUÇÃO

Embora a assistência social seja uma prática antiga na sociedade, a mesma sempre foi tratada como um ato de benevolência e caridade, relacionado principalmente a cultura judaica e cristã. Todavia, após a revolução industrial e o consequente êxodo rural, quando a população se transferiu para os centros urbanos, onde as fábricas passaram a concentrar milhares de trabalhadores que vendiam sua força de trabalho em troca de salário, a pobreza em grande escala nas cidades passou a se tornar um problema social.

Como consequência, o Estado passou a intervir na sociedade visando controlar tal situação, direcionando as práticas de solidariedade da sociedade civil e criando mecanismos de enfrentamento da pobreza, concedendo auxílios e subvenções a organizações da sociedade civil destinadas ao amparo social.

No Brasil, este cenário se configurou de forma mais clara a partir da década de 30 do século XX, no governo de Vargas; entretanto, desde então as políticas assistencialistas se davam de forma ineficientes em integrar os assistidos à sociedade ou evitar o processo de pauperização existente, ao mesmo tempo em que cresciam o número de movimentos sociais demandando uma postura mais ativa do Estado.

Tal cenário modificou-se com o processo de redemocratização posterior ao regime militar, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em 5 de outubro de 1988. Esta nova ordem constitucional foi marcada pela consolidação do neoconstitucionalismo no ordenamento jurídico pátrio, uma nova perspectiva onde se fala em uma constituição programática, que se encontra no centro do ordenamento jurídico, deixando de ser mera carta política e simbólica para dotar-se de vontade própria e maior aplicabilidade, a fim de proteger os direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana.

Desde então, a assistência social passou a ter novo um novo status, passando a ser um direito do cidadão e dever do Estado, garantido pela lei maior do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, conforme será visto no presente trabalho, para que a aplicação deste direito fosse possível no campo prático, foi necessário que o poder público se organizasse através da criação leis infraconstitucionais, políticas públicas, infraestrutura estatal, o que se deu de forma gradual e por vezes lenta, em decorrência do cenário econômico e político das últimas décadas.

2 | A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O NEOCONSTITUCIONALISMO

O fim do Século XVIII e início do Século XIX marcou o início de um sistema de limitação de poderes do Estado e o surgimento do ideal de direitos inerentes ao ser humano, com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e as primeiras constituições escritas. Em outras palavras, sob a influência dos filósofos iluministas, foi nesse período que começaram a surgir as primeiras constituições rígidas, escritas e dotadas de supremacia (NOVELINO, 2014.). Estes direitos recém-consagrados possuíam um viés individualista (direitos civis e políticos), notadamente advindos do ideário liberalista, de modo que cabia ao Estado não os violar. Hoje, a doutrina jurídica e cientistas políticos os classificam como direitos de primeira geração (SILVA, 2005).

Este mesmo período também se caracterizou pelas Revoluções Industriais, primeiramente na Inglaterra e posteriormente no restante da Europa e nos Estados Unidos da América, acompanhadas do êxodo rural e do crescimento urbano, verificando-se, assim, uma enorme concentração populacional nas cidades, para onde diversos indivíduos migraram a fim de trocar sua força de trabalho por uma contraprestação salarial, a qual deveria ser suficiente para garantir sua subsistência (HEIDRICH, 2006).

Na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, ocorreu em primeiro lugar, onde os migrantes eram servos camponeses e pequenos proprietários de terras, que produziam para sua subsistência. Em razão da política de cercamento, foram retirados de suas terras, a fim de que a nobreza rural pudesse praticar a ovinocultura a fim de abastecer a crescente indústria têxtil. Essa massa de trabalhadores acabou servindo para abastecer as indústrias e ainda formar um grande exército de reserva de mão-de-obra (MARX, 1867).

Com uma grande oferta de mão de obra e sem um sistema legislativo de proteção ao trabalhador, os mesmos eram expostos à péssimas condições de vida, habitação e trabalho, com jornadas de trabalho exaustivas e salários ínfimos. Ademais, viviam em cortiços e subúrbios insalubres, com péssima alimentação e à mercê de epidemias (ENGELS, 1845). Conseqüentemente, a pobreza e a desigualdade tornaram-se uma questão social, posto que o empobrecimento agudo da classe trabalhadora levou a mesma a lutar e protestar contra sua condição (HEIDRICH, 2006). Neste cenário, tornou-se clara a necessidade do Estado intervir nas relações sociais a fim de zelar pelo bem-estar dos indivíduos e a própria ordem social.

A Primeira Guerra Mundial, assim como a Revolução Russa e a ameaça comunista, serviram para corroborar este cenário, emergindo então o *Welfare State*,

ou Estado de Bem-Estar Social; que teve seu auge após a Grande Depressão e a Segunda Guerra Mundial (COELHO 2009).

Surgiram então os direitos de segunda dimensão, os quais demandam prestações ativas do Estado, que deve garantir aos indivíduos direitos relativos à saúde, trabalho, moradia e educação, dentre outros. Nesse sentido, diversas constituições que surgiram no início do século XX já positivaram tais direitos, valendo citar a Constituição do México de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 - Constituição de Weimar, ou *Weimarer Verfassung* (BARROSO, 2005).

Todavia, os direitos lá inseridos por vezes não eram completamente observados pelos Estados, já que muitos destes careciam de mecanismos visando sua aplicabilidade e efetividade, tornando algumas das disposições ali meras declarações de vontade.

Esta condição mudou gradativamente, muito devido à Grande Depressão e, posteriormente, à Segunda Guerra Mundial, no período de reconstitucionalização do continente. Nesse contexto, destaca-se a Alemanha (Constituição Alemã de 1949 e o Tribunal Constitucional Federal instalado em 1951) e Itália (Constituição Italiana de 1947), que acabaram por contribuir para a nova face do direito constitucional (BARROSO, 2005).

As constituições do pós-guerra trataram de aproximar o Direito da democracia, redefinindo o papel da Lei Maior dentro do ordenamento jurídico. Em face ao abalo causado pelos regimes totalitaristas, é de grande relevância o papel do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemão), o qual veio a atuar na busca pela consolidação dos direitos fundamentais e no respeito pela dignidade humana. Nesse momento, começou a se desenhar o conceito de Estado Democrático de Direito, o qual buscaria conciliar os valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo (DIAZ, 1983 *apud*, BRANCO; MENDES; FERREIRA, 2009).

Esta nova perspectiva onde se fala em uma constituição programática, possuidora de um texto com maior conteúdo social e dirigismo comunitário foi chamada pela doutrina jurídica como neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-positivista (BARROSO, 2005). Desta forma, a Lei Maior passa a incorporar valores e a promulgar os direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana e na soberania popular, deixando de diferenciar-se das demais normas do ordenamento jurídico apenas por uma diferença hierárquica.

Com a queda do positivismo que marcou o regime nazifascista ao fim da Segunda Guerra Mundial, adveio uma nova forma de interpretação da Constituição, onde deixou-se de meramente se aplicar a lei para também interpretá-la. Assim, os direitos protegidos pela Lei Maior deixaram de ser meros valores abstratos para normas dotadas de superioridade jurídica, as quais ganhariam efetividade através

da aplicação do direito conforme a Constituição. Todas as normas do ordenamento jurídico deveriam observar o texto constitucional (REALE, 2002).

Assim, a partir da segunda metade do século XX, a Constituição passou a ter um caráter imperativo, sendo necessário sempre conferir máxima efetividade às normas constitucionais, demandando uma postura ativa do Estado.

No Brasil, em que pese diversas Constituições anteriores já tratassem de direitos sociais, a concepção democrática e neoconstitucionalista de um ordenamento jurídico pautado no ideal de consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, na dignidade humana e na soberania popular somente veio com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.1 A constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 foi fruto da redemocratização que ocorreu após o regime militar, período marcado pelas restrições a direitos individuais, políticos e sociais da população.

Em contraposição a essa chaga à soberania popular e em consonância com as evoluções ocorridas no campo do direito e da política, o próprio artigo 1º da Constituição de 1988 assevera que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

A respeito do termo “democrático” inserto, pode sua significância vai além da simples forma de regime político vigente. Nesse sentido, vale citar as palavras de Mello (2008, p. 54):

Independentemente dos desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como titulares da soberania. Donde, resulta que Estado Democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados.

De modo semelhante, Silva (2005, Pág. 119-120) entende que o termo democracia pode ser entendido da seguinte forma:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e de ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Depreende-se que a doutrina, ao analisar o conceito de democracia inculcado no termo Estado Democrático de Direito, conclui que a mesma está relacionada à garantia e efetivação dos direitos fundamentais e do próprio conceito de dignidade da pessoa humana.

Corroborando este entendimento o disposto pelo artigo 1º da Constituição, que nos incisos II e III determina que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito; além dos incisos III e IV do artigo 3º, os quais elevam à objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

Abrem-se aspas para destacar que a concepção de cidadania está fortemente relacionada à noção de pertencimento e de direitos/deveres do indivíduo em relação à sociedade que vive. Assim, é possível depreender que a cidadania é conceito oposto à exclusão, pois representa a condição do cidadão que goza dos direitos (civis, políticos e sociais) consagrados pelo Estado, tendo acesso a uma renda que lhe permita desfrutar de um padrão de vida digno (SANTOS, 2009).

Portanto, cabe ao Estado buscar o atendimento das necessidades básicas de saúde, segurança, assistência, habitação, educação e, principalmente, dignidade do cidadão.

Nesse sentido, o legislador constitucional dispôs em seu artigo 6º, um rol direitos sociais que todo cidadão possui, quais sejam: educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Visando consumir estes objetivos e direitos, principalmente no que tange a assistência aos desamparados e marginalizados, a Constituição trouxe um título específico para tratar da ordem social (artigos 193 a 232), cujo um de seus capítulos trata especificamente da seguridade social.

Nesse diapasão, segundo o artigo 194 da Constituição, a seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Ao analisarmos o parágrafo único do aludido dispositivo legal, vemos que a seguridade social tem como objetivos a universalidade da cobertura (inciso I), uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços (inciso II), seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III), irredutibilidade do valor dos benefícios (inciso III), equidade na forma de participação no custeio (inciso IV) e diversidade da base de financiamento (inciso V).

O conceito de seguridade social passou a ser sinônimo de uma forma de proteção estruturada, a fim de ampliar a dimensão protetiva do Estado, criando

obrigações ao mesmo de ofertar ao cidadão condições de sobrevivência digna.

De imediato, destaca-se que os benefícios previdenciários dos trabalhadores rurais foram iguados aos urbanos (artigo 194, inciso II), incluindo-os na previdência (artigo 194, § 8º). Ainda, garantiu-se a concessão de benefício não contributivo aos trabalhadores com mais de 65 anos ou portadores de deficiência que possuam renda mensal inferior a um quarto de salário mínimo por pessoa (artigo 203, inciso V). Tais medidas, dentre outras, vieram a contribuir no combate à pobreza e na promoção da dignidade do cidadão (OLIVEIRA, 2014).

Em se tratando especificamente da assistência social, esta é regulamentada nos artigos 203 e 204 da Constituição, sendo que o primeiro destes dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, visando, assim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice (inciso I); o amparo às crianças e adolescentes carentes (inciso II); a promoção da integração ao mercado de trabalho (inciso III); a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV); a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Isto se dá em decorrência do fato de que é no campo da assistência social que o Estado dará suporte ao indivíduo que enfrenta situações de vulnerabilidade social e econômica. Assim sendo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, torna-se um direito social conquistado pelo cidadão que o Estado, a partir de ações e prestações positivas, promova dignidade às pessoas que dele precisam; ou seja, o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue, realizando prestações em seu favor (LENZA, 2010).

Ainda, a Carta Magna determina que as diretrizes das ações governamentais sócio-assistencialistas terão como diretrizes a descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social (artigo 204, inciso I); além da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (artigo 204, inciso II). Tais disposições demonstram a intenção do legislador em fazer com que todos os entes governamentais e a própria sociedade trabalhem em prol da efetivação dos direitos sociais e no amparo às camadas mais vulneráveis da população.

Trata-se também de um marco legal que assegurou a assistência social como um direito de todos, e assim como a saúde, sua natureza seria não contributiva,

garantindo ao cidadão a proteção do Estado mesmo quando esteja impedido de trabalhar ou contribuir financeiramente.

Todavia, não basta que a norma constitucional meramente declare estes direitos, posto que diversos destes dispositivos legais carecem de mecanismos visando sua aplicabilidade e efetividade, para que não se mostrem mera declaração de vontade. Assim, conforme enfatizado pelo ideário neoconstitucionalista, cabe ao Poder Público e aos representantes legitimamente eleitos, pautados nas diretrizes constitucionais, elaborar e implementar políticas públicas que visem a concretização destes direitos fundamentais do cidadão.

Em se tratando da assistência social, bem como outros direitos relativos a seguridade social, insta salientar que sua regulamentação para que fosse plenamente aplicada e estruturada encontrou resistência nos anos seguintes à promulgação da Constituição, o que se deu em decorrência da alta inflação, das restrições orçamentárias e também da agenda política do presidente eleito Fernando Collor de Mello, em 1989 (OLIVEIRA, 2014).

É sobre este cenário e a evolução das políticas sócio assistenciais que trataremos especificamente no capítulo seguinte.

2.2 A política social após a redemocratização e a constituição de 1988

O final da década de 1970 e início da década de 1980 foram marcados por inovações tecnológicas que alteraram os meios de produção, comunicação e transportes, aumentando o fluxo de comércio e do capital internacional, o que, conseqüentemente, reduziu o número de postos de trabalho. Tal cenário, juntamente com o envelhecimento da população (que aumentou os gastos estatais com aposentadoria e pensão), levou os cofres públicos a serem cada vez mais onerados com problemas sociais. Somando-se isso à crise do petróleo de 1979 e a redução das taxas de crescimento, a economia mundial entrou em crise, posto que as políticas estatais já não eram suficientes para amparar o crescimento do capital (HEIDRICH, 2006).

Nesse compasso, passaram a surgir instituições supranacionais visando a liberalização comercial e o combate de protecionistas, como Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) e posteriormente a Organização Mundial de Comércio, o que catalisou ainda mais surgimento e crescimento de empresas multinacionais (SANTOS, 2009).

Tudo isso levou o Estado de Bem-Estar Social a ser visto como oneroso e a sofrer questionamentos, ao passo que seus críticos defendiam que o mesmo deveria ser mínimo, ao ponto de transferir a prestação de serviços sociais, como educação e previdência social, ao setor privado (SANTOS, 2009).

Nesse diapasão, verificou-se nas décadas de 1980 e 1990 a consolidação

da alteração do padrão de produção e acumulação de riquezas. Nesse período adveio uma concentração de poder econômico das empresas multinacionais, como consequência da globalização econômica, aumentando a competitividade do mercado, o desemprego, o trabalho informal, o déficit público e, por fim, a desigualdade social e a concentração de renda (COELHO, 2009).

Os anos 80 na América Latina foram marcados pela inflação, estagnação econômica e desemprego, causados pela crise da dívida externa; no Brasil, destaca-se a transição do governo militar para o civil, num processo de redemocratização marcado por reformas políticas e tentativas de retomada do crescimento econômico. Tal situação refletiu-se nas receitas estatais advindas dos tributos e contribuições, o que levou a uma redução nos gastos sociais (OLIVEIRA, 2014).

Todavia, neste mesmo período surgiram no Brasil movimentos pró-redemocratização em oposição ao regime militar, os quais também demandavam uma maior e mais coerente proteção social por parte do Estado, pautada na universalização das políticas sociais, a fim de combater a questão das desigualdades sociais e a pobreza (SANTOS, 2009).

Assim, ao entendimento destes movimentos sociais, que chegaram a formar grupos de pressão com reflexo na assembléia constituinte, era dever do Estado o enfrentamento da questão social agravada pela conjuntura econômica e o desemprego, devendo o mesmo criar mecanismos para minimizar a concentração de renda por meio de políticas públicas que garantam a dignidade e os direitos de cidadania para sua população.

Em outras palavras, buscava-se a efetivação de direitos sociais universais, juntamente com os direitos políticos, sendo que dentre as reivindicações, destaca-se a demanda por políticas sociais descentralizadas, como resposta à centralização decisória característica da gestão militar e à corrupção (SANTOS, 2009).

Desta feita, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, atenta a estas demandas, consagrou diversos direitos sociais relativos a saúde, segurança social, assistência social, educação, cultura, trabalho, dentre outros. Assim, é possível concluir que a Constituição se tratou de um marco legal que assegurou a assistência social como um direito de todos, garantindo ao cidadão a proteção do Estado mesmo quando esteja impedido de trabalhar ou contribuir financeiramente (BARROSO, 2005).

Cabe apontar que destas normas, enquanto algumas possuíam eficácia plena (ou direta), isto é, no momento em que entram em vigor, estão aptas para produzir efeitos e não precisam de outras normas para serem aplicadas ao caso concreto, outras eram de eficácia limitada devido ao seu conteúdo programático (SILVA, 2005).

A respeito das normas constitucionais de eficácia limitada, versa Pedro Lenza

(2010, Pág. 180):

São aquelas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade reduzida.

Assim, para que diversas normas visando realizações no campo social tenham efeito, como àquelas que tratam da assistência social, cabe ao Estado agir, o que se dá tanto através de programas sociais e políticas públicas como por meio da atividade legislativa.

Todavia, em que pese os avanços trazidos pela nova constituição, verificou-se uma acentuada lentidão na forma com que foram estruturadas as políticas estatais sócio-assistencialistas. Isto porque, conforme anteriormente citado, a regulamentação destes dispositivos encontrou resistência nos anos seguintes, em decorrência da alta inflação, das restrições orçamentárias e, inclusive, a agenda política do presidente eleito Fernando Collor de Mello, em 1989 (OLIVEIRA, 2014).

Conforme é sabido, o primeiro presidente eleito por voto direto do povo, após o Regime Militar acabou por postergar a regulamentação da seguridade social, num momento caracterizado pela subfinanciamento da área social, posto que a economia brasileira, tal como dos demais países da América Latina, buscava uma estabilização monetária através da redução de gastos do Estado. Desta feita, o mandato de Fernando Collor ficou marcado pela retenção de gastos com políticas sociais e pela privatização de serviços que serviam para a proteção social e saúde. Não obstante, o legislativo federal também não tratou de forma efetiva da Assistência Social (SANTOS, 2009).

O processo de regulamentação da Seguridade Social foi retomado no governo de Itamar Franco, tendo a Lei Orgânica da Assistência Social sido aprovada em 7 de dezembro de 1993. A respeito da mesma, destaca-se que em seu artigo primeiro, o legislador definiu que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, corroborando o que já fora disposto na Carta Magna de 1988. Ademais, definiu que a assistência se trata de uma política de seguridade social não contributiva, a qual visa a promoção dos mínimos sociais aos cidadãos, e que deve ser realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A esse respeito da Lei Orgânica da Assistência Social, insta citar o versado por Oliveira (2014, Pág. 65):

É com ela que se desenha um novo quadro social e político, possibilitando uma profunda, pode-se dizer correção de rumo da história e da prática da assistência social, tornando-a uma política específica colocada no mesmo patamar das demais políticas públicas, a ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, garantindo a provisão dos mínimos sociais, visando a ação conjunta e integrada do setor público e da sociedade no atendimento às

necessidades dos cidadãos.

Nota-se que a aludida lei seguiu a diretriz estabelecida pela norma constitucional de criar um sistema participativo para a assistência social, integrando a sociedade e o governo a fim de definir as prioridades para o enfrentamento da pobreza e desigualdade (OLIVEIRA, 2014).

Esta orientação encontra-se em consonância com a própria noção de Estado Democrático de Direito tratada no capítulo anterior. Todavia, durante o mandato de Itamar Franco os investimentos sociais permaneceram submetidos às políticas de ajuste macroeconômico, de modo que os programas e as políticas públicas governamentais não eram oferecidas de maneira universal, conforme o modelo previsto na Constituição, mas focalizados em grupos específicos eleitos pela Administração Pública como os mais carentes e que necessitariam de auxílio de forma mais urgente (SANTOS, 2009).

Já nos mandatos de Fernando Henrique Cardoso, embora a princípio tenha havido um crescimento nos gastos com política social, foi priorizada a agenda econômica em detrimento da social (SALLUM JR, 1999).

A respeito deste, destaca-se a criação do Bolsa Escola (ou, Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação, criado pela Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001), um programa de transferência de renda para famílias de crianças e adolescente de baixa renda como estímulo para que essas frequentassem a escola regularmente, conforme bem disposto pelo artigo 2º, inciso II, da aludida lei, valendo citar:

Art. 2º. A partir do exercício de 2001, a União apoiará programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, que preencham, cumulativamente, os seguintes requisitos:

(...)

II - tenham como beneficiárias as famílias residentes no Município, com renda familiar per capita inferior ao valor fixado nacionalmente em ato do Poder Executivo para cada exercício e que possuam sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento;

Já durante o Governo Lula, a política macroeconômica manteve-se sem grandes mudanças quanto ao governo anterior. Entretanto, o cenário de crescente exclusão social modificou-se a partir de 2004, quando houve maior arrecadação tributária e previdenciária, decorrente do crescimento econômico. Nesse momento, o governo teve condições de inovar em suas políticas públicas, valendo destacar o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o Programa Nacional de Habitação Popular (Minha Casa, Minha Vida), dentre outros, além de dar maior ênfase nas

políticas sociais e a criação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (POCHMANN, 2011).

Destas políticas sociais, vale destacar o Programa Bolsa Família, criado pela Lei Federal n. 10.836 visando à assistência dos segmentos mais necessitados da sociedade, unificando diversas outras bolsas e auxílios criados no governo Fernando Henrique Cardoso (dentre elas, a Bolsa Escola) e recebeu alto investimento do governo federal. O aludido programa foi uma das medidas decorrentes do programa Fome Zero, criado para combater a fome e as suas causas estruturais.

Outro marco fundamental para a assistência social após a promulgação da Constituição de 1988 foi a criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que se deu pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, após a aprovação da Norma Operacional Básica de 2005 e posteriormente institucionalizado pela Lei 12.435 de 2011.

O SUAS surgiu como uma nova forma de se organizar as ações do poder público no âmbito da assistência social, visando dar-lhes continuidade, integrar os sujeitos envolvidos, programas e projetos, além definir suas responsabilidades. Em outras palavras, buscou-se por meio do Sistema único criar um mecanismo integrado e efetivo, de modo que as políticas públicas praticadas por todos entes federativos alcançasse os melhores resultados possíveis e não se desse de forma desconexa.

Ao tratar do SUAS, lecionaram Castro e Rosa (2014. Pág. 31):

No caso do SUAS o objetivo é dar organicidade ao conjunto de ações da assistência social, integrar sujeitos envolvidos, estabelecer fluxos, articular responsabilidades, organizar a oferta de serviço, benefícios, programas e projetos, integrar a rede de atendimento, enfim, produzir a cooperação entre todos os elementos para viabilizar o cumprimento efetivo das funções da política de assistência social.

Nesse diapasão, é necessário apontar que a Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011, alterou a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, a fim de constar que a gestão das ações na área de assistência social é organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (artigo 6º). Conforme é possível notar, esta alteração ratificou o caráter organizacional do SUAS, que passou a dar as diretrizes procedimentais às políticas de combate à pobreza de forma definitiva.

O mesmo dispositivo normativo supracitado trouxe os objetivos da gestão do SUAS, quais sejam: consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos (inciso I); integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social (inciso II); estabelecer as responsabilidades dos entes federativos (inciso III); definir os

níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais (inciso IV); implementar a gestão do trabalho e a educação na assistência social (inciso V); estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios (inciso VI); e, afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos (inciso VII).

Todavia, vista esta configuração recente trazida pelo Sistema Único de Assistência Social, onde é necessário um trabalho conjunto de todos os entes públicos e da sociedade, é natural que o processo de transição e implementação traga novos desafios que passam pela nossa cultura política e social. Tais desafios passam por questões burocráticas, pela falta de estrutura física e corpo técnico suficiente o atendimento à população, além da falta de comunicação entre os entes federativos e entre as políticas de assistência social, saúde, educação e cultura, o que leva as ações desenvolvidas pelo poder público a serem por diversas vezes pontuais (CASTRO; ROSA, 2014).

A esse respeito, apontam Castro e Rosa (2014. Págs. 92-93):

São muitas as tensões e conflitos tanto do ponto de vista gerencial quanto do ponto de desenvolvimento do fazer profissional. O SUAS sinaliza com inovações gerenciais, aplicação de tecnologias e redesenhos nas estruturas de gestão, antes inexistentes na área da assistência social, marcada pelo voluntarismo. São novos arranjos organizacionais conflitantes com os mecanismos de gestão burocrática da clássica administração pública expressos em rotinas e procedimentos orientados por padrões universais e homogeneizantes.

Ainda assim, é inegável que após a criação do Sistema Único a assistência social passou a ter um novo status dentro da política pátria, posto que reiterou as diretrizes firmadas na Constituição de 1988 e proporcionou de forma clara uma maneira de efetivação dos direitos sociais lá consagrados (OLIVEIRA, 2014).

Ante ao exposto, é possível afirmar que o SUAS se encontra em harmonia com o ideário do neoconstitucionalista previamente apresentado. Isto porque as normas constitucionais que enunciavam o direito à assistência aos desamparados a fim de promover a dignidade da pessoa humana, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, mas que a princípio eram meras ali meras declarações de vontade, encontraram um mecanismo que possibilitou sua aplicabilidade e efetividade.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo feito, verificou-se que a inclusão da assistência social na Constituição promulgada em 1988 garantiu como direito do cidadão que o Estado preste assistência àqueles que se encontrem à margem da sociedade e em situação de vulnerabilidade, lhes fornecendo condições de acesso aos serviços que visem a persecução de sua dignidade enquanto pessoal humana.

Tal avanço no campo dos direitos sociais e no enfrentamento à pobreza decorreu em grande parte pela conjuntura política da época e pelo neoconstitucionalismo, um novo contexto no qual a Constituição deixou de ser mera carta política e simbólica para dotar-se de maior aplicabilidade, a fim de proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Assim, os preceitos relativos à assistência social e à seguridade social são alicerçados pelo próprio artigo 1º da Constituição, que define que a República Federativa do Brasil, tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos I e II); além dos objetivos dispostos no artigo 3º de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III), e, de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Todavia, o aludido marco constitucional não é capaz de produzir efeitos de modo imediato, muito menos sozinho. Para tanto, necessita de medidas para que garantam sua efetividade na prática, seja na esfera legislativa (através de leis regulatórias), como na esfera executiva (pela aplicação de políticas públicas).

Estas medidas, entretanto, foram concretizadas de forma gradual, decorrente principalmente pela situação econômica do país e pela agenda política influenciada pelo neoliberalismo, que imperou no Brasil durante a década de 1990.

O primeiro passo importante foi a aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993, seguida pela criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), que se deu primeiramente através da Norma Operacional Básica de 2005 e posteriormente institucionalizado pela Lei 12.435 de 2011. Desde então, a assistência social passou a ter diretrizes procedimentais claras, definindo as responsabilidades dos diversos entes públicos no que tange às políticas de combate à pobreza de forma e aproximando a sociedade na avaliação e definição destas políticas.

E ainda que a implementação e aperfeiçoamento deste sistema seja trabalhoso, é incontestável que a busca pela oferta de condições mínimas de vida digna para cada cidadão entrou na agenda política do Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>.

_____. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Cajur, Teresina, ano 1, n. 6, 28 out. 2005. Página 9. Disponível em: <http://cajur.brinkster.net/artigos/arti_histdirbras.zip>.

BICCA, Carolina Scherer. **A Assistência Social após a Constituição Federal de 1988**. Uma nova fase. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/588/420>>.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2004. 7ª ed.

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

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>.

_____. **Lei nº Lei n. 10.219, de 11 de abril de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>.

_____. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar; FERREIRA; Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009. 4ª ed.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, governo e mercado**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, UFSC; Brasília: CAPES, 2009.

CANO, Ignacio. **Nas trincheiras do método: o ensino de metodologia das ciências sociais no Brasil**, in Sociologia, Porto Alegre, ano 14, n.31, set-dez,2012, p.94-119.

CASTRO, Iêda Maria Nobre de; ROSA, Mary Anne Filgueiras Porto. **SUAS – Base Teórica e Processos de Construção**. Paraná: UEPG/NUTEAD, 2014.

ENGELS, Friedrich. **A Situação da Classe Trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo: Boitempo Editora. 2008. 1ª ed.

HEIDRICH, Andrea Valente. **Transformações no estado capitalista: refletindo e refratando transformações na questão social**. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/1019/799>>.

GIMENES, Junia Garcia. Et al. **O processo de afirmação da assistência social como política social**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm>.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2012. 5ª ed.

FONTENELE, Iolanda Carvalho. **A Política de Assistência Social no Brasil: O foco na família e a questão dos mínimos sociais**. Disponível em: <www.rle.ucpel.tche.br/index.php/rsd/article/download/406/360>.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 14ª ed.

MARX, Karl. **O Capital**. Livro 1. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2008. 25 ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p. 53-63, outubro de 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2014. 9ª ed.

OLIVEIRA, Maria Iolanda de. **A Assistência Social no Brasil**. Paraná: UEPG/NUTEAD, 2014.

POCHMANN, Marcio. **Políticas sociais e padrão de mudanças no Brasil durante o governo Lula**. SER Social, Brasília, v. 13, n. 28, p. 12-40, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/5620>.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. 20ª Edição.

SALLUM JR, Brasílio. **O Brasil sob Cardoso: neoliberalismo e desenvolvimentismo**. Tempo soc. on-line. 1999, vol.11, n.2, pp. 23-47. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701999000200003&lng=pt&nrm=iso>.

SANTOS, Maria Paula Gomes dos. **Estado e os problemas contemporâneos**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração, UFSC; Brasília: CAPES, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. 25ª Edição.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de estudo e de pesquisa em administração –** Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2009.

NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITO: DISTINÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE O ECOCENTRISMO E ANTROPOCENTRISMO

Data de aceite: 12/12/2018

Vinicius Alves Pimentel Curti

Acadêmico do 2º ano da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado de Mato Grosso
Universidade do Estado de Mato Grosso
viniciuscurti.vc@gmail.com

Kléber de Souza Oliveira

Acadêmico do 2º ano da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado de Mato Grosso
Universidade do Estado de Mato Grosso
kleber_caceres@hotmail.com

Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque

Professor Doutor da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado de Mato Grosso e da
Faculdade de direito da Universidade Federal do
Mato Grosso

RESUMO: O artigo possui o embasamento teórico de algumas Constituições Latino-americanas. O Equador, como país pioneiro na transformação da natureza em sujeito de direitos, tirou a passividade da população que faz parte do meio ambiente e tornou-a ativa. Isso ocorre por meio da obtenção de direitos à Pachamama. Há algumas ações judiciais em que a natureza já é tratada com direitos, como o caso da Vilacamba. No Brasil,

a Constituição não define a natureza desta maneira pois o antropocentrismo ainda faz parte de nosso conjunto normativo, havendo fiscalização do poder público para analisar se determinado direito é interessante ou não para certo povo ou território pela qual está aquela população. Conceituaremos Ecocentrismo e Antropocentrismo, contendo pontuações divergentes entre as Constituições brasileira, equatoriana e boliviana. Ainda, há o debate conceitual, mediante muitos renomados juristas, analisado por um caminho teórico da transformação da natureza-objeto até natureza-sujeito. Além disso, vamos tratar das causas e efeitos dessa modificação em alguns quadros normativos para evitar com que o meio ambiente seja consumido pela sistema econômico atual. Ressalva-se a distinção entre sujeito de direito e natureza como objeto, ponto fundamental para a compreensão da diferença constitucional, onde iniciaremos tratando da não distinção no século XIX, por meio de Savigny, da diferença entre personalidade jurídica, pessoa e sujeito de direitos. A falta de distinção conceitual livrou muitos juristas deste debate jus-filosóficos, pela qual atualmente foi ultrapassado e adotado em doutrinas. Somado a isto, torna-se possível observar a mudança de atitude de alguns países no tratamento da Natureza, pela qual

adotam outras doutrinas que visam uma solução alternativa para um dos temas mais importantes a nível global: a preservação ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza como sujeito; Direitos da Natureza; Ecocentrismo; Antropocentrismo; Natureza-Objeto.

1 | INTRODUÇÃO

O índice de desmatamento tem crescido exponencialmente a cada ano. Os países estão se preocupando com este assunto, pois a sociedade tratou a Natureza como um recurso inesgotável. Porém, como visto, ela é esgotável e frágil mediante aos olhos do capital e do sistema econômico vigente.

Nesta linha de raciocínio, países como Equador e Bolívia acharam alternativas dentro de doutrinas jurídicas que permitem soluções distintas às outras propostas por outras nações. Esses países de origem andina levam o “Derecho a Pachamama”, ou seja, direito a Natureza. No entanto, torna-se fundamental notar a mudança de atitude ao tratar a Natureza. A transformação de coisa em sujeito é fundamental neste processo, onde a Natureza passou a adquirir direitos, inclusive podendo ser representado através das populações dependentes daquele meio para sobrevivência, evitando, assim, maiores danos à Pachamama.

Portanto, a mudança conceitual deste processo é base de transformação da Natureza. A diferença de tratamento entre as Constituições do Equador e Brasil são evidentes, onde uma há certa fiscalização dos poderes públicos e outra liberação para a população também exigir os direitos do meio em que faz parte.

2 | CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Colocando em oposição dois modelos conceituais sobre a natureza, as Constituições do Equador e da Bolívia tratam da natureza como direito da Pachamana¹.

A Constituição do Equadoriana de 2008 é pioneira no tratamento da natureza como sujeito de direito. A base legal do país foi transformadora no quesito de tratamento da Natureza.

Observa-se no art. 10 na questão da relação da população com o meio em que faz parte:

Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectividades titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

1. Este termo, segundo os povos destes territórios, é a encarregada de propiciar a fertilidade nos campos. “La Pacha Mama, es un dios femenino, que produce, que engendra. Para los quechuas, Madre Tierra, deidad máxima de los cerros peruanos, bolivianos, y del noroeste Argentino”.

Esta construção é antiga. No ano de 1855, a carta do Cacique de Seattle demonstrou a visão dos governos – influenciado por seus modelos economicos e históricos – sobre os povos e territórios em que eles vivem ². É importante notar o valor da terra para os povos tradicionais, pois o território conta a história de seus antepassados, geram frutos para sobrevivência, além de ser o local onde são expressos sua cultura e tradições.

Sobre o aspecto histórico, a história dos povos indígenas consiste em uma longa história de expropriação, assassinio e exploração desde o “descobrimento”, conduzindo ao desaparecimento de centenas de grupos étnicos, que somado ao de genocídio e de barbárie que a humanidade já conheceu (PREZIA, 1989).

No Brasil o processo histórico de construção social foi diferente, a partir de uma perspectiva eurocêntrica, colonizadora. Em oposição ao novo modelo equatoriano, o país mantém disposição antropocêntrica em relação à natureza, onde não há garantia do povo defender a natureza, tanto por de ação direta contra empresas ou pessoas físicas que não fazem bom uso do meio ambiente.

Com isso, torna-se fundamental notar o modelo econômico em que vivemos, onde o capitalismo transforma o indivíduo em mercadoria, vendendo sua força de trabalho (MIALLE,2005). Não é diferente com a natureza, onde o que importa para a economia são as riquezas que poderá propiciar ou a economia que gira ao seu redor (BENJAMIN,2011).

Ainda, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que cabe apenas ao Ministério Público assegurar a efetividade da preservação ambiental. Mesmo que o artigo 232 da Constituição permita que os povos indígenas possam ingressar em juízo pela defesa de seus direitos, o Ministério Público atua em todos os atos processuais³. Esta participação onipresente dos agentes públicos nestas demandas retira a autonomia do povo em relação ao ambiente em que vive, colocando o interesse do Estado neste caminho árduo de preservação.

Somado a isso, o artigo 225 da Constituição brasileira diz:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

2. Como pode-se comprar ou vender o céu, o calor da terra? Tal ideia é estranha. Nós não somos donos da pureza do ar ou do brilho da água. Como pode então comprá-los de nós? Decidimos apenas sobre as coisas do nosso tempo. Toda esta terra é sagrada para o meu povo. Cada folha reluzente, todas as praias de areia, cada véu de neblina nas florestas escuras, cada clareira e todos os insetos a zumbir são sagrados nas tradições e na crença do meu povo [...].

3.**Art. 232.** Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

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;

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;

V - Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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 a crueldade.

Além disso, cabe ressaltar o direito a propriedade. Atualmente, terras de comunidades indígenas ou de comunidades tradicionais são tomadas pelas forças estatais ou do mercado com o discurso político de desenvolvimento. No entanto, este “desenvolvimento” pode ter custos significativos futuramente.

Experiências recentes de tensões entre indigenistas e “índios” sobre temas do interesse destes indicam a necessidade urgente de se buscar uma sintonia para o estreitamento desta relação. Se, por um lado, torna-se impensável uma ação dos meios indigenistas a favor dos interesses indígenas sem o apoio decidido destes, por outro, não se admite que os indigenistas assistam impassíveis as escolhas desastrosas de certas lideranças indígenas, quando entregam ingenuamente nas mãos criminosas de interesseiros o futuro das próprias comunidades (ALBUQUERQUE,2008).

A partir do exposto, o poder de expressar o direito à natureza está, exclusivamente, sob controle do Ministério Público. No entanto, estudos apontam que este modelo de proteção não funciona. O Fundo Mundial para a Natureza (WWF) realizou (em 2018) uma análise feita por 50 pesquisadores em todo o mundo com base em pesquisas de 19 organizações, concluindo que no Brasil, desde 1970, 20% da Floresta Amazônica e 50% do Cerrado foram reduzidos por conta do Desmatamento.

Portanto, a diferença entre a Natureza e seus direitos nesta Constituição são bem claras. Enquanto o Equador e Bolívia tornaram a Natureza em sujeito de

direitos, o Brasil vai com uma visão antropocêntrica e de mercado, ainda que os números sobre o desmatamento mostrem que este modelo de proteção não tem cumprido sua função de preservação.

3 | NATUREZA-SUJEITO X NATUREZA-OBJETO

Para a compreensão dos conceitos de personalidade jurídica, sujeito e pessoa, retornamos ao voluntarismo jurídico. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) diz que “a ideia primitiva de pessoa, ou seja, de sujeito de direito deve coincidir com a ideia de homem, e a identidade primitiva desses dois conceitos pode-se formular nos seguintes termos: cada indivíduo e, o indivíduo apenas, detém capacidade de direito”. No entanto, igualar as noções de pessoa e sujeito na capacidade de direito livrou juristas das complexidades inerentes a vida e problemáticas jus filosóficas, sendo o século XIX o início, indiretamente, das concepções jurídicas tratando a Natureza como objeto.

O antropocentrismo é o fundamento para o Direito. Ainda que a influência clássica na doutrina esteja presente, juristas ressignificaram conceitos, dividindo e especificando personalidade, pessoa e sujeito. Com isso, Rafael Garcia Rodrigues conceitua personalidade jurídica de duas formas: primeiro conceito atribuído é coincidente com a doutrina clássica, no entanto, o segundo conceito permite igualar a personalidade como um valor objeto.

Ou seja, “personalidade seria um valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade” (RODRIGUES, 2003). Portanto, este segundo conceito, se constata que ser pessoa é algo diferente de ser sujeito de direito ou ter capacidade jurídica, podendo afastar-se da doutrina clássica do Direito.

Com essa concepção, notamos a Pachamama como mera expectadora de sua destruição. A Natureza é um bem jurídico a serviço do homem, pois conforme a visão natureza-objeto o meio adquire visão jurídica de coisa, passível de apropriação e utilização econômica (ampla ou restringida pela lei). Para essa corrente doutrinária, apenas a humanidade, representada nos seres humanos, é sujeito de direito (BENJAMIN, 2009).

O modelo econômico é fundamental para análise destes conceitos de personalidade jurídica. Michel Mialle trata que o próprio indivíduo integra a realidade de mercadoria, visto que vende sua força de trabalho (MIALLE, 2005). Ou seja, a função da personalidade jurídica é apenas para a movimentação de bens ou interesses. Sendo assim, afirma-se que a clássica definição de personalidade jurídica é definida como a aptidão do homem para ser titular de relações jurídicas,

ou seja, ser sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica ⁴.

Em paralelo ao exposto, Marcos Bernardes de Mello auxilia na lacuna referente ao sujeito de direito. Segundo ele “ser sujeito de direito é ser titular de uma situação jurídica, seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico (situação jurídica *Strictu sensu*)”. Assim, a Natureza como sujeito de direitos tornou-se algo mais palpável, como ocorreu nas Constituições do Equador e Bolívia.

Unindo-se ao conceito anterior, Fábio Ulhoa Coelho classifica sujeitos em personificados ou despersonificados e humanos e não humanos. Ressalva-se que, para o autor, a personificação não é condição para garantir direitos e obrigações. Portanto, a Natureza tem potencial para adquirir direitos assim como qualquer humano.

Observando casos concretos, retoma-se o caso Vilacamba. Neste processo (pioneiro da Natureza-sujeito), há uma relação de horizontalidade na relação jurídica. A questão importante neste contexto é a representatividade na Natureza, mesmo que nos autos processuais esteja, por exemplo, Rio Vilacamba contra Governo Provincial de Loja. Este modelo exige que a sociedade dependente daquele meio tenha capacidade para representar a Natureza.

Portanto, a resignificação de conceitos de personalidade, sujeito e pessoa foi fundamental para evoluir o Direito, mediante àquele de origem do século XIX. Com isso, a Natureza transforma-se em sujeito de direitos com base em doutrinas alternativas ao antropocentrismo, na qual deixa-a menos palpável aos olhos do capital.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção de direitos à Natureza é tratada com desprezo por muitos juristas e doutrinadores. Cabe ressaltar que antes de 1888 (fim da escravidão no Brasil), os negros eram utilizados como objetos e tratados com desprezo, mercadorias diante o capital.

Além disso, mulheres foram rechaçadas por pedir direitos de voto e igualdade, luta presente até os tempos atuais. Portanto, necessita-se de uma apreciação mais cautelosa sobre essa aquisição de direitos da Natureza, visto que o desmatamento

4. Cita-se os seguintes autores: Orlando Gomes, para que a personalidade jurídica é “um atributo jurídico. Todo homem, atualmente tem aptidão para desempenhar na sociedade em papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 133.); Arnold Wald, diz que personalidade jurídica é a “aptidão para adquirir direitos e exercer, pessoalmente ou por intermédio de terceiros, os atos da vida civil.” (WALD, Arnold. **Curso Civil brasileiro: introdução e parte geral**. 7ªed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992. p. 133.); Maria Helena Diniz, personalidade é “aptidão genética para adquirir direito e contrair obrigações” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 460); e Silvio de Salvo Venosa, que explica o conceito como “conjunto de atributos jurídicos ou aptidões, a possibilidade de figurar nos polos da relação jurídica.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552.)

tem crescido exponencialmente e povos que dependem diretamente deste meio estão sendo dizimados diante os olhos do mercado.

As Constituições do Equador e Bolívia, mediante todos os problemas que envolvia a preservação ambiental e as consequências dessa degradação para os seres humanos, transformou a Natureza em sujeito de direito. O Equador foi pioneiro nesta mudança, a partir de 2008, tem na sua Constituição exatamente esta mudança da natureza enquanto sujeito, na qual modifica algo passivo a sua própria destruição em sujeito repleto de direitos manifestados pelas populações que dela fazem parte. Com isso, esses países vertentes de debates para modelos alternativos de preservação ambiental, tornando sua base constitucional o ecocentrismo, possibilitando alternativas para manutenção e proteção de sua população e meio ambiente.

Um ponto importante nesta questão é como a natureza seria representada. Como vimos na Constituição equatoriana, a representatividade ocorre por meio dos indivíduos que fazem parte do meio. Um exemplo explícito disto é o caso Vilacamba, na qual o dono da fazenda processou a empresa por despejar dejetos causadores da erosão do rio.

A aquisição de direitos da Natureza é um processo árduo, e tem sido difícil até os tempos atuais. Desde o século XIX, Savigny livrou muitos juristas do debate sobre os conceitos de pessoa e sujeito de direitos.

No entanto, com o aprofundamento teórico, pode-se observar a distinção entre personalidade jurídica, pessoa e sujeito de direito. A partir disto, Marcos Bernardes de Mello associa ao sujeito aquele que tem capacidade de ser parte em uma ação ou ato processual, incluindo, portanto, a Natureza como sujeito com direitos.

Portanto, disponibilizar personalidade jurídica à Natureza é uma maneira de impedir as consequências pela qual tem afetado a degradação do meio ambiente. Além disso, é inegável que a barreira deste projeto de ressignificação é o sistema de mercado atual, onde a Natureza é apenas um polo passivo de uma relação totalmente desequilibrada. Assim, a constitucionalização dos direitos à Natureza representa um reconhecimento da falta de sustentabilidade de modo de vida ocidental contemporâneo (GOUVEIA, 2014).

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. BD Jur. Brasília-DF, 4 dez/2009. Disponível em: <http://bdjur.stf.jus.br/dspace/handle/2011/26184>. Acesso em: 14/04/2019

- BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito Civil; parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 460
- EQUADOR. Constituição (2008). **Constituição da república do Equador**: promulgada em 28 de setembro de 2008. 218f. Disponível em <<http://biblioteca.espeedu.ec/upload/2008.pdf> >
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 133
- GOUEIA, Claudia *et al.* **A positivação dos direitos da natureza...** *Op. Cit.*, p. 74.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3ªed. Lisboa: Estampa, 2005.
- NETTO, José de Paiva. **A Carta do Chefe Seattle**. <<https://www.paivanetto.com/pt/desenvolvimento-sustentavel/carta-do-chefe-seattle>> Acesso em: 15/04/2019
- PREZIA, Benedito; HOOANERT, Eduardo. **Esta terra tinha dono**. São Paulo: FDT/CIMI/CENILA, 1989, p. 71
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. TEPEDINO, Gustavo. 2ª ed. p. 1-34. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 2-3.
- SAVIGNY, *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do Direito Civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: EHRHARDT JR, Marcos; DIDIER JR, Fredie. **Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552
- WALD, Arnold. **Curso Civil brasileiro: introdução e parte geral**. 7ªed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

O DEVER-PODER DE POLÍCIA LEGITIMADO PELO DEVER-PODER NORMATIVO NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Data de aceite: 12/12/2018

Eduardo Neineska

Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná e Especialista em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR.
Ponta Grossa - Paraná

RESUMO: O direito ambiental como ciência autônoma possui princípios e métodos próprios, contudo, utiliza-se de conceitos de demais ramos do direito, como o direito administrativo. Este trabalho analisa o tema do dever-poder normativo e o dever-poder regulamentar como função normativa do Poder Executivo e sua relação com o exercício do poder de polícia em direito ambiental. Sob o prisma do direito ambiental, em especial sobre os princípios da prevenção e precaução, busca-se dentro dos ditames constitucionais, demonstrar a necessidade do regulamento técnico em direito ambiental como objeto de atuação do Executivo. Se tem em normas gerais que versam sobre vedações ou condutas a serem adotadas pelos administrados, verdadeiros fundamentos para a utilização do dever-poder normativo técnico. Analisando, ainda, a extensão do poder normativo técnico ambiental, operacionalizado

por meio de resoluções do CONAMA, dentro de seu fundamento e inserido no direito ambiental, bem como os limites do poder-normativo e do poder de polícia frente ao princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiental. Dever-Poder de Polícia. Normativo. CONAMA. Limites.

THE DUTY-POWER OF POLICE

LEGITIMATED BY THE NORMATIVE DUTY-POWER IN BRAZILIAN ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT: Environmental law as an autonomous science has its own principles and methods, however, it uses concepts from other branches of law, such as administrative law. This paper analyzes the issue of normative duty-power and the duty to regulate as a normative function of the Executive Branch and its relation to the exercise of police power in environmental law. Under the prism of environmental law, in particular on the principles of prevention and precaution, it is sought within the constitutional dictates, demonstrate the need of the technical regulation in environmental law as an object of the Executive's performance. If it has in general norms that deal with fences or conduits to be

adopted by the administered, true foundations for the use of the technical normative duty-power. Analyzing, also, the extension of the normative technical and environmental power, operationalized through resolutions of CONAMA, within its foundation and inserted in the environmental law, as well as the limits of the normative power and the police power in front of the principle of legality.

KEYWORDS: Environmental. Police Duty-Power. Normative. CONAMA. Limits.

1 | INTRODUÇÃO

O direito ambiental é fonte de conflitos entre o estilo de vida propagado pelo estágio econômico da sociedade e o molde de direitos sociais constitucionalmente previstos. Surge para o Estado a obrigação de legislar, exercendo assim uma de suas atividades políticas preponderantes, para trazer para os indivíduos um norte de atuação diante da necessária adequação do direito ambiental na sistemática jurídica.

Porém, cada vez mais vezes legislações genéricas, que se preocupam em apenas traçar parâmetros subjetivos de proteção ou disciplinas de direitos. Neste contexto é que é chamado o Poder Executivo a complementar às leis, com o fim de dar a estas a fiel execução, adequando as previsões genéricas do legislador ao interesse público, o exercício do dever-poder normativo e do dever-poder regulamentar.

Nesse contexto, tendo o Poder Executivo um maior aparelhamento técnico do que o localizado no Poder Legislativo, por vezes as legislações emanadas demandam regulamentação, seja através do dever-poder normativo, seja através do dever-poder regulamentar.

O Poder Executivo, dentre as várias possibilidades que surgem para proteger e regulamentar o direito ambiental, adota medidas de poder normativo, prerrogativa constitucional deferida à Administração para o aprimoramento do ordenamento jurídico em coaduno com o exercício do poder de polícia decorrente deste, tecendo verdadeiras leis sobre restrições de direitos fundamentais.

A situação acaba por apresentar dois enfoques principais, em primeiro momento as normas secundárias, emanadas do Poder Executivo e a atuação deste Poder na restrição aos direitos fundamentais em prol de interesses coletivos e posteriormente, a procura por soluções possíveis para o engessamento das posturas Administrativas frente a morosidade legislativa e o dinamismo social.

E por fim, diante da atual falta de respeito das limitações aos Administradores Públicos em sua atuação, bem como na impossibilidade de inovarem no ordenamento, na limitação de direitos individuais em prol de um alegado interesse público, apontando mecanismos suficientemente relevantes para que o Poder

Executivo possa de fato Administrar o Estado, sem recorrer a práticas ilegais para tanto, influenciando a maneira de pensar dos Administradores frente aos problemas concretos enfrentados todos os dias.

O presente trabalho foi elaborado seguindo os métodos teleológico e dialético, buscando dentro de uma análise de ideias e contrapontos a finalidade das normas jurídicas relacionadas ao tema proposto. Trata-se de pesquisa aplicada do tipo descritiva com abordagem qualitativa. Quanto aos meios de investigação, será utilizada a revisão bibliográfica, com a formação de um referencial teórico sobre assuntos em relação direta ao tema, cujos dados consistem de coletadas em periódicos, artigos, dissertações e teses.

A metodologia acima demonstrada tem relevância com o tema do trabalho, já que dentro de uma temática de atuação administrativa, passa-se a adentrar no estudo do dever-poder regulamentar e do dever-poder normativo, sua origem legal, bem como a forma de identificação da possibilidade ou não do exercício dos citados deveres-poderes e sua relação em direito ambiental com o exercício do dever-poder de polícia.

Este trabalho, guarda relevância em seu tema trabalhado, já que aborda, mesmo que de maneira inicial, a temática das funções estatais, e suas atitudes de interferências e cooperações, na busca por um melhor gerenciamento do poder público através de seus órgãos.

Bem como dá uma abertura maior no campo ambiental, o qual encontra atualmente em nosso ordenamento rol de regulamento e normas administrativas das mais vastas e amplas.

2 | DEVER-PODER NORMATIVO ADMINISTRATIVO

Nosso ordenamento pátrio é regido, em regra, por leis, estas são os atos normativos primários, tendo seu processo de discussão e criação, em sua maior parte, no âmbito do Legislativo.

Da clássica diferenciação, se pode chamar as leis de atos normativos primários porque inovam no ordenamento jurídico, característica essa, a principal distinção entre os atos normativo exarados pelo Legislativo, frente normas administrativas¹.

Pois bem, ocorre que por vezes as leis, inovam no ordenamento, mas deixam a necessidade de complementação, pela própria natureza geral e abstrata das leis, onde se exigirá uma atuação material ou o exercício da lei depender de uma atuação da Administração.

1. LEAL, Victor Nunes. Lei e regulamento. Revista de Direito Administrativo. vol. 01. p. 371-396. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8540/7280>. 1945. p. 377-378. Acesso em: 01 de maio de 2017.

Para tanto são emitidas pela Administração diversas normas administrativas², essa competência é abrangente, pode ser exercida por Chefe do Poder Executivo, por autoridades políticas, como Ministro de Estado e Secretários de Estados e Municípios, bem como por autoridades de chefia de órgãos ou setores da Administração Pública.

Nesse contexto, surge o poder normativo da Administração, deferido pela Constituição da República aos Chefes do Poder Executivo (art. 84, IV e VI), bem como aos Ministros e Secretários de Estado (art. 87, parágrafo único, II)³.

O dever-poder normativo é toda a competência normativa da Administração Pública, enquanto o dever-poder regulamentar se insere dentro deste, e é o deferido ao Chefe do Poder Executivo, para editar normas que complementam as leis, dando fiel execução a estas de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução⁴, atesta-se assim que o dever-poder regulamentar é uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Assim, em regra, sob o enfoque material, todas as normas administrativas têm como objetivo a complementação da lei, surgem desta necessidade, contudo, o regulamento só é possível em tema que depende da atuação Administrativa, como meio de adequação da Administração no objetivo de dar fiel execução as leis⁵.

2.1 Linhas Gerais sobre Normas Administrativas.

Apontadas as diferenças entre os conceitos de dever-poder normativo e dever-poder regulamentar, convém ressaltar que as normas administrativas têm por essência a generalidade e a abstração, ou seja, não regulamentam hipóteses em específico ou casos concretos⁶.

Como já dito, temos como modalidades do dever-poder normativo, além do dever-poder regulamentar, o dever-poder normativo exercido pelas demais autoridades administrativas.

É possível afirmar, que a distinção destes atos se consubstancia, quanto a forma e em especial pelo atributo da competência. As manifestações de dever-poder normativo administrativo de competência dos Chefes do Poder Executivo e, portanto, caracterizadas como dever-poder regulamentar, são exteriorizadas através de Decreto e, por sua vez, os de competência das demais autoridades administrativas, no exercício do dever-poder normativo, em geral, são exercidas por meio de Resoluções ou Portarias⁷.

2. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 57

3. MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 82

4. PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91

5. ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. Revista de Direito Administrativo. vol. 97. p. 21-35. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32548/31364>. 1969. p. 28. Acesso em: 01 de maio de 2017.

6. PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91

7. Ibid. p. 240-241.

No aspecto do direito ambiental, o dever-poder normativo da administração pública é altamente relevante, pois, os atos exarados pelas autoridades administrativas, com caráter geral e abstrato são amplamente aplicados, e tem sua previsão expressa na legislação, como o caso da Lei nº 6.938/81, que prevê em seu art. 8º, em especial nos incisos VI e VII a competência do CONAMA, para editar normas, critérios e padrões, em clara regência do dever-poder normativo administrativo.

2.2 Dever-Poder regulamentar e normativo e seus aspectos elementares

Diante da necessidade de um estudo pormenorizado destes institutos, passará à análise de ambos em conjunto, diante da sua semelhança, sendo inclusive um gênero do qual o outro é espécie.

2.2.1 Fundamento e Exercício

O dever-poder regulamentar é instrumento, previsto no art. 84, inciso IV da Constituição da República de 1988.

Consiste no dever de complementação da legislação para sua melhor execução, com sua integração à prática administrativa:

é o ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do chefe do poder executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública⁸.

O regulamento, portanto, é uma complementação da legislação, trata-se de um aperfeiçoamento dessa às práticas adotadas pela Administração, como uma medida necessária para a melhor compreensão dos ditames legais pelos particulares, mas sempre com o objetivo de dar uma melhor – ou fiel – execução para as leis.

Trata-se de um ato normativo derivado, que visa “explicação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da práxis”⁹.

Ressalte-se que não é necessário existir menção expressa do legislador para que emerja o dever-poder regulamentar, este é oriundo pelo simples fato da Administração encontrar um ponto da lei que seja constatada a necessidade de uma regulamentação para sua fiel execução.

Cita-se como exemplo, para elucidar o que se aponta o Decreto nº 6.514/2008¹⁰, que regulamenta essencialmente as infrações administrativa ambientais e estabelece

8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 311.

9. REALE, Miguel, p. 14 *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

10. BRASIL (União). Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Quando ao regulamentar a Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 6.938/81, o faz sem qualquer menção expressa na Lei.

Diferentemente do que faz em relação outros casos, com a necessidade da manifestação Administrativa por meio do dever-poder Regulamentar já exposta na própria legislação, como é o caso do art. 80 da Lei nº 9.605/98¹¹:

Art. 80. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

Como se vê a manifestação do dever-poder regulamentar surgirá, seja por expressa disposição legislativa, seja pela constatação por parte da Administração de que a legislação necessita de complementação para sua correta aplicação.

A mesma questão se aplica a hipótese de exercício do dever-poder normativo, que como se viu, poderá ser exercido por Ministros de Estado, bem como Secretários Estaduais e Municipais, com objetivo de dar execução às leis, decretos e regulamentos, através de instruções.

2.2.2 Limites e Controle

No aspecto da definição dos limites e controles do dever-poder normativo, entendido como gênero do qual o dever-poder regulamentar é espécie, a própria Constituição da República¹² é categórica à elencá-los, nos exatos termos dos artigos 84, IV e 49, V, bem como no art. 87, parágrafo único, II.

Assim, devem os atos normativos estarem restritos apenas a dar fiel cumprimento da lei em essência.

Isso significa dizer que ao dever-poder normativo não cabe a inovação no ordenamento ou que se contrarie dispositivo legal, devendo ser exercido segundo a prescrição legal e nos limites estabelecidos por esta, não podendo assim, via de regra, criar direitos e obrigações, mas apenas regulamentar o exercício de direito ou a forma de obrigações, com a estipulação de condutas acessórias¹³.

Convém mencionar que o dever-poder normativo pode mesmo como ato normativo derivado, estabelecer obrigações aos particulares, contudo, tais obrigações só devem ter caráter subsidiário. Não seria constitucional a inovação ou criação de obrigações originárias, função essa dos atos normativos primários. Nesse sentido explanada José dos Santos Carvalho Filho:

Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária adequação às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as

11. BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

12. BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

13. CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 60

normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Essa obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada na lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal.¹⁴

Desse trecho, pode-se afirmar que sofrem de patente ilegalidade, os decretos e resoluções, que, sob a égide de pretensão exercício do dever-poder normativo, criam, alteram ou instituem direitos ou obrigações, já que inovando na ordem jurídica, o Executivo, por meio de dever-poder regulamentar estaria fazendo as vezes do legislativo.

O que se deve ter em mente é que:

só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos, de modo que são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de delegações disfarçadas oriunda de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas¹⁵

Ademais, importante mecanismo surge, quando se verifica que o dever-poder regulamentar de fato, foi exercido além de sua competência, inovando no ordenamento jurídico, cabendo ao Congresso Nacional, sustar seus efeitos naquilo que o Regulamento exorbite sua competência¹⁶.

Portanto, o dever-poder regulamentar, em sua acepção contemporânea é de grande relevância para à Administração, bem como para o Estado como um todo, sendo condicionado à observância da legislação em vigência.

2.3 Regulamentos técnicos como cláusulas necessárias na legislação atinente à Administração Pública

Passados os conceitos fundamentais em relação ao dever-poder normativo, viu-se em linhas gerais, contudo, tendo em vista a complexidade das matérias legisladas e atinentes à atividade Administrativa, cada vez é mais comum vermos em nosso sistema jurídico o que se chama de Regulamentação Técnica.

A regulamentação técnica decorre do reconhecimento por parte do Legislativo de uma incapacidade para tratar de assuntos altamente complexos, e reservando-se a traçar de maneira genérica uma conduta a ser tomada pela Administração, deixando para essa, não somente a atuação em concreto, baseada na vida fática, mas também a complementação da legislação em abstrato, com a estipulação de conceitos altamente técnicos, para a fiel aplicação da legislação da melhor maneira

14. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos Carvalho. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 58

15. Id.

16. BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Art. 49.

possível¹⁷.

Nesse aspecto, diante de um olhar necessariamente mais gerencial sobre a legislação que disciplina o Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho bem apresenta o conceito de regulamentação técnica:

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. Por esse motivo, há estudiosos que o denominam de poder regulador para distingui-lo do poder regulamentar tradicional¹⁸.

Como se vê o dever-poder normativo tem hoje, importante função de dar eficiência para à Administração e diga-se, efetividade para a legislação técnica.

Tal mudança no entendimento das funções do dever-poder normativo, é um reflexo de uma mudança completa em todo o Direito Administrativo, notadamente pela inserção do princípio da eficiência no rol dos princípios fundamentais da Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição da República.

O princípio da eficiência é marco da mudança do Estado Burocrático para o Estado Gerencial¹⁹, nesse sentido, deve ser entendido como uma orientação para toda atuação da Administração, visando sempre a obtenção dos melhores resultados, com uma estruturação que volte a Administração toda para que, respeitando a legalidade e demais princípios, se atinjam os resultados – em última análise, a satisfação do interesse público – da maneira mais completa e econômica possível²⁰. Passou-se a abandonar o apego aos procedimentos para priorizar a obtenção dos resultados, respeitados os demais ditames atinentes à Administração²¹.

Apesar do principal ponto da regulamentação técnica hoje ser encontrado nas competências das agências reguladoras, que como se sabe são fruto também da reforma gerencial do Estado, onde o estado passa a atuar minimamente como protagonista no mercado, assumindo a função de regulador e fiscalizador, expedindo normas de maior conteúdo técnico para o mercado, esta regulamentação também passa a ser objeto da própria Administração Pública, que conta, dentro de sua estrutura direta, órgãos especializados, como os Ministérios em âmbito Federal e as Secretarias em âmbito Estadual e Municipal.

De fato, o Legislativo não só vincula, como é fundamento para toda atuação administrativa²², mas, no entendimento mais contemporâneo deve-se deixar para o Executivo, devidamente aparelhado a definição de conceitos técnicos de aplicação

17. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 57

18. Ibid. p. 56

19. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 47-58.

20. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

21. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. Revista Direito. v. 2, n. 4. Rio de Janeiro: 1998. p. 37-38.

22. MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014..p. 62

eminentemente prática, preservando assim a natureza de abstração da legislação.

Ressalte-se que em coaduno com a regulamentação técnica, surge também o que se convencionou chamar de discricionariedade técnica, que consiste não somente na regulamentação voltada para conceitos técnicos, mas também uma valoração, dentro de margem para escolha, de uma opção tecnicamente mais viável. Assim as decisões com alta nível de complexidade técnica, que exijam perícia em determinado assunto seria de livre manifestação dentro desta técnica, desde que não eivada de erro crasso²³.

3 | A RELAÇÃO ENTRE OS DEVERES-PODERES NORMATIVO E DE POLÍCIA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Pois bem, o dever-poder normativo, tem contornos especiais no direito ambiental, onde a Administração Pública emprega meios técnicos ambientais para regulamentar de maneira pormenorizada a gestão do direito ambiental como todo.

Por sua vez, o dever-poder de polícia, instituto atinente a própria ideia de Estado, surge como instrumento de prevenção e coerção, atribuindo especialmente, concretude as normas de direito ambiental.

3.1 O dever-poder de polícia

O dever-poder de polícia é para a legislação tributária

atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos²⁴.

Trata-se de conceito abrangente, com diversos temas de conteúdo aberto, mas que encontra na doutrina, como nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, conceito, sendo definido como

a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo²⁵

23. ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1949 apud FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. *Revista de Informação legislativa*, n 203. Ano 51. p. 143-164. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507410/001017669.pdf?sequence=1>>. Acesso em 03 de abril de 2017. p. 144.

24. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Art. 78.

25. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 830

Pode-se ver claramente a intenção do autor, que descreve o dever-poder de polícia, como atividade oriunda da lei, pelo meio do qual a Administração Pública condiciona os direitos de liberdade e propriedade, através de uma imposição de abstenção para preservar direitos de âmbito coletivos.

Por conta da submissão do dever-poder de polícia a legislação, esse é dotado de atributos para seu exercício, em especial e de maneira inconteste: a coercibilidade e a autoexecutoriedade.

A coercibilidade se traduz na imposição coercitiva dos atos de polícia administrativo, ou seja, da possibilidade da Administração de impor estes atos ao administrado²⁶. A coercibilidade, apesar de elemento de extremo relevo para a aplicação do dever-poder de polícia é elemento do atributo da autoexecutoriedade, que é a possibilidade de a Administração Pública executar as ações de polícia sem a necessidade de permissivo judicial prévio²⁷.

Em especial sobre a autoexecutoriedade o princípio da legalidade é elemento autorizativo, ou seja, a Administração Pública poderá executar a medida de polícia administrativa diretamente, apenas mediante lei expressa permitindo tal conduta²⁸.

3.2 Dever-poder de polícia e direito ambiental

O dever-poder de polícia como se viu, é instrumento de limitação ou conformação da propriedade ou liberdade privada por meio de atividade ou normas, para a preservação de direito social, devidamente protegido em lei.

Necessário que se diga que “o campo de atuação do dever-poder de polícia originariamente restringia-se à segurança, moralidade e salubridade, expandindo-se atualmente para a defesa da economia e organização social e jurídica, em todas as ordens imagináveis”²⁹, indubitavelmente incluindo a proteção ambiental no bojo dos direitos e ordens a serem defendidos e conformados pelo dever-poder de polícia, por gozar este inclusive de proteção constitucional.

Acerca do dever-poder de polícia, diante da necessidade da garantia e manutenção de um meio ambiente equilibrado, diante de décadas de comprometimento do mesmo são adotadas medidas de polícia, sejam de prevenção, repressão ou correção, e no Brasil em especial, recaindo tais medidas de polícia sobre os setores de atmosfera, água, flora e fauna³⁰.

Com referência aos setores tutelados, pode-se distinguir, didaticamente, a

26. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 91.

27. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. 127-128.

28. CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.

89. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 128. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 835.

29. MACHADO. Paulo Affonso Leme Machado. Direito ambiental brasileiro. 21 Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 385.

30. MOREIRA NETO. Diogo Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 547.

polícia da atmosfera, a polícia das águas e dos oceanos, a polícia da flora e a polícia da fauna.

Ademais em direito ambiental, além dos princípios norteadores do tema, deve-se de sobremaneira dar atenção a dois princípios específicos no momento da utilização do dever-poder de polícia pela Administração: a prevenção e a precaução.

Nesse sentido o Direito Ambiental, quando se refere a precaução busca atingir a “suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. O emprego deste princípio está anterior à manifestação do perigo”³¹, por sua vez, na prevenção atua quando o dano ambiental é passível de ser predito, ou seja, é verificável a possibilidade de dano, há pesquisa científica, dados e demais elementos sobre os danos e consequências do ato³².

Estes são dois princípios que se relacionam diretamente com a gestão da polícia administrativa, pois são via de regra, os extremos da atuação ambiental, onde se necessita da intervenção estatal para a compatibilização do exercício dos direitos individuais frente a proteção do direito difuso de meio ambiente.

Pois bem, dessa forma, as normas ambientais inserem a utilização por parte da Administração do dever-poder de polícia quando da prevenção, precaução ou até mesmo punição dos danos ambientais.

Em especial, como principais normas autorizadoras do exercício do dever-poder de polícia, por seu caráter de proteção genérico, temos as Leis Federais nº 9.605/98³³ e 6.938/1981³⁴, que legitimaram a criação do Decreto Federal nº 6.514/08.

O Decreto 6.514/08, é expresso, prevendo o exercício de medidas de polícia administrativa³⁵.

Contudo, diversos são os mecanismos que legitimam a atuação do dever-poder de polícia ambiental fora do âmbito legal ou regulamentar, como as resoluções e atos normativos similares, trazendo à tona o necessário questionamento acerca da validade das medidas de polícia administrativa ambiental baseadas única e exclusivamente, ou mesmo, extrapolando a competência legal para tanto.

3.3 Limites do dever-poder de polícia e aplicação no direito ambiental.

Dentro deste contexto é necessário ressaltar que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas

31. DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

32. MACHADO. Paulo Affonso Leme Machado. Direito ambiental brasileiro. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122.

33. BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

34. BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

35. BRASIL (União). Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Art. 101.

leis³⁶. A lógica é que o dever-poder de polícia, ao disciplinar o exercício de direito individual de propriedade e liberdade encontra uma barreira lógica, qual seja, a própria existência desses direitos.

O ponto principal sobre os limites do exercício do dever-poder de polícia é a indissociável ideia, não só do instituto de polícia administrativa, bem como de toda Administração que sua vinculação e demarcação pela lei, instrumento que legitima e limita toda a atuação de polícia. Deve ainda se pautar pela moralidade e a existência dos direitos e liberdades individuais e públicas³⁷.

O dever-poder de polícia, atua dentro do espectro de direitos individuais, e diante da notória relatividade não só desses, como do próprio exercício de polícia, que não possui como característica ser ilimitado ou desprovido de qualquer justificativa, pelo contrário, deve a polícia respeitar e garantir a existência do direito de propriedade e liberdade, sem utilização abusiva, desarrazoada, sob pena da Administração agir em abuso de poder.

A limitação do dever-poder de polícia é muito mais abrangente do que apenas respeito à lei, apesar de ter essa como norte inicial, deve o dever-poder de polícia criar condições materiais para a coexistência de liberdades individuais e a manutenção de direitos de cunho social ou difuso³⁸.

Como de forma categórica afirma Cretella Junior:

de modo genérico, o respeito à legalidade, à Constituição, às leis vigentes são as barreiras intransponíveis, que se erguem contra o exercício arbitrário do poder de polícia, concretizado na ação policial. Em uma só palavra: a *legalidade* é o limite ou barreira da ação policial. De modo específico, os 'direitos do cidadão', privados ou públicos, as "prerrogativas individuais" e as 'liberdades públicas'³⁹.

Essas barreiras, devem necessariamente ser observadas no exercício do dever-poder de polícia sob pena de incorrer a Administração em evidente abuso de poder, e conseqüente vício no ato administrativo, correndo por vezes em evidente ilegalidade.

4 | O DEVER-PODER NORMATIVO E A REGULAMENTAÇÃO TÉCNICA COMO FUNDAMENTO PARA O EXERCÍCIO DO DEVER-PODER DE POLÍCIA

Tem-se que importante mecanismo inserido no direito ambiental, consistente no exercício do dever-poder de polícia pelo Estado, tem sua legitimidade na lei, em sentido formal, pois é, como qualquer ato da Administração Pública, e em especial os atos de restrição e regulamentação de direito e liberdades individuais pautado

36. CRETILLA JUNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 601.

37. LAZZARINI, Álvaro. Limites do Poder de Polícia. Revista de Direito Administrativo nº 198 p. 69-83. Rio de Janeiro: FGV, 1994. p. 80

38. CRETILLA JUNIOR, José. Polícia e Poder de Polícia. Revista de Direito Administrativo nº 162 p. 10-34. Rio de Janeiro: FGV, 1985. p. 31.

39. Id. p. 32.

no princípio da legalidade.

Por certo, que o direito ambiental se encontra inserido nas matérias relacionada ao Direito Público dentro de nosso ordenamento, com uma ligação especial em relação ao Direito Administrativo, sendo utilizado desse, os instrumentos e regramentos inicialmente empregados em direito ambiental, era o meio ambiente visto em ponto inicial, como âmbito de necessária atuação do Estado, contudo, após a verificação de inadequação desses instrumentos passou o Direito Ambiental, como ciência atrelada ao direito, a promover uma vasta gama de princípios, leis, com atuação definida com sistemas e métodos de pesquisa definidos⁴⁰.

4.1 Regulamentação Técnica e o Exercício de Poder de Polícia Ambiental

Pois bem, ocorre que em direito ambiental, por vezes, a regulamentação técnica, ou como querem alguns, a manifestação do dever-poder normativo, ainda se encontra vinculada ao Direito Administrativo, porque, baseada em órgãos, conduzida por estes e assim sendo por vezes fonte de restrições, punições ou incutindo aos particulares obrigações que restringem direitos e liberdades individuais, ou pode-se afirmar, que em direito ambiental o dever-poder normativo institui ao Estado obrigação de polícia.

A tutela Administrativa do direito ambiental tem como fundamento além da repressão, coibir as atitudes lesivas ao patrimônio ambiental.

Contudo, a atividade administrativa fiscalizatória ambiental, é atividade de polícia da Administração, tem como fundamento expresso a legalidade em sentido estrito, assim “a aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do dever-poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido por lei como infração administrativa”⁴¹.

Nesse aspecto, a responsabilidade administrativa ambiental é prevista através da Lei Federal nº 9.605/98, que de forma genérica, afirma que “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”⁴², e como se vê, a legislação sobre o tema prevê, de maneira abstrata o que se considera como infração administrativa, prevendo ainda, as punições administrativas a serem impostas e graduadas em rol expresso na citada Lei⁴³.

Neste caso o tema enquadra-se perfeitamente em uma das funções apontadas para o Dever-poder Regulamentar pela doutrina: “a) solucionar a execução da lei,

40. VILLARES. Luiz Fernando. O poder normativo do CONAMA. Rev. Jur., Brasília, n. 90. p.01-11, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/258/246>. Acesso em 14 de maio de 2017. p. 02-03.

41. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1284558/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012

42. BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Art. 70.

43. Id. Art. 72.

quando for o caso; b) facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e acomodar o aparelho administrativo para bem observá-la e c) incidir no campo da discricionariedade técnica”⁴⁴.

Em especial a segunda função se faz necessária diante do prescrito no art. 70 e no art. 72 anteriormente apontados, para tanto o Presidente da República expediu o Decreto Federal nº 6.514/08, que “dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências”⁴⁵. O Decreto Federal nº 6.514/08 é expressão clara do dever-poder regulamentar, com o objetivo de dar execução a vontade legislativa, portanto, dotado de legitimidade formal e em plena vigência.

O posicionamento do STJ sobre o tema é claro:

No campo das infrações administrativas, exige-se do legislador ordinário apenas que estabeleça as condutas genéricas consideradas ilegais, bem como o rol e limites das sanções previstas, deixando a especificação daquelas e destas para a regulamentação por meio de Decreto. De forma legalmente adequada, embora genérica, o art. 70 da Lei 9.605/1998 prevê, como infração administrativa ambiental, “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. É o que basta para, com a complementação do Decreto regulamentador, cumprir o princípio da legalidade, que, no Direito Administrativo, não pode ser interpretado mais rigorosamente que no Direito Penal, campo em que se admitem tipos abertos e até em branco”⁴⁶.

Não se trata de desrespeito ao princípio da legalidade, já que as sanções administrativas estão previstas em lei, o Decreto Regulamentar, portanto, tem como função apenas complementar o âmbito de atuação da lei, dando fiel execução a legislação em comento⁴⁷.

Como se vê, em sua maioria, quando se trata do exercício de dever-poder de polícia baseado em infrações lesivas ao meio ambiente, o posicionamento atual do STJ é do cabimento expresso da utilização do dever-poder regulamentar para fins de definir as condutas punidas administrativamente, mesmo que previstas apenas genericamente nos art. 70 e 72 da Lei Federal nº 9.605/98.

4.2 O Regulamento técnico e o princípio da Legalidade.

Contudo, deve-se apontar outro elemento essencial no que tange ao dever-poder normativo do Executivo, quanto este serve de fundamento para a regulamentação técnica da legislação de regência, tratando-se da

44. SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica. Rev. Jur, Brasília, n. 90, p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/30/24>. p. 08-09. Acesso em: 14 de maio de 2017.

45. BRASIL (União). Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

46. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1137314/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/05/2011 Voto p. 4.

47. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1080613/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009.

terceira função identificada - incidir no campo da discricionariedade técnica – constitui, em termos gerais, a principal atribuição do CONAMA, que, mediante recurso, em geral, a outros ramos do saber, edita atos normativos com o objetivo de dar a devida concretização e execução à legislação. A função do regulamento, neste sentido, é a de, por meio de conceitos outros que não jurídicos, explicitar, as normas previstas na lei formal. A legislação ambiental é complementada por Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA⁴⁸.

A legislação federal sobre o tema, nos traz importante reflexão acerca dos limites de regulamentação ambiental dos órgãos de normatização técnica de direito ambiental, voltando os olhos para o Conselho Nacional do Meio Ambiente instituído através da Lei Federal nº 6.938/81, com diversos mecanismos de polícia e regulamentação técnica em matéria ambiental.

A previsão do CONAMA bem como seu âmbito de atuação foi delimitada pela Lei Federal nº 6.938/81, que tem a previsão de exercício por parte do CONAMA do exercício claro da regulamentação técnica, vejamos:

Art. 8º Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; (...) VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes; VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos⁴⁹.

Oriundo dessa prerrogativa legal, o CONAMA passou a exercer desde sua criação uma função eminentemente legiferante, traçando diversas normas e critérios em matéria ambiental, muitas com conteúdo de criação de obrigações a particulares, tantas outras sem uma lei em sentido formal anterior⁵⁰.

Sendo certo que em matéria ambiental a flexibilização da exigência de legislação em sentido formal tomou para si uma postura peculiar na regulamentação de situações de restrições de obrigações, os órgãos componentes do SISMANA, e em especial o CONAMA, através de resoluções, passou a atuar com grande impacto na regência da matéria. Nesse ponto, o tema principal acerca da possibilidade ou não da existência jurídica dessas normas em face da Constituição deve ser permeada caso a caso, em especial com a investigação até que ponto não seria necessário a existência de lei específica⁵¹ e até que ponto a regulamentação técnica não invadiria esse âmbito de exclusividade formal, destinado a normas emanadas diretamente do Poder Legislativo.

O fato é que, as regulamentações técnicas vêm sendo abordadas sob dois

48. SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica. Rev. Jur, Brasília, n. 90, p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/30/24>. p. 08-09. Acesso em: 14 de maio de 2017.

49. BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

50. SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica. Rev. Jur, Brasília, n. 90, p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/30/24>. p. 05. Acesso em: 14 de maio de 2017.

51. SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros. 1997.p. 144

enfoques, a restrição no aspecto formal e a legitimação material

No que tange a legitimação no aspecto material, pode-se dizer que os sistemas de cooperação como é o SISNAMA “não se estruturam sob os limites estreitos dos entes da Federação, mas, são fórmula de coesão para as políticas públicas, evitando que os esforços corram em sentidos diversos ou mesmo que paralelamente, num desperdício de recursos e iniciativas públicas”⁵².

Tal ideal em tema de direito ambiental, encontra substrato legal, em especial na Lei Complementar nº 140/2011⁵³ que, em especial, institui normas de cooperação entre os entes federativos para exercício da competência comum relativa a proteção ambiental.

Pois bem, legitimado o CONAMA à expedir resoluções com o cunho de exercício de poder normativo técnico, com o objetivo de inserir no contexto das normas de direito ambiental métodos, sistemas e condutas próprios da ciência ambiental, devidamente legitimado na Legislação argumenta-se que

Não parece lógico, política e juridicamente, que as resoluções do CONAMA sejam consideradas menores e inferiores, hierarquicamente ou não, a ato regulamentar do Poder Executivo. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente quis dar às resoluções do CONAMA caráter uniformizador e integrativo, de norma geral ambiental, a vincular todo o sistema que lhe dá suporte. Justificar a subsunção das normas do CONAMA a ato do chefe do Poder Executivo da União ou dos Estados é também inviável politicamente, pois de um autoritarismo atroz, tendo em vista desconsiderar de modo unilateral uma decisão tomada no conjunto de representantes do Estado e da sociedade. Ademais, seria perder completamente os papéis integrativos e unificadores que são a própria essência das resoluções⁵⁴.

O enfoque aqui é que o CONAMA é composto por integrantes da União Federal, Estados, Municípios, bem como da própria sociedade civil, nos termos do art. 4º do Decreto Federal nº 99.274/90⁵⁵ e neste aspecto, encontra-se novo fundamento para a relevância sob o enfoque material das Resoluções do CONAMA e uma suposta legitimação para essa extrapolar normas de cunho regulamentar.

No aspecto formal das resoluções exaradas pelo CONAMA

enquanto forem regulamentados conceitos e objetos de outras áreas do conhecimento, contemplados no dever genérico de não poluir água e o ar, por exemplo, amparado pela lei federal, não há, em tese, inovação. Contudo, na medida em que os regulamentos afastarem-se destes pressupostos genéricos

52. VILLARES. Luiz Fernando. O poder normativo do CONAMA. Rev. Jur., Brasília, n. 90. p.01-11, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/258/246>. Acesso em 14 de maio de 2017. p. 9.

53. BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

54. VILLARES. Luiz Fernando. O poder normativo do CONAMA. Rev. Jur., Brasília, n. 90. p.01-11, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/258/246>. Acesso em 14 de maio de 2017. p. 10.

55. BRASIL (União). Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

e criarem condutas típicas específicas ou sanções não previstas na lei, o Poder Regulamentar afastar-se-á da sua função precípua⁵⁶.

Os tribunais vem aceitando a possibilidade do exercício do dever-poder regulamentar pelo CONAMA, cita-se como exemplo, decisão proferida no STJ, onde se decidiu que “verifica-se que possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, não havendo o que se falar em excesso regulamentar (...), no sentido de que os limites traçados pela norma regulamentadora para a construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos”⁵⁷.

Ocorre que o referido acórdão apresenta como fundamento em seu voto condutor que “a resolução nada mais fez do que dar boa aplicação à legislação ambiental, tarefa permitida ao Poder Executivo, conforme se extrai, lato sensu, do art. 84, IV, da Constituição da República que permite ao Chefe do Poder Executivo “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”⁵⁸.

Assim, não há que se falar em transbordar a competência que lhe foi confiada, pois o texto legislativo não encerra dúvidas no sentido de conferir ao Conama o dever-poder de regulamentar a edificação em áreas de preservação ambiental permanente.

Contudo, como se demonstrou, evidente equívoco do voto condutor, ao ir expressamente contra disposição prevista no art. 84, IV da CRFB, que defere ao Chefe do Poder Executivo o dever-poder regulamentar. Esse tem menor força que a lei em sentido formal, e depende da Lei para o exercício, encontra-se restrito aos ditames expostos em lei⁵⁹.

Só não se deve perder de vista que

Há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege⁶⁰

Assim ao CONAMA foi deferida competência normativa, contudo, não tem essa a mesma extensão da prevista no exercício do dever-poder regulamentar, a ser exercido pelo Executivo, as resoluções exaradas pelo CONAMA devem ser complementares a legislação formal e ao exercício do dever-poder regulamentar,

56. SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica. Rev. Jur, Brasília, n. 90, p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/30/24>. p. 08-09. Acesso em: 14 de maio de 2017. p. 09.

57. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 994.881/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 09/09/2009.

58. BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

59. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 346.

60. Ibid. p. 351.

ficando expressamente vinculados ao primeiro, e tem seu âmbito de aplicação limitado a aspectos técnicos de limitações já expressamente previstas em normas de hierarquia superior.

5 | CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo do estudo, percebe-se que o direito ambiental é campo vasto para a utilização do dever-poder normativo ou do dever-poder regulamentar, seja para a complementação de leis vagas, seja para o preenchimento do conteúdo técnico pertinente a determinada lei formal.

Visam a complementação legal para o efetivo exercício do dever-poder de polícia ambiental, que só pode ser exercido de maneira plena, quando da complementação legal por meio das normas administrativas.

Tal postulado técnico não só é permitido, como é recomendado, diante de uma temática complexa que circunda a matéria, rica de conceitos que não pertencem unicamente ao mundo jurídico, tendo em outras áreas do conhecimento uma análise tão detida, no ponto de vista técnico, quando se apresentam no direito ambiental.

Por vezes, as leis que incidem sobre o tema de direito ambiental trazem conceitos técnicos, sem defini-los expressamente, são essas regras que para sua aplicação correta necessitam de complementação de cunho regulamentar ou normativo, que, por sua vez, dão aplicabilidade às leis em sentido formal, disciplinando, inclusive como será exercido o dever-poder de polícia, podem ter como em seu núcleo, restrições a direitos, poder criar obrigações aos particulares.

A sistemática da normatização técnica em direito ambiental é amplamente utilizada, sendo inclusive legitimada pela Lei Federal nº 6.938/81 que cria o CONAMA, órgão em âmbito federal responsável por essa normatização.

Ocorre que, diferentemente do dever-poder regulamentar, exercido pelo Chefe do Executivo em cada esfera da federação, o CONAMA tem atribuição de normatização administrativa genérica, o chamado dever-poder normativo, e para tanto, não pode extrapolar os limites da legalidade, bem como do próprio regulamento administrativo.

Assim, cabe ao intérprete do direito, seja em âmbito judicial ou administrativo, observar o fundamento que legitima, tanto o exercício do dever-poder de polícia e em especial a atuação normativa ou regulamentar da Administração Pública, diante da evidente limitação desta ao princípio da legalidade.

Tais normas em especial, assim como toda a atuação da Administração Pública, tem como fundamento bem como sua limitação adstrita aos aspectos previstos em lei em sentido formal, emanada diretamente de processo legislativo constitucional, sendo o princípio da legalidade o grande norte para a condução das atividades

Administrativas e desse não podendo se dissociar.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Decreto regulamentar no sistema brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. n. 97. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32548/31364>. 1969>. p. 21-35. Acesso em: 01 de maio de 2017.

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

_____. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei Complementar nº 140**, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

BRASIL (União). **Decreto nº 6.514**, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Decreto nº 99.274**, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Polícia e Poder de Polícia**. Revista de Direito Administrativo nº 162 p. 10-34. Rio de Janeiro: FGV, 1985.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, André Dias. **A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo**. Revista de Informação legislativa, n 203. Ano 51. p. 143-164. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/507410/001017669.pdf?sequence=1>.>

Acesso em 03 de abril de 2017.

LAZZARINI, Alvaro. **Limites do Poder de Polícia**. Revista de Direito Administrativo nº 198 p. 69-83. Rio de Janeiro: FGV, 1994.

LEAL, Victor Nunes. **Lei e regulamento**. Revista de Direito Administrativo. vol. 01. p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8540/7280>>. 1945. 371-396. Acesso em: 01 de maio de 2017.

MACHADO. Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Administração pública gerencial**. Revista Direito. v. 2, n. 4. Rio de Janeiro: 1998.

_____. Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET. Ingo Wolfgang (coord.). **As resoluções do CONAMA e o princípio da legalidade: a proteção ambiental à luz da segurança jurídica**. Rev. Jur, Brasília, n. 90, p.01-25, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/viewFile/30/24>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 1997.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1284558/PB**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 05/03/2012.

_____. **REsp 1080613/PR**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009.

_____. **REsp 1080613/PR**, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009.

_____. **REsp 1137314/MG**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/05/2011.

_____. **REsp 994.881/SC**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 09/09/2009.

VILLARES. Luiz Fernando. **O poder normativo do CONAMA**. Rev. Jur., Brasília, n. 90. Disponível em: <revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/258/246>. p.01-11, abr./maio, 2008. Acesso em 14 de maio de 2017.

AGROTÓXICOS NO BRASIL: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Data de aceite: 12/12/2018

Carolyna Haddad

Acadêmica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: carolynahaddad22@gmail.com

Daniel Stefani Ribas

Acadêmico das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: danielstefani61@gmail.com

Gabriela Albuquerque Pereira

Acadêmica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: albuquerque_gabriela@yahoo.com

Raphaella Joseph Mariano e Silva

Acadêmica das Faculdades Integradas Vianna Júnior. Email: raphaellajoseph@yahoo.com.br

RESUMO: O objetivo geral do trabalho é analisar o panorama do uso de agrotóxicos no Brasil e suas violações aos direitos fundamentais, demonstrando a visível inconstitucionalidade e a consequente insegurança gerada ao ordenamento jurídico. A metodologia do presente trabalho foi bibliográfica, documental e jurisprudencial. Em um estudo com perspectiva do Direito Constitucional e Ambiental, nota-se que uso de agrotóxicos viola de preceitos constitucionais fundamentais coexistentes na Carta Magna, como a proteção dos direitos à saúde, ao meio ambiente e trabalhista que é atribuída ao Estado, além da seguridade

da Dignidade da Pessoa Humana, preceito basilar em um Estado Democrático de Direito, colocando o poder estatal em uma condição de negligência ao ignorar uso indiscriminado de agrotóxico e sua não fiscalização.

PALAVRAS-CHAVE: AGROTÓXICOS. DIREITOS FUNDAMENTAIS. NEGLIGÊNCIA ESTATAL. DIREITO AMBIENTAL.

AGROCHEMICALS IN BRAZIL: A VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The general objective of this work is to analyze the panorama of the use of agrochemicals in Brazil and their violations of fundamental rights, demonstrating the visible unconstitutionality and the resulting insecurity generated by the legal system. The methodology of the present work was bibliographical, documentary and jurisprudential. In a study with a perspective of Constitutional and Environmental Law, it is noted that the use of agrochemicals violates fundamental constitutional precepts coexisting in the Federal Constitution, such as the protection of rights to health, the environment and labor rights, which are attributed to the State, in addition to the security of the Dignity of the Human Person, a basic precept in a Democratic State of Law, placing state power in a negligent

condition by ignoring the indiscriminate use of pesticides and their non-enforcement.

KEYWORDS: AGROCHEMICALS. FUNDAMENTAL RIGHTS. STATE NEGLIGENCE. ENVIRONMENT

1 | INTRODUÇÃO

Em consonância com o artigo 5º da Constituição Federal, a inviolabilidade a vida é um direito e dever fundamental garantido pelo Estado, e a saúde está intimamente ligado a esse direito, como argumenta a Doutora em Direito Verônica Lagassi. De acordo com o estudo doutrinário do Ministro Gilmar Mendes, é plausível dizer que a máxima do Estado está pautada na tutela dos preceitos fundamentais, que estão previstos na Carta Magna, dentre eles o direito a saúde, disposto no artigo 196 e seguintes.

De modo antagônico ao que preconiza as prerrogativas legitimadas pela supremacia constitucional perante a tutela dos direitos fundamentais, o Estado atua de maneira inconstitucional, comprometendo sua função de tutela jurisdicional, gerando uma insegurança e instabilidade no ordenamento jurídico.

Dessarte, a questão norteadora do trabalho: Até que ponto o uso de agrotóxicos compromete a garantia dos direitos fundamentais?

O objetivo geral do trabalho é analisar o panorama do uso de agrotóxicos no Brasil e suas violações aos direitos fundamentais, demonstrando a visível inconstitucionalidade e a conseqüente insegurança gerada ao ordenamento jurídico. No referente trabalho, a metodologia utilizada foi bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O primeiro tópico do artigo elucida o uso dos agrotóxicos de maneira indiscriminada demonstrando os seus riscos a população. Já no segundo tópico foi feita uma análise do uso dos agrotóxicos no âmbito da saúde, trabalho e meio-ambiente. Concluindo o trabalho discorreremos sobre o uso indiscriminado dos agrotóxicos e a violação aos direitos fundamentais.

2 | ELUCIDAÇÃO DOS AGROTÓXICOS

De acordo com a renomada engenheira agrônoma e atual membro da Secretaria Executiva da Articulação Nacional de Agroecologia, Flavia Londres (2011), a indústria produtora de agrotóxicos, iniciou-se no período das grandes guerras mundiais, em que esses insumos eram utilizados para matar a vegetação, dificultando o esconderijo da parte inimiga. No período pós-guerra, esse produto ficou em desuso, para que não ocorresse então o prejuízo das empresas produtoras, o seu uso foi redirecionado para o agronegócio, contribuindo para o aumento da

produção. As técnicas e máquinas desenvolvidas nessa época corroboraram para o surgimento da chamada “Revolução Verde”, que ocorreu no Brasil nos anos de 1960 e 1970.

Acrescido a isso o aumento populacional incentivou o desenvolvimento das técnicas para produção de alimentos que suprissem a necessidade de todos, com foco nos países subdesenvolvidos e nos países em desenvolvimento. Conforme citado por Flavia Londres (2011, p. 17) em sua obra “Agrotóxicos no Brasil: um guia para a ação em defesa da vida” as consequências são apresentadas:

No cenário mundial, a FAO (Órgão das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura) e o Banco Mundial foram os maiores promotores da difusão do pacote tecnológico da Revolução Verde. No Brasil, uma série de políticas levada a cabo por diferentes governos cumpriu o papel de forçar a implementação da chamada “Modernização da Agricultura” processo que resultou em altos custos sociais, ambientais e de saúde pública.

A autora ainda evidencia que dentre as políticas utilizadas no Brasil durante esse período, pode-se ressaltar o sistema nacional de crédito rural que obrigava a compra de agrotóxico pelos agricultores para a concessão de empréstimos. Também houve um programa nacional de defensivos agrícolas que facilitou o implemento de – empresas transnacionais e desenvolvimento de empresas nacionais de insumos químicos voltadas para o agronegócio.

Segundo Felipe Betim (2018), atualmente para implementar uma nova substância no Brasil o sistema é o seguinte: ela precisa ser avaliada pelo Ministério da Agricultura, pelo IBAMA vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, e pela ANVISA, aliado ao Ministério da Saúde. O sistema atual adotado tem uma duração média de 4 a 8 anos, ainda assim o tempo é insuficiente para a análise de risco ou dose segura, não definindo também instrumentos, técnicas e parâmetros capazes de garantir o uso correto e que não cause futuros danos graves.

O redator competente deseja atualizar a legislação brasileira, com o projeto de lei número 6299 de 2002, colocando prazo para a regulamentação do uso dessas substâncias fixado em trinta dias e diminuindo a atuação dos órgãos que anteriormente eram responsáveis pela liberação. Porém deve-se considerar que em anos de pesquisa não se chegou a uma conclusão, avaliação de risco ou dose segura sobre o uso dos agrotóxicos, negligenciando o dever do Estado de zelar pelos cidadãos, deixando-os ainda mais expostos a substâncias que afligem o bem-estar. (BETIM, 2018)

Para o referido autor a PL 6299/2002, conhecida popularmente como “PL do veneno”, que objetiva reformular a lei de agrotóxicos no Brasil, abrandando os quesitos para adoção do uso de novos agrotóxicos e facilitando a comercialização desses produtos. Atuando dessa forma o Estado com uma postura inconstitucional que negligencia o dever de zelar pelo bem comum, que é um dever atribuído desde

o momento em que o indivíduo abre mão da autotutela e transfere tal poder para a máquina estatal com o objetivo de uma maior e melhor segurança de seus direitos básicos.

A legislação vigente, lei 7802 de 11 de julho de 1989, veta os agrotóxicos que em seu artigo 3º, parágrafo 6º, define que fica proibido o registro de agrotóxicos, seus componentes e afins:

- a) para os quais o Brasil não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os seus resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública;
- b) para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil;
- c) que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, de acordo com os resultados atualizados de experiências da comunidade científica;
- d) que provoquem distúrbios hormonais, danos ao aparelho reprodutor, de acordo com procedimentos e experiências atualizadas na comunidade científica;
- e) que se revelem mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar, segundo critérios técnicos e científicos atualizados;
- f) cujas características causem danos ao meio ambiente.

No Brasil, as problemáticas relacionadas aos agrotóxicos são consolidadas pelo atual Projeto de Lei 6.299 de 2002, que visa extinguir as restrições previstas anteriormente pela legislação 7802 de 1989, tornando a regulamentação mais frágil e inconsistente, violando diretrizes fundamentais, as quais estão previstas na Constituição. De acordo com o mestre e doutor Pedro Lenza (2017, p.1109), a violação de tais diretrizes prejudica a eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto de uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devem aplicar-se às relações privadas.

Pedro Lenza (2017), ressalta ainda que o Estado atua de forma inconstitucional, ou seja, que contraria os preceitos basilares do ordenamento jurídico que foram definidos pelo poder constituinte originário em 1988, infringindo as características e garantias dos direitos fundamentais, elencadas da seguinte maneira: a irrenunciabilidade, é caracterizada pela não abdicação do direito; a historicidade, parte de uma vertente histórica fruto de inúmeras revoluções; a universalidade, parte da prerrogativa que os direitos fundamentais competem a todos os seres humanos; a concorrência, é determinada pela cumulatividade, como ocorre quando “um jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, ao mesmo tempo

emite uma opinião (direito de opinião).”; alimitabilidade, estabelece que perante a ocorrência de um caso concreto pode haver a possibilidade de um conflito de interesses; a imprescritibilidade, atinge os direitos e garantias fundamentais, enquanto a prescrição atinge os direitos de caráter patrimonial; Já a inalienabilidade, pode ser definida como a indisponibilidade dos direitos e garantias previstos na Carta Magna, como, por exemplo, o direito à saúde que possui como uma de seus elementos constituintes a indisponibilidade. Por ferir esses requisitos básicos, o estado dispõe de maneira inconstitucional atuando de forma negligente perante o uso de agrotóxicos ferindo essa característica.

Em consonância com o estudo doutrinário de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017), em sua obra intitulada, “Curso de Direito Constitucional”, preconiza que os direitos fundamentais são prerrogativas essenciais no ordenamento jurídico de cada Estado sendo então garantidos ilimitados no espaço e no tempo, na medida em que cada Estado os consagra. Ao serem redigidos na Constituição Federal brasileira, esses direitos se tornam indisponíveis pelos poderes executivo, legislativo e judiciário, atingindo um status superior a estes por se tratarem de pilares sólidos e indispensáveis para o estado democrático de direito.

3 | CONSEQUÊNCIAS DOS AGROTÓXICOS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO

A utilização dos agrotóxicos geram grandes prejuízos à saúde do indivíduo que o manuseia e do que o consome, além de malefícios ao meio ambiente, sendo todos eles tutelados pela Constituição Federal. Nota-se que para garantia de tais direitos não basta que o Estado, através de seus poderes, busque a efetivação, mas também que a população seja consciente perante a imposição de tais deveres.

Com a PL 6299/2002 tramitando na Câmara dos Deputados, com a tentativa de atualizar a legislação que vela sobre os agrotóxicos, a mudança do texto normativo visa amenizar o impacto do peso que esses produtos nocivos apresentam, inclusive mudando seu nome para “defensivos fitossanitários” ou apenas “pesticidas”. Com isso, o governo brasileiro descumpra sua função de defender os direitos e interesses dos cidadãos, colocando-os em vulnerabilidade já que órgãos públicos, como a Anvisa também estão sendo afastados de maneira involuntária de suas competências que são essenciais para proteger a população que utiliza esses produtos. (OLIVEIRA, 2018)

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2017), esses direitos sociais não devem ser tratados apenas como normas programáticas, ou seja, que são incapazes de produzir efeitos. De acordo com o autor, esses preceitos devem ser vistos como diretrizes a serem seguidas pelo

ordenamento jurídico como um todo, pois caso isso não se concretizasse a força normativa da Constituição seria negada.

3.1 Análise do uso dos agrotóxicos no âmbito saúde

A proteção ao direito à saúde é assegurada pela Carta Magna, no seu artigo 126:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.(BRASIL,2018)

Em consonância com o disposto por Vanise Guimarães da Silveira e Veronica Lagassi (2015), a presença frequente dos agrotóxicos no cotidiano coloca a população em vulnerabilidade frequente em relação a esses agentes químicos, sendo a situação complicada pela falta de legislação mais consistente e que realmente vise o bem-estar social.

Conforme Flavia Londres (2011) existem dois tipos de intoxicações a primeira é a intoxicação aguda, em que há um contato recente com o produto químico. Nesses casos o diagnóstico se torna muito difícil, pois os sintomas abrangem uma multiplicidade de enfermidades, além de que os exames disponibilizados pelo SUS são incompletos (devido a viabilidade de custos e técnica) além de só detectarem o contato com a substância se for realizado dentro do prazo de 7 dias.

Segundo apontado pela autora a intoxicação crônica, causada pelo contato direto e prolongado com o produto, é capaz de gerar diversas doenças como insuficiências renais, problemas neurológicos, paralisia, lesões hepáticas, alterações comportamentais dentre outros. Perante tais circunstâncias, os problemas possíveis de serem desenvolvidos podem ser ocasionados por diversos motivos, tornando o diagnóstico complicado, já que em muitos casos exames laboratoriais não são capazes de detectar a contaminação em pequenas doses usadas por muito tempo, tão pouco associar a doença desenvolvida ao agrotóxico utilizado. Além disso, todos os indivíduos são expostos a esses insumos em pelo menos alguma fase de sua vida, podendo ser pelo consumo direto, indireto ou através do trabalho.

De acordo com o relatório disponibilizado pelo INCA, citado por Vanise Guimarães da Silveira e Veronica Lagassi (2015),

As intoxicações agudas provenientes dos agrotóxicos são caracterizadas por efeitos como irritação da pele e olhos, coceira, cólicas, vômitos, diarreias, espasmos, dificuldades respiratórias, convulsões e podem até mesmo levar a morte. Já os efeitos associados à exposição crônica aos ingredientes ativos são: infertilidade, impotência, aborto, malformações, neurotoxicidade, desregulação hormonal, efeitos sobre o sistema imunológico e câncer.

Ainda segundo Vanise Guimarães da Silveira e Veronica Lagassi (2015) as

reações provocadas por reagentes químicos, como ocorre com os agrotóxicos, conhecidas também como intoxicações exógenas, estão localizadas na Lista Nacional de Notificações Compulsórias de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional, conforme a Portaria Número 204, de 17 de fevereiro de 2016 do Ministério da Saúde. A comunicação nesses casos é obrigatória à autoridade de saúde competente em virtude de ocorrência de fatos que envolvem a intoxicação pelo uso de agrotóxicos, conforme a Portaria mencionada anteriormente.

O Estado deve atuar através da articulação com os agentes da atenção básica do SUS, principalmente através dos agentes comunitários de saúde. Os Conselhos Estaduais de Saúde também possuem uma importante atribuição ao propor criação de políticas públicas voltadas para essas áreas. Os Órgãos de Vigilância em Saúde devem atuar coordenando a execução das atividades relativas à prevenção e controle de doenças, desenvolvimento de estudos e pesquisas que aperfeiçoem pesquisas e estudos que irão corroborar para melhorias nas ações de vigilância epidemiológica e ambientais. Além de propor políticas e ações de prevenção através da educação, comunicação e mobilização social. Também é dever do Governo denunciar os abusos causados pelos agrotóxicos e promover através da mídia a conscientização da sociedade.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2017, p.696) o texto normativo deve proteger o cidadão no que tange o direito a saúde, como um dever de ordem prestacional para assegurar bem estar de todos a partir do desenvolvimento de políticas públicas:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, o dever fundamental de prestação, de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal). O dever de desenvolver políticas públicas que visem a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde está expresso no art.196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante a art.23.II, da constituição.

Assim o Estado de forma antagônica ao que prega a Constituição Federal é negligente ao utilizar substâncias que prejudicam a saúde da nação, ferindo seus deveres de cuidado e zelo

3.2 Os prejuízos causados pelos agrotóxicos em uma perspectiva trabalhista

No campo trabalhista, a redatora Vanessa Sardinha dos Santos (2018), afirma que os trabalhadores rurais são os que mais sofrem com o uso dos agrotóxicos, pois os mesmos são expostos diretamente e constantemente a esses produtos. O fato da maior parte desses trabalhadores não utilizarem nenhum tipo de proteção também agrava as consequências do uso dessas substâncias. A intoxicação pela exposição a esses insumos é, na maior parte das vezes, negligenciada, além da falta de busca por assistência médica. Por conta desses fatores, é muito comum

a morte dessas pessoas, que corriqueiramente não sabem o risco no qual estão expostos.

Segundo Jandira Maciel da Silva, et al (2005) no artigo Agrotóxico e trabalho: uma combinação perigosa para a saúde do trabalhador rural, apesar do uso de equipamentos de segurança, como luvas, máscaras, protetores auriculares, botas e macacões específicos, dentre outros meios indicados para assegurar a saúde e integridade do trabalhador, esses meios não são totalmente eficazes, deste modo são elencados alguns dos problemas recorrentes:

Acidentes com animais peçonhentos cuja relação com o trabalho quase nunca é estabelecida, embora sejam bastante comuns. Ofidismo, aracneísmo, escorpionismo, são os mais comuns. Acontecem ainda com taturanas, abelhas, vespas, marimbondos etc.;

Exposição a agentes infecciosos e parasitários endêmicos que provocam doenças como a esquistossomose, a malária etc.;

Exposição às radiações solares por longos períodos, sem observar pausas e as reposições calórica e hídrica necessárias, desencadeia uma série de problemas de saúde, tais como câibras, síncope, exaustão por calor, envelhecimento precoce e câncer de pele;

Exposição a ruído e à vibração que estão presentes pelo uso das motosserras, colhedadeiras, tratores etc. O ruído provoca perda lenta e progressiva da audição, fadiga, irritabilidade, aumento da pressão arterial, distúrbios do sono etc. Já a exposição à vibração ocasiona desconforto geral, dor lombar, degeneração dos discos intervertebrais, a “doença dos dedos brancos” etc.; (SILVA ET AL, 2005)

O trabalhador, muitas vezes, não tem conhecimento sobre o produto que está sendo utilizado, pois a diversidade é grande e ocorre frequentemente a exposição combinada desses insumos. A temática sobre essas combinações ainda não foi completamente desenvolvida, tornando insegura a manipulação desses produtos tóxicos e colocando em risco a vida do trabalhador exposto. A Organização Mundial da Saúde reitera que os conhecimentos atuais são muito ineficientes no que tange aos efeitos para a saúde produzidos por exposição combinada a vários fatores biológicos, químicos, físicos e psicossociais, até agora existem apenas informações superficiais sobre as respostas acordadas resultantes da interação dos vários fatores relacionados aos aspectos trabalhistas.

3.3 Ponderar os possíveis danos ambientais

Conforme exposto na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 225, nota-se a importância da preservação do meio ambiente e o dever do Estado frente a esse dever de garantir tal direito a todos os cidadãos:

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

Consoante Vanessa dos Santos (2018), mesmo existindo benefícios para a agricultura, os agrotóxicos são exageradamente agressivos para os seres vivos e podem contaminar e poluir o solo, a água e o ar. Uma das principais causas dos danos ambientais é a utilização dos agrotóxicos, eles têm a capacidade de contaminar solos, lagos, riachos e o lençol freático. Com a água das chuvas esses insumos penetram na terra de forma mais profunda, poluindo o sistema de água subterrâneo. Além disso, o solo perde nutrientes e microrganismos que auxiliam na fixação de nitrogênio.

Esses produtos poluem o ar, pois podem ficar em suspensão, através da pulverização, desencadeando intoxicações em pessoas e animais, que respiram o ar contaminado. Além disso, os agrotóxicos ao entrarem em contato com outras substâncias como ferro, alumínio, esgoto e fumaça poderão ocasionar reações químicas, dando origem a fenômenos como a chuva ácida, que possui um efeito corrosivo, provocando a destruição da vegetação aquática, que leva a morte de animais aquáticos, além da destruição de plantações, remoção de nutrientes do solo, corrosão do concreto, ferro e do cimento de construções. (MESQUITA apud Rios Vivos, 2005)

De acordo com Jeppson (apud TAVELLA et al, 2011) nos dias atuais, o desequilíbrio do ecossistema é muito influenciado pelo uso inadequado e excessivo de agrotóxico que prejudica o meio ambiente em vários aspectos:

No atual sistema de produção agrícola torna-se comum a desestruturação ecológica do meio ambiente, que se agrava pela remoção de plantas competitivas, linhagens por seleção, monocultivo, adubação química, irrigação, podas e controle de pragas e doenças. Consequentemente, como medida corretiva para esse desequilíbrio ambiental, o controle químico passa ser um mecanismo fundamental para assegurar a proteção contra baixas produtividades ou até a destruição da espécie cultivada.

Seguindo o autor citado anteriormente, nota-se a importância do uso consciente dos agrotóxicos para a possibilidade da manutenção de um meio ambiente mais saudável e propício para a sobrevivência, perpetuação e a qualidade da vida humana e animal no planeta Terra.

4 | USO INDISCRIMINADO DOS AGROTÓXICOS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos fundamentais são essenciais na construção de uma sociedade, sendo desse modo, caracterizados como direitos primários de ordem particular, social, política e jurídica que estruturam, tutelam e conduzem a vida humana.

Como já debatido no escopo do texto, o artigo 196 da Constituição é violado no que tange o acesso à saúde como prestação objetiva do Estado. Da mesma forma, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e o princípio da dignidade da pessoa humana também são violados com o uso da prática reiterada de agrotóxicos na política agrária. Consoante à autora Elenice Hass de Oliveira Pedroza (2005) o uso indiscriminado de agrotóxicos agride os princípios contidos no texto constitucional:

Pois bem, diante do grave problema causado pelo uso indevido do agrotóxico (conforme exposto), pode-se afirmar que a República Federativa do Brasil, ao levar a cabo a implementação da chamada “modernização da agricultura”, por meio do uso indiscriminado de agrotóxicos, violou os direitos fundamentais à alimentação, à saúde, ao meio ambiente, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ecologicamente equilibrado.

Ainda de acordo com a referida redatora Elenice Pedroza, há a necessidade de assegurar não só a saúde da população atual como também da futura, portanto, não é ético, moral e nem justo a destruição das bases materiais de existência das próximas gerações que a Constituição Federal de 1988 se encarregou de proteger. Contrário a essa premissa, o legislador atual fere as bases constitucionais ao sugerir a modificação da lei 6299/2002 fazendo com que os direitos garantidos sejam abalados.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello (apud TURROLO; CASADO, 2018) em entrevista cuja temática se refere à comemoração dos 30 anos da Constituição Federal Brasileira, realizado em 04/10/2018 ressalta a importância da constância dos preceitos fundamentais, responsabilizando tanto o poder público quanto a sociedade pela preservação desses direitos. Tal entendimento pode ser retratado no seguinte trecho de sua fala:

A realização do projeto constitucional em qualquer país que se lance nessa empreitada é sempre uma trajetória, uma construção contínua. Nenhuma Constituição é obra acabada. A legitimidade depende da crença e do empenho das instituições e da sociedade, e não apenas a qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido.

Ressaltando a importância do direito à saúde, a Constituição em seu artigo 196 assegura o direito à saúde, que é ferido corriqueiramente pelo uso indiscriminado dos agrotóxicos, devendo o poder público fiscalizar e adotar medidas preventivas e repressivas perante tal situação.

Nas relações trabalhistas associadas ao uso de agrotóxico, em seu art. 7º, XXII a Lei Maior do Estado também assegura o direito a integridade do trabalhador: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Levando em consideração a perspectiva dos agrotóxicos, esses direitos devem receber uma maior observância e zelo por parte do poder público, já que os mesmos são extremamente violados pelo uso dessas substâncias cancerígenas, que causam prejuízos irreversíveis para a saúde e integridade do trabalhador.

O resguardo do Estado feito ao meio ambiente no artigo 225 da Carta Maior garante aos cidadãos a proteção do ecossistema que sofre com o uso abusivo dos agrotóxicos. Conforme Danielli Xavier Freitas os princípios do Direito Ambiental guiam o legislador e os demais operadores do direito na aplicação das normas relacionadas ao meio ambiente.

O princípio do equilíbrio visa assegurar que a implementação de uma medida ao meio ambiente será benéfica a toda sociedade e não irá causar graves prejuízos aos ecossistemas e a vida humana. O princípio do limite é de grande valia para o poder público, que deve limitar as intervenções individuais, devendo essas agir para a manutenção, preservação e restauração dos recursos buscando o bem-estar social. Princípio do poluidor pagador consiste em ressaltar que a empresa ou indivíduo que causar algum dano ao meio ambiente deverá ser responsabilizado pelo prejuízo causado. O princípio da precaução salienta que é necessária a análise prévia de que o ato não irá gerar consequências gravosas ao meio ambiente através de estudos científicos pautados na observância dos ecossistemas.

O Estado Democrático de Direito é baseado na segurança aos direitos essenciais para a dignidade da pessoa humana que escuda direitos intrínsecos a natureza humana. Através de dispositivos normativos como os discutidos acima, nota-se a necessidade de preservação de preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro e como o desrespeito a estes podem prejudicar a qualidade de vida e o bem-estar social da nação.

5 | CONCLUSÃO

Ao refletir sobre o uso dos agrotóxicos e como estes comprometem a garantia dos direitos fundamentais, é apresentado neste artigo análises sobre a utilização reiterada desses insumos no Brasil e suas violações aos princípios básicos para o bem estar social, demonstrando a visível inconstitucionalidade e a consequente insegurança gerada ao ordenamento jurídico.

O surgimento dos agrotóxicos em âmbito global se deu durante o período das grandes guerras mundiais com o objetivo de dificultar o esconderijo dos inimigos ao matar a vegetação. No Brasil, a Revolução Verde foi o ápice para o desenvolvimento dessas técnicas agrícolas, além disso, o crescimento populacional também foi um fator preponderante para a consolidação do uso desses produtos para suprir as necessidades dos indivíduos, sem pensar nas consequências à saúde, ao meio ambiente, à vida do trabalhador e à própria violação dos direitos fundamentais.

Atualmente, a legislação desfavorece a implementação dos agrotóxicos no Brasil, tendo uma grande burocracia para isso, porém, o legislador sugere a alteração do texto normativo para facilitar a entrada desses produtos nocivos. A

mudança legislativa acarretaria na inconstitucionalidade, pois negligencia o dever de cuidar do bem estar social, sendo este um dever do Estado, que deve tutelar a vida humana em todos os seus sentidos e o meio em que está inserida. Ao permitir a reformulação da lei 7802 de 11 de julho de 1989, através da PL 6299/2002, o Estado se afasta dos seus deveres de garantidor.

De modo antagônico ao que preconiza as prerrogativas legitimadas pela supremacia constitucional perante a tutela dos direitos fundamentais, o Estado atua de maneira inconstitucional, comprometendo sua função de tutela jurisdicional, gerado uma insegurança e instabilidade no ordenamento jurídico.

Portanto, conforme já debatido no presente artigo, a violação dos direitos fundamentais fere o equilíbrio e a dinâmica social que estão presentes na Constituição Federal de 1988.

A necessidade de assegurar a saúde do consumidor e do trabalhador, como também um meio ambiente saudável não deve visar apenas para a população atual, mas também a futura, no entanto, a modificação do texto normativo faz com que os direitos que estão garantidos sejam abalados, gerando insegurança para as próximas gerações, prejudicando a qualidade de vida e o bem estar social da nação.

REFERÊNCIAS

BETIM, F.A operação para afrouxar ainda mais a lei de agrotóxicos no Brasil, na contramão do mundo. El País, 2018. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/26/politica/1530040030_454748.html>>, acesso em 18/10/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> Acesso em 01/10/2018.

FREITAS, D. X. Os princípios do Direito Ambiental. 2012. Disponível em: << <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138912752/os-principios-do-direito-ambiental>>>, acesso em 06/10/2018

GARATTONI, B; LACERDA, R. **Brasil, o país do agrotóxico**. Revista Super Interessante, n.399, p.22, setembro/2018.

INGO, W. S; Algumas considerações em torno do conteúdo eficácia e efetividade do direito a saúde na constituição de 1988.in:**Panóptica**,ano 1,n.4 Disponível em:<<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.4_2006_1->>>Acesso em: 07/08/2018.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). Posicionamento do INCA sobre agrotóxicos. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf>>.Acesso em 23/08/2018

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

LONDRES, F. **Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida**. Rio de Janeiro: AS-PTA - Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

MENDES, Direitos Sociais. In: Mendes G.F; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 665-731

MINISTÉRIO DA SAÚDE/ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução RDC nº19, de 03 de fevereiro de 2005, do Ministério da Saúde. Cria a Rede Nacional de Centros de Informação e assistência Toxicológica – RENACIAT. Diário Oficial da União. 2005

OLIVEIRA, M.A.P. de. A nova Lei do Agrotóxico: uma análise acerca das consequências em relação a vida e ao meio ambiente. 2018. Disponível em: <<<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.591039>>>, acesso em 18/10/2018.

PEDROZA, E.H. de O. O uso indiscriminado de agrotóxicos e a violação dos direitos fundamentais à alimentação saudável, à saúde e ao meio ambiente equilibrado e suas consequências ao cofre da seguridade social. 2005. Disponível em: <<<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4566/3135>>>, acesso em: 18/10/2018.

REDAÇÃO PENSAMENTO VERDE “Princípios do Desenvolvimento Sustentável no Direito Ambiental.” Disponível em: <<<https://www.pensamentoverde.com.br/meio-ambiente/principios-do-desenvolvimento-sustentavel-no-direito-ambiental/>>>. Acesso em: 01/10/2018.

RIOS VIVOS. Chuva ácida pode destruir vegetação. Disponível em: <<<http://riosvivos.org.br/a/Noticia/Chuva+acida+pode+destruir+vegetacao/7475>>>. Acesso em: 01/10/2018.

SANTOS, V.S. “Contaminação ambiental por agrotóxicos”; *Brasil Escola*. Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/biologia/contaminacao-ambiental-por-agrotoxicos.htm>>. Acesso em: 01/10/2018.

SANTOS, V.S. dos. Os agrotóxicos e nossa saúde. 2018, Disponível em <<<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/saude-bem-estar/os-agrotoxicos-nossa-saude.htm>>>, acesso em 18/10/2018.

SILVEIRA, V.G; LAGASSI, V. Agrotóxicos: uma lesão aos direitos fundamentais. Rio de Janeiro In: **Revista do Curso de Direito da FACHA**. Ano. 03, n.5 Disponível em: <<<https://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-5/artigo4.pdf>>> Acesso em: 07/08/2018

SILVA, J.M et al. Agrotóxico e trabalho: uma combinação perigosa para a saúde do trabalhador rural. In: **SciELO**, v.10, nº4. 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232005000400013&script=sci_arttext&tlng=en>>, Acesso em 23/08/2018

TAVELLA, L.B, et al. O uso de agrotóxicos na agricultura e suas consequências toxicológicas e ambientais. V.7, n. 2, 2011. Disponível em: << <http://revistas.ufcg.edu.br/acsa/index.php/ACSA/article/view/135>>>, acesso em 06/10/2018

TUROLLO Jr., Reynaldo; CASADO, Letícia. Nos 30 anos da Constituição, ministro exalta a liberdade de imprensa e critica prisão em 2º Grau. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 de out. de 2018. Disponível em: << <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/nos-30-anos-da-constituicao-ministro-exalta-liberdade-de-imprensa-e-critica-prisao-em-2o-grau.shtml>>>, acesso em 06/10/2018.

O PAPEL DO ORÇAMENTO FEDERAL COMO INSTRUMENTO NA EXECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS LIGADAS AO COMBATE DA DESERTIFICAÇÃO

Data de aceite: 12/12/2018

Ana Paula Henriques da Silva
UniCeub, Brasília – DF

RESUMO: A ação humana sobre a Terra, somada a processos climáticos, têm trazido ao debate e às agendas internacionais o tema da desertificação, suscitando a cooperação entre os povos. A proposta desta dissertação é discutir o protagonismo brasileiro no avanço da desertificação pelo seu instrumento mais importante: o Orçamento Federal, por meio de pesquisa documental e bibliográfica. A principal conclusão é que o Estado brasileiro tem condições orçamentárias limitadas e que a complexidade e transdisciplinaridade da temática traz mais um empecilho para lidar com a desertificação. Há vários óbices com relação ao enfrentamento ao desrespeito aos ditames acordados na Conferência das Partes: ao não lançamento dos programas nacionais e ao não alinhamento de vários países. A Governança Ambiental mal direcionada e carente de recursos gera uma perspectiva pessimista à temática: o avanço de áreas desertificadas continua a passos largos em todo o globo. A chave da resolução do problema está na busca

do desenvolvimento sustentável conjugado com uma cooperação internacional e uma governança global sólida e livre de amarras

PALAVRAS-CHAVE: Desertificação, instrumento, Lei Orçamentária Anual, Plano Plurianual, UNCCD.

THE ROLE OF THE FEDERAL BUDGET AS AN INSTRUMENT IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES RELATED TO THE DESERTIFICATION COMBAT

ABSTRACT: Human action on Earth, coupled with climate processes, has brought to the debate and international agendas the theme of desertification, prompting cooperation among peoples. The purpose of this dissertation is to discuss the Brazilian role in the advancement of desertification by its most important instrument: the Federal Budget, through documental and bibliographic research. The main conclusion is that the Brazilian State has limited budget conditions and that the complexity and transdisciplinarity of the theme brings another obstacle to dealing with desertification. There are a number of obstacles to addressing disrespect for the dictates agreed at the Conference of the Parties: failure to launch national programs and non-alignment of various

countries. Poorly targeted and resource-poor Environmental Governance creates a pessimistic perspective on the issue: the advancement of desertified areas continues at a rapid pace across the globe. The key to solving the problem lies in the pursuit of sustainable development coupled with international cooperation and sound and tethered global governance.

KEYWORDS: Desertification, instrument, Annual Budget Law, Multiannual Plan, UNCCD.

1 | INTRODUÇÃO

O orçamento público não se reduz a simples previsão de receitas e despesas. Ele é um instrumento amplo de programação das despesas e serve como análise das políticas públicas setoriais (NOBLAT; BARCELOS; SOUZA 2014). Há uma decisão política na alocação dos recursos escassos para o meio ambiente, o que influencia os gastos e as prioridades (LEUZINGER; GODOY, 2015).

Para tanto, a análise dos gastos públicos orçamentários é fundamental para identificar a importância da gestão ambiental e a alocação do orçamento federal em gastos na gestão ambiental. A pesquisa sobre gasto ambiental no setor público ainda é recente, datada dos anos 1990, e as despesas a nível federal são mais recorrentes do que as estaduais ou municipais. Há uma escassez de estudos sobre políticas e programas específicos em relação ao gasto ambiental no Brasil (BORINELLI, GUANDALINI, BACCARO, 2017) e, como a desertificação se enquadra neste quesito, um estudo mais aprofundado se faz necessário.

Apesar de os recursos orçamentários e financeiros não serem o principal agente para o combate à desertificação em nenhum lugar do mundo, em particular no Brasil, constituem-se parte integrante da solução de problemas trazidos por esse fenômeno para contingentes expressivos da população brasileira (REED; STRINGER, 2016).

Os gastos orçamentários podem transparecer preferências e prioridades da agenda governamental. E, também, das disputas internas para abocanhar uma parte do orçamento que é escasso (REED, STRINGER, 2016). A portaria N°42 de 14 de abril de 1999 permitiu que houvesse uma classificação funcional das despesas públicas permitindo que a dispersão de gastos na área ambiental em diversas áreas e na falta de padronização na contabilização das despesas (BORINELLI; GUANDALINI; BACCARO, 2017) fosse superada nas próximas Leis Orçamentárias Anuais, incluindo os anos das Leis Orçamentárias Anuais.

2 | A DESERTIFICAÇÃO COMO PROGRAMA DA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL DENTRO DAS MUDANÇA(S) CLIMÁTICA(S)

A delimitação feita da análise no presente trabalho se espraia em cinco (5) anos e foi escolhida por cobrir o penúltimo Plano Plurianual correspondente ao período 2012-2015, bem como o que está em vigor, relativo ao período 2016-2019. Para o propósito da abordagem do presente trabalho, foram considerados os quatro anos do Plano Plurianual de 2012 a 2015, período este de contribuição brasileira para a UNCCD, e considerados também os quatro primeiros anos do Plano Plurianual de 2016-2019 para efeito de comparação dos dados.

As mudanças que serão discutidas posteriormente no trabalho demonstram que o período de delimitação em apreço é suficiente para embasar a tese de que a desertificação se tornou uma temática cujo espaço vem se ampliando aos poucos, quando se leva em conta apenas o aumento dos recursos que receberam dotação orçamentária pelo Governo do Brasil. O que se pode notar é que a “bonança econômica” representada pelo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) dos anos 2012 e 2013, cerca de 0,9% e de 2,3%, respectivamente (BRASIL, 2019) em relação aos anos seguintes, e a atual recessão, cujo PIB chegou a -3,8% em 2015, -3,6% em 2016, e com pouca melhora em 2017 de 1% (BRASIL; IPEA, 2019) e 1,1% em 2018 (BRASIL; IBGE, 2018), apontam as dificuldades do Brasil em conduzir os seus programas nesses anos, obrigando-o a definir prioridades orientadas por pressões de todos os setores, com atendimento aos mais fortes politicamente.

Então, os anos de recessão refletiram-se diretamente no Orçamento da União como um todo e, em particular, no programa de Mudança do Clima, aonde a Desertificação se insere. Há, em virtude desse fato, um enxugamento e não execução das ações, tendo sido prática constante o contingenciamento de recursos orçamentários que dificultam, em muito, a sua aplicação no mesmo ano fiscal. Porém, o que é interessante salientar, e que representa de alguma forma, uma garantia de continuidade de financiamento governamental, é que a desertificação contemplou um ligeiro aumento de recursos em relação ao programa no qual ela está inserida, e não saiu da pauta do orçamento em nenhum ano verificado. Deve-se levar em conta, todavia, que existe uma grande diferença entre a dotação orçamentária e os recursos que efetivamente são disponibilizados para execução das ações, participando ativamente desse contexto, os diversos contingenciamentos orçamentários destinados à formação do superávit primário ao longo dos anos promovidos pelas autoridades responsáveis pelo orçamento no País. Na disputa por recursos escassos para distribuição do “bolo orçamentário”, a maior fatia fica para quem tem maior poder de barganha, e para os setores capazes de robustecer o PIB nacional, e dar apoio político para o governo federal “de plantão”.

Em resumo, este encarceramento que a Lei de Orçamento Anual (LOA) propicia, ao alocar, sob um único Programa no planejamento oficial do governo, o Programa de Mudanças Climáticas e, em segundo plano, a Desertificação, restringe um maior aporte de recursos para o combate aos múltiplos “vetores da Desertificação”. Termo este trazido como novidade dentro da Lei 13.153 de 2015, e que retrata, muito bem, a complexidade da desertificação: “forças que atuam sobre o ambiente e a sociedade, incluindo interferências humanas diretas e desastres naturais cuja ocorrência seja agravada pela ação antrópica”. Reflexões essas apoiadas em uma breve análise do ponto de vista orçamentário, que apesar de parcial, pois não cobre todas as variáveis, é um indicativo da prioridade dispensada, de fato, à desertificação no Brasil, corroborando um comportamento anterior do governo brasileiro em privilegiar as mudanças climáticas em relação à desertificação. Como prova dessa afirmação, o arcabouço legal desenhado para apoiá-las, como a Frente Nacional de Mudanças do Clima, criada em 2000, instância presidida pelo Presidente da República; a Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída em 2009 pela Lei nº12.187 (BRASIL, 2009); bem como o Plano Nacional de 2008 (BRASIL, 2008), e um Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas, composto por autoridades máximas governamentais, e que é um instrumento da Política Nacional sobre Mudança do Clima, cujas datas coincidem com Conferências das Partes (COP 15, em particular) relacionadas às Mudanças Climáticas.

Em contrapartida, a Política Nacional de Combate à Desertificação é de 2015 (BRASIL, 2015), e ainda não foi regulamentada, e o Plano de Ação Nacional de Combate à Desertificação (PAN) é de 2004 (BRASIL, 2004), enfrentando dificuldades para ser implementado, e desprovido de um fundo específico. Apesar de que, no plano internacional (Nações Unidas), as Convenções do Clima e da Desertificação foram abertas para assinatura simultaneamente na ECO-92.

3 | OS ANOS DE CONTRIBUIÇÃO À UNCCD: AS LEIS ORÇAMENTÁRIAS DE 2012 A 2015

A contribuição à UNCCD, desde a sua adesão, demonstrava o interesse do Governo brasileiro em participar ativamente dos projetos conduzidos no âmbito dessa Convenção, e de se colocar também como um protagonista em nível internacional ao intermediar a participação africana (RÊGO, 2012), porém, graças a desajustes das contas públicas, mais recentemente, e a necessidade de priorização dos pagamentos, o governo brasileiro optou por cortar, mesmo que temporariamente, a contribuição anual que destinava à UNCCD, e também descontinuar os recursos para o combate à desertificação. Além do que, a bancada ruralista, no Brasil, é um

ator que exerce pressão sobre o Governo, pois, a agricultura é impulsionadora do PIB brasileiro.

A Tabela 1 mostra a evolução dos recursos financeiros destinados ao pagamento das contribuições do Brasil para a UNCCD realizado no âmbito das Operações Especiais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Sendo necessário para verificar o protagonismo do Brasil na esfera internacional durante este período, relembrando que a última contribuição do Brasil foi em 2015.

Operações Especiais: Gestão da Participação em Organismos Internacionais (UNCCD)	
2012	R\$ 231.789,00
2013	R\$ 322.106,00
2014	R\$ 303.463,00
2015	R\$ 719.262,00

Tabela 1: Evolução dos pagamentos do Brasil para a UNCCD (2012-2015)

Fonte: dados obtidos nas Leis Orçamentárias de 2012 a 2015

O Brasil continua a ser protagonista na elaboração de Leis como a do Fundo de Atendimento às Situações de Emergência e de Calamidade Pública Decorrentes de Secas (FASEC), da Lei 13.153/2015 e dos Planos Nacionais Estaduais e do Programa Cisternas financiado pelo Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) desde 2003 e instituído pela Lei N° 12.873/2013 e regulamentado pelo Decreto N° 8.038/2013 (BRASIL, 2013).

4 | A LOA 2019: UM RECURSO PÍFIO DESTINADO AO COMBATE À DESERTIFICAÇÃO

A LOA de 2019 traz as palavras “redução da Vulnerabilidade” aos Efeitos da Desertificação. Em português, o antônimo de resiliência é vulnerabilidade (DICIONÁRIO INFORMAL, 2006). O que significa que a ação pretende aumentar a resiliência por meio dos recursos orçamentários dotados.

A LOA de 2019 é o retrato do tratamento de negligência em relação às questões ambientais dado pela gestão do Presidente Bolsonaro. Nos primeiros meses de gestão, já é possível verificar, não só pelos recursos orçamentários da LOA, do desmonte de toda uma estrutura anterior, como o desaparecimento da Secretaria de Mudanças do Clima e Florestas. Tais atos vão ao sentido de enfraquecer a fiscalização ambiental e ao mesmo tempo enxugar as políticas ambientais e abrir caminho para que os ruralistas possam desmatar (BRASIL, 2019).

Tal idealismo nefasto se repercute na LOA de 2019. Os recursos destinados ao

programa 2050 relativo à Mudança do Clima são de R\$13.142.619 (treze mil cento e quarenta e dois reais e seiscentos e dezenove reais). Recursos estes bem inferiores a todo o período tratado neste trabalho que vai de 2012 a 2019. Basta comparar os valores na tabela 13: em 2017, valor mais baixo destinado à(s) Mudança(s) Climática(s) no período de 2012 a 2018 era de R\$131.810.641 (cento e trinta e um e oitocentos e dez reais e seiscentos e quarenta e um centavos), enquanto que em 2019 é de R\$13.142.619 (treze mil e cento e quarenta e dois reais e seiscentos e dezenove reais), o que equivale a uma redução de mais de 100%.

E, quanto à Redução da Vulnerabilidade aos Efeitos da Desertificação, da Seca e das Mudanças Climáticas o valor também despencou, basta compará-lo ao de 2012 que tinha objetivos incipientes como mapeamento das áreas ambientalmente degradadas em processo de desertificação. Esse valor de 2019 é um pouco menos de 10% do total de 2012.

A tendência estatística demonstra que as próximas Lei Orçamentárias Anuais e o próximo PPA que será elaborado na atual gestão serão de enxugamento ou até de extinção de programas por falta de interesse do Governo. Infelizmente, a gestão atual trata o meio ambiente como se fosse um estorvo ao desenvolvimento econômico.

2050 Mudança do Clima		283.516.411							
Atividades									
2050.20MB	Implementação do Plano de Ação para produção e consumo sustentável (PPCS)							71.250	
1050.20M8.0001	Implementação do Plano de Ação para produção e consumo sustentável (PPCS) - Nacional	18.541							
	-Plano de ação executado (unidade)		F	3-ODC	2	90	0	100	71.250
2050.20VU	Políticas e estratégias de prevenção e controle do desmatamento e de manejo e recuperação florestal no âmbito da União, estados e municípios	18.542							253.650
	Políticas e estratégias de prevenção e controle do desmatamento e de manejo e recuperação florestal no âmbito da União, estados e municípios - nacional								253.650
	Política estabelecida (unidade): 1		F	3-ODC	2	90	0	100	253.650

2050.20W1	Iniciativas para implementação da Política nacional sobre mudança do clima							11.807.719	
	Iniciativas para implementação da Política nacional sobre mudança do clima - nacional	18.542						11.807.719	
	Política implementada (unidade): 22		F	3-ODC	2	90	0	100	11.807.719
2050.20W2	Redução da vulnerabilidade aos efeitos da desertificação, da seca e das mudanças climáticas								1.010.000
	Redução da vulnerabilidade aos efeitos da desertificação, da seca e das mudanças climáticas - nacional	18.541							1.010.000
	- Projeto implementado (unidade): 3		F	3-ODC	2	80	0	100	665.000
			F	4-INV	6	50	0	188	250.000
			F	3-ODC	2	90	0	100	95.000

Tabela 2: programa 2050 da LOA -2019 (Mudança do Clima)

Fonte: Lei Orçamentária Anual – lei nº13.808 de 15 de janeiro de 2019

A tabela de 2, recorte da LOA de 2019, apresenta uma mudança na tabela. Pois, identifica a partir das siglas, não apenas a unidade orçamentária. A esfera do Governo, representada pela quarta coluna, aonde aparece a letra F, significa que os recursos fazem parte da esfera orçamentária fiscal. O que interessa, neste trabalho, é a proveniência dos recursos, isto é, o que aparece na nona coluna. O número 100 representa os Recursos Ordinários do Tesouro do Exercício Corrente o 188 representa a Remuneração das Disponibilidades do Tesouro Nacional.

A Tabela 3 permite vislumbrar, com base no percentual consagrado de recursos orçamentários para a desertificação, no âmbito do Programa Mudanças Climáticas, que há, em princípio, um alento, em termos de recursos orçamentários no ano de 2017, comparativamente ao de 2016.

As dotações orçamentárias não são necessariamente o que foi alocado, e transformado em recurso financeiro, ou seja, empenhado, e a tempo de serem executados no mesmo ano devido aos sucessivos contingenciamentos orçamentários.

Os únicos anos que saíram radicalmente da curva foram o de 2016, 2018 e 2019, o que não quer dizer que houve uma continuação drástica de queda nos anos 2016 e 2018. O orçamento de 2019 esclarece o quão irresponsável é a gestão Bolsonaro ao reduzir o orçamento dedicado às Mudanças Climáticas de R\$283.516,411 (duzentos e oitenta e três mil e quinhentos e dezesseis reais e quatrocentos e onze

centavos) para R\$ 13.142.619 (treze mil e cento e quarenta e dois reais e seiscentos e dezenove centavos), deixou qualquer política pública na área engessada, quiçá, este é um prenúncio para os próximos anos do desaparecimento deste programa. No entanto, comparativamente, o percentual dos recursos advindos das Mudanças Climáticas à desertificação é um dos maiores no período.

Quanto aos outros anos, e nas próximas Leis Orçamentárias Anuais, é difícil afirmar que há uma tendência de subida ou de queda, pois os dados oscilam muito em função das respostas a movimentos externos capazes de influenciar o governo brasileiro, como foi a Conferência das Partes sobre Mudanças Climáticas (COP 21) de dezembro de 2015, realizada em Paris, apontando para valores expressivos, e, em seguida, provocando uma queda muito brusca em 2016, por conta da subida extraordinária do ano anterior.

E, no ano de 2018, em virtude dos compromissos assumidos pelo Brasil em relação às mudanças climáticas na COP 23 (BRASIL, 2017), o orçamento dedicado à Mudança do Clima (código 2050) mais que dobrou em relação a 2017. No entanto, percentualmente, o orçamento destinado à desertificação em 2018 sofreu uma queda drástica em relação a 2017. Quanto esses números refletem a eficiência das políticas públicas para o combate à Desertificação? E, em especial em 2018, fica claro que a pressão internacional repercute diretamente no orçamento: o aumento da verba destinada às mudanças climáticas é o exemplo dentro da temática ambiental. Por outro lado, o “calote” quanto ao pagamento da UNCCD aponta para o comportamento do Brasil em política internacional, dependendo do tema e sua sensibilidade política.

Após o detalhamento dos recursos orçamentários agrupados nas LOA's dos respectivos PPA's, apresenta-se um quadro resumo das dotações orçamentárias dedicadas à desertificação no âmbito dos Programas que abrigam essa temática, apresentado na tabela 3.

Ano	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Recursos para Mudança(s) Climática(s) (R\$)	430.569.782	427.649.856	414.7752.812	408.182.695	461.246.645	131.810.641	283.516.411	13.142.619
Recursos para a desertificação (R\$)	11.902.000	33.978.930	23.951.770	24.279.576	1.665.852	5.572.623	495.041	1.010.000
Percentual de recursos do Programa de Mudanças Climáticas para a Desertificação (%)	2,76%	7,94%	5,77%	5,948%	0,577%	4,227%	0,174%	7,684%

Tabela 3: Recursos orçamentários destinados à Desertificação no âmbito do Programa de Mudanças Climáticas em reais.

Fonte: Dados adaptados das Leis Orçamentárias de 2012 a 2019.

A Tabela 3 permite vislumbrar, com base no percentual consagrado de recursos orçamentários para a desertificação, no âmbito do Programa Mudanças Climáticas, que há, em princípio, um alento, em termos de recursos orçamentários no ano de 2017, comparativamente ao de 2016.

As dotações orçamentárias não são necessariamente o que foi alocado, e transformado em recurso financeiro, ou seja, empenhado, e a tempo de serem executados no mesmo ano devido aos sucessivos contingenciamentos orçamentários.

5 | CONCLUSÃO

A título de extração de elementos de conclusão do presente trabalho, destaque foi dado ao principal ator no xadrez da desertificação e sua atuação no período compreendendo entre 2012-2015 e o que se iniciou em 2016: o Governo Federal, seu planejamento plurianual; seu monitoramento e seus recursos orçamentários e financeiros anuais, enquanto provedor da maioria do financiamento para ações em desertificação. No entanto, estes recursos ressaltam uma ambiguidade dentro do orçamento federal. Dentro do orçamento a desertificação se insere nas mudanças climáticas, o que, neste Governo prejudica a canalização de recursos para desertificação. Repensar a desertificação dentro da área da agricultura, já que a desertificação é transetorial, poderia desenvolver políticas públicas com mais recursos orçamentários.

A análise orçamentária é importante para destacar o papel de um dos principais

atores dentro da Governança Global Ambiental: o Governo Federal. Vale lembrar que quase 50% de todos os recursos do País estão na esfera governamental, e que, para se efetivar as políticas públicas destinadas a determinados setores listados dentro do planejamento governamental, ainda há a necessidade de indução de alguns programas.

REFERÊNCIAS

BORINELLI, Benilson; GUANDALINI, Natália Nakay; BACCARO, Thaís Accioly. Os gastos ambientais dos estados brasileiros: uma análise exploratória. **Rev. Serv. Público Brasília**, v. 68, n. 4, 807-834 p., out/dez 2017.

BRASIL. **Advfn**. Disponível em: <https://br.advfn.com/indicadores/pib/brasil>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Casa. Civil. **Lei 13.153**. Institui a Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca e seus instrumentos; prevê a criação da Comissão Nacional de Combate à Desertificação; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2018/2015/lei/L13153.htm. Acesso em: 16 ago. 2019.

BRASIL. Instituto Socioambiental. **A anatomia do desmonte das políticas socioambientais**. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-isa/a-anatomia-do-desmonte-das-politicas-socioambientais>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. IPEA. **Produto Interno Bruto (PIB) real**. Disponível em: www.ipeadata.gov.br/exibeserie.aspx?serid=38414. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Programa Cisternas**. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/acesso-a-agua-1/programa-cisternas>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Brasil reforça liderança pelo clima na COP 23**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/14464-noticia-acom-2017-11-2692.html>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Plano Nacional sobre Mudança do Clima**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/plano-nacional-sobre-mudanca-do-clima>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca PAN – Brasil**. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sedr_desertif/_arquivos/pan_brasil_portugues.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Gestão Secretaria de Orçamento Federal Secretaria-Adjunta Para Assuntos Fiscais. **Ementário de Classificação das Receitas Orçamentárias da União**. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Lei nº13.808**, de 15 de janeiro de 2019, v. IV. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/2019/loa-2019/volume-iv.pdf/view>. Acesso em: 22 set. 2019.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Antônimo de resiliência**. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/antonimos/resili%C3%Aancia/>. Acesso em: 24 jun. 2019.

IBGE. Agência IBGE Notícias. **PIB avança 1,0% em 2017 e fecha ano em R\$ 6,6 Trilhões**.

Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes.html>. Acesso em: 05 ago. 2019.

IBGE. Agência IBGE Notícias. **PIB cresce 1.1% em 2018 e fecha ano em R\$6,8 trilhões**. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-denoticias/releases/23886-pib-cresce-1-1-em-2018-e-fecha-ano-em-r-6-8-trilhoes>. Acesso em: 05 ago. 2019.

LEUZINGER, Márcia; GODOY, Larissa. **O financiamento do Sistema Nacional de Unidades de Conservação no Brasil**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512457/001041600.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 set. 2019.

NOBLAT, Pedro Luiz Delgado; BARCELOS, Carlos Leonardo Klein; SOUZA, Bruno Cesar Grossi de. **Orçamento público: conceitos básicos**. Brasília: Escola Nacional de Administração Pública (Enap), 2014..

REED, Mark S.; STRINGER, Lindsay C. **Land Degradation, Desertification and Climate Change**. Anticipating, assessing and adapting to future change. Londres e Nova Iorque: Earthscan from Routledge, 2016.

RÊGO, André Heráclito. **Os sertões e os desertos: o combate à desertificação**. Brasília: FUNAG, 2012.

HABITAÇÃO EFÊMERA E DIREITO À MORADIA

Data de aceite: 12/12/2018

Adriana Nunes de Alencar Souza

UniCEUB

Brasília – Distrito Federal

RESUMO: O presente capítulo foi elaborado com o intuito de estudar a relação entre habitação efêmera e direito à moradia correlatos à habitação de interesse social. Analisa o tema a partir da visão de que as habitações efêmeras, mesmo que de modo temporário, podem ser uma solução viável e adequada para obtenção do direito à moradia. Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, foi verificado como se constituiu a versão histórica da habitação efêmera ao colocar foco em certas habitações propostas de modo utópico ou não, bem como, das existentes ao longo da história e atualmente, para atender às demandas cada vez mais prementes de moradia. Como conclusão afirma que a habitação efêmera é um dos meios de se adquirir o direito à moradia digna.

PALAVRAS-CHAVE: habitação social, habitação efêmera, direito à moradia.

EPHEMERAL HOUSING AND RIGHT TO HOUSING

ABSTRACT: This chapter has been elaborated in order to study the relationship between ephemeral housing and right to housing related to social housing. It analyzes the theme from the view that ephemeral dwellings, even temporarily, can be a viable and adequate solution to obtain the right to housing. Therefore, from bibliographic and documentary research, it was verified how the historical version of ephemeral housing was constituted by focusing on certain dwellings proposed in a utopian way or not, as well as those existing throughout history and today, to meet the increasingly pressing demands on housing. In conclusion, he states that ephemeral housing is one of the means of acquiring the right to decent housing.

KEYWORDS: social housing, ephemeral housing, right to housing

1 | INTRODUÇÃO

Este capítulo, extraído da dissertação de Mestrado defendida pela autora (SOUZA, 2019), apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília (DF), Brasil, em 23 de agosto de 2019, traz um recorte sobre

habitação efêmera e direito à moradia.

Para se compreender o que é moradia, a definição mais simplista e genérica é encontrada em dicionários, tais como (FERREIRA, 2014) e (MICHAELIS, 2009), que a definem como lugar onde se mora, vive, a morada, o domicílio, a residência, o lar, a casa. Segundo Gutierrez (2008), é um espaço edificado cuja função é conceber estabilidade a um ou mais indivíduos, protegendo-os de intempéries e perigos externos.

Independente da habitação ser efêmera ou não, sob a ótica do direito à moradia, o indivíduo habita determinado espaço como um direito seu, irrenunciável e indisponível, de firmar-se nesse lugar o qual lhe proporciona segurança, conforto e privacidade permitindo a si e aos seus o desenvolvimento digno relativo a todos os seres humanos e garantido na Constituição Federal. Nesse sentido, Monteiro (2015, p. 25), considera que “[...] o direito à moradia consistiria em um bem jurídico de natureza extrapatrimonial, que visa proteger a existência digna do homem.” Com isso, a habitação mostra ser o meio pelo qual se assegura esse direito, representando o efetivo exercício do direito à moradia sobre determinado bem imóvel. E por esse prisma, o direito à moradia é um direito subjetivo, pois se refere aos seres humanos e não à habitação, bem imóvel e objeto do direito.

Existe um tema dentro dos direitos fundamentais que vem junto com o que se está discutindo neste capítulo, que é a dignidade humana e sua interdependência entre os direitos fundamentais. Isso porque não basta o direito à moradia, mas a moradia tem que ser digna.

Nos dias de hoje, construções de abrigos móveis representam uma resposta à escassez de moradias, pois conciliou os elementos de portabilidade e/ou efemeridade tornando-se uma ferramenta essencial de sobrevivência, na medida em que garante o direito à moradia, mesmo que móvel, satisfaz às necessidades básicas de água e alimento e oferece proteção contra condições climáticas adversas.

As condições globais da falta de moradia são preocupantes neste momento, são milhares de refugiados que tentam escapar das guerras, fugindo para outros países e acabam sem abrigo. Além disso, os efeitos negativos da urbanização desigual, do crescimento populacional acelerado que provocaram uma crise energética, alimentícia e ecológica, começaram a ser mais sentidos por volta de 1960, no Brasil. Contextualmente, as cidades brasileiras estão passando por uma crise urbana, resultado do processo de urbanização que se apoia nos assentamentos informais, com ocupação de áreas de risco, encostas, área de proteção ambiental (APA's), áreas de proteção permanente (APP's) onde vive grande parte da população, ou seja, elevado deficit habitacional, irregularidade fundiária, precariedade ou total ausência de saneamento, esses são os problemas com que convivem as cidades. (PIEROT; LIMA, 2014).

A falta de moradia, um dos efeitos mais nocivos da desigualdade, é um problema que vem atingindo pessoas em todo o mundo. No Brasil, apesar de haver uma previsão constitucional do direito à moradia no artigo 6º (BRASIL, 2018), considerado um direito fundamental, essa é uma realidade bastante presente especialmente entre a população de baixa renda. Nesse sentido, surgiu a regularização, com caráter multidisciplinar e interdisciplinar. Ou seja, deve alçar os objetos jurídicos e garantir, de algum modo, o direito à moradia adequada, resguardando os direitos fundamentais e precipuamente a dignidade dos ocupantes dessas áreas. Deve-se garantir além da titulação, a qualidade e sustentabilidade do meio urbano ambiental nas áreas de intervenção.

2 | HABITAÇÃO EFÊMERA

O tema da mobilidade e efemeridade, principalmente dos “direitos, liberdades e garantias [...] com direitos sociais”, foi trabalhado por Luis Felipe Vera (2014), arquiteto e urbanista chileno que, em suas investigações a respeito do urbanismo efêmero, traçou considerações quanto à possibilidade de se ver o urbanismo como fluxo constante, confrontando a imagem da cidade permanente com a móvel e serviu de inspiração para o repensar a forma de ver as possibilidades para o futuro da cidade.

Para compreender melhor o contexto atual da produção de habitações móveis, vamos observar que após sua rápida evolução desde o momento da Revolução Industrial. Mas foi após a eclosão da 1ª Grande Guerra que a mobilidade de edificações começou a ser pensada como solução para problemas dentro da indústria da construção civil e onde teve mais repercussão, assim nesta época a arquitetura móvel começou a ser pensada dentro de um contexto de velocidade nos processos de transformação e produção do espaço, buscando atuar, pela primeira vez, como solução para problemas emergenciais de moradia. É lançado um espaço sobre rodas rebocável, o Airstream, que proporciona liberdade ao proprietário/morador de deslocamento conforme o seu próprio fluxo espacial, os deslocamentos feitos somente por função construtiva agora começam a ficar para trás. (PAZ, 2008, p. 15)

Ao se considerar a construção como algo provisório no espaço, precisa-se redefinir alguns tópicos, como a própria ideia de arquitetura como espaço construído. **A cidade**, neste ponto, entendida **como sendo uma arquitetura** e ao se falar de arquitetura, não se entende apenas a imagem visual da cidade e o conjunto das suas arquiteturas, mas, de preferência, a arquitetura como construção, refere-se à construção da cidade no tempo. (ROSSI, 2001, p. 37). Por isso, existem casos como as Barracas no Largo da Concórdia, São Paulo, 2007 ou do Mercado no meio do trilho do trem, na Tailândia: Maeklong, que são bastante emblemáticos.

Friedman (1970) elenca questões relacionadas à mobilidade urbana, nomadismo, modernidade, novas configurações de cidade, a cidade ideal e utópica

e o direito à cidade e à moradia. Esse autor é um dos arquitetos de vanguarda que começa a pensar numa arquitetura móvel, numa construção flexível que tem como princípio a desocupação do solo. Desenvolveu o projeto Ville Spatiale (1958) onde propõe uma arquitetura móvel que explora zonas flexíveis, constituídas por materiais fáceis de encontrar, de forma a edificar esta nova expansão da cidade o mais rápido possível.

Hoje a mobilidade se tornou praticamente uma regra. O movimento se sobrepõe ao repouso. A circulação é mais criadora que a produção. Os homens mudam de lugar, como turistas ou como imigrantes. Mas também os produtos, as mercadorias, as imagens, as idéias. Tudo voa. (SANTOS, 1999, p. 262 apud BOGÉA, 2006, p. 7)

O que é certo é que, normalmente, associa-se quase que instantaneamente o termo mobilidade/deslocamento aos povos nômades por viverem em constante movimentação pelo território. Esses povos nômades de outrora possuíam uma tecnologia construtiva, geralmente, de tendas e barracas “leves para transportar e ágeis para montar e desmontar, constroem tendas cujas estruturas contam com a engenhosidade do projeto de arma/desarma para o sucesso do seu deslocamento” (BOGÉA, 2006, p. 27). Havia e ainda há, em alguns casos, uma versão diferente da tenda, nos diferentes continentes dependendo da região: o yurt na Ásia Central, o tipi nas Américas e a tenda dos povos Beduínos na África do Norte e Médio Oriente. Também, os povos indígenas das planícies americanas necessitavam de uma habitação portátil que permitisse tanto o deslocamento quanto a sobrevivência e, assim, as habitações variavam conforme a diversidade climática.

“O termo ‘arquitetura’ é usado em reconhecimento ao fato de que muitos exemplos de edifícios portáteis contemporâneos têm um efeito igualmente significativo no ambiente construído como estruturas estáticas.” (KRONENBURG, 2008, p. 9, tradução nossa). Conceitualmente, a criação de unidades móveis habitacionais continua a ganhar importância no cenário arquitetônico a partir da década de 40 no campo da Arquitetura. Yona Friedman, Nicholas Habraken, Constant Nieuwenhuis, Cedric Price, Buckminster Fuller, e o grupo Archigram foram os mais proeminentes. Mas foi por volta dos anos 80 que se tornou possível afirmar o início do período da arquitetura móvel contemporânea, com um retorno a todas as fases anteriormente apresentadas.

Como novidade, estaria o acompanhamento às mudanças nos sistemas de produção e consumo globais (just-in-time), onde os métodos de projeto se modificaram para abrigar possibilidades de personalização, na qual o cliente poderia escolher os itens incluídos na edificação, seu formato e materiais (MiniMOD); o acompanhamento aos processos de individualização e formações familiares menores (na forma de protótipos ou edificações reais); e a utilização concreta de edificações móveis como medida emergencial para desastres ambientais e de guerra. (DAITX, 2017, p. 36)

Durante os diversos períodos da arquitetura e do urbanismo houve mudanças no modo de vida da população, na sua cultura e costumes, bem como, na economia, tecnologia e materiais. Destaca-se a transição do período pós-moderno para o contemporâneo.

Diferentemente de uma arquitetura baseada num raciocínio de sistemas - em que um grupo variado de componentes é projetado tendo em vista uma diversidade programada de soluções - essa arquitetura vernacular, na maioria das vezes, aprimora-se num desenho recorrente que passará séculos amparando, na manutenção de sua forma, um determinado grupo cultural. (BOGÉA, 2006, p. 27)

Tempos diversos, ao longo da história, casos marcantes da arquitetura móvel que serviram como modo de habitação, a exemplo dos campos de refugiados, os quais são referidos em Gonçalves (2017). Além das habitações efêmeras, nômades e de tantos outros exemplos, existem invenções utópicas. Como é o caso da unidade habitacional *Cushicle* (1966-1967), que utiliza sofisticada tecnologia e alto nível de conforto térmico. Pelo fato de poder ser levada para lugares distantes e desabitados, é de grande utilidade para pesquisadores que precisem explorar florestas ou desertos. Foi planejada para ser uma casa portátil. (SILVA, M., 2004). Outro projeto que explorou a ideia de arquitetura móvel e mutante é o *Drive-in Housing*, criado entre 1964 e 1966 por Michael Webb e David Greene. É um estudo de design que propõe uma moradia interconectada ao carro particular de cada habitante. (SILVA, M., 2004).

“Na sociedade de hoje, numa cultura de upgrades constantes, as pessoas tendem a aborrecer-se dos objetos ‘fora de moda’ a uma velocidade cada vez maior, tanto pela falta de interesse como de valor” (GONÇALVES, 2017, p.15). Nesse sentido, a arquitetura móvel vem como uma resposta às necessidades/mudanças da sociedade atual, pois nesse caso possui maior adaptabilidade e flexibilidade que a tradicional. Além disso, segundo Kronenburg (2008, p. 8, tradução nossa), na defesa da mobilidade, conforme observamos a relevância histórica das construções tradicionais como a tenda, o tipi e o yurt, utilizaram-se de técnicas sofisticadas de construção e “padrões de habitação complexos que não só mantiveram sua relevância por milhares de anos, mas estão ligados a alguns dos padrões de construção mais sofisticados dos dias atuais”.

A Madison Tiny House Village para os sem-teto, criada pela Occupy Madison Inc. que construiu nove pequenas casas, um centro de recursos dia, lavanderia e um espaço de jardinagem comunitária. As casas medem em média 30 m², foram feitas com materiais reciclados e recuperados, possuem uma cama, um banheiro, painéis solares e proteção contra o frio. (NELLEMANN, 2018). Shigeru Ban desenvolveu projetos de abrigos, de tubos de papel, fabricados e testados para ter maior durabilidade. Entulhos de construções destruídas foram utilizados para a base ao

invés de caixas de cerveja, que não puderam ser encontradas nesta área. (TEAM, 2014). Outro grande projeto do arquiteto Shigeru Ban foi a instalação de 1800 unidades de 2m x 2m de habitações temporárias de container em Onagawa-Miyagi, em 2011, pois as moradias temporárias propostas pelo governo eram malfeitas e não havia espaço de armazenamento suficiente.

Existe uma variedade de possibilidades e soluções na arquitetura móvel sendo a sua materialidade, desenho e método de transporte, diversificado. (Siegal, 2002. p. 16). A criação deste edificado deve ser pensada na sua globalidade, envolvendo considerações ecológicas, sociais, culturais e artísticas durante a sua concepção. De facto, a maioria é construído sem qualquer consideração arquitetônico ou pensamento profissional, levando a um produto degradado, feio e de qualidade reduzida, piorando, assim, a imagem da arquitetura móvel. Por estas razões, continua-se a criticar a maioria do edificado móvel como não sendo resultante do pensamento arquitetônico. (GONÇALVES, 2017, p. 15)

Conforme Deleuze e Guatarri (2004), a desarticulação e flexibilidade das estruturas locais, temporais, espaciais, sociais ou materiais são tanto maiores quanto mais estáveis forem os sistemas globais. Nesse sentido, Ábalos (2013, p.152-157), explica que “a casa, [...], como entidade reconhecível e como espaço interior submetido a um zoneamento, deixa de ser interessante, de ser lugar no qual se resolve o projeto”. O nômade necessita apenas de poucos objetos e mobiliário que lhe são meros instrumentos de hedonismo, a sua morada não tem exata relação com o âmbito da cidade, ela anuncia um modo de se instalar no mundo contemporâneo permeado da fugacidade, “sem memória, nem futuro, em um presente contínuo telemático e em um espaço ubíquo nem sempre idêntico em si mesmo”. Esse sujeito está dentro e fora, não se enquadrando como estranho, ou convidado, faz parte apenas realizando seu papel dentro sistema global. Não são, entretanto, iguais em sua mesmice, são turistas, hóspedes temporários na cidade global. Mais uma vez recorreremos a Deleuze e Guattari (2004), ao citar o espaço “liso” em contrapartida com o “rugoso”, que representa o sedentarismo, o tradicionalismo, da cidade institucionalizada. É nesse espaço “liso” que entra o efêmero.

O projeto que assume o temporário parece atuar como uma “máquina de guerra” potencial na produção de territórios, em detrimento do espaço estriado, precisamente quando traça um plano de consistência, uma linha de fuga criadora, um espaço liso de deslocamento, em sintonia com outros agenciamentos. Assim como um nômade, o urbanismo efêmero parece ter a capacidade de aprofundar e acelerar o ‘alisamento’ do espaço estriado ao aplicar seu modelo de projeto flexível, ao construir territórios e instaurar ações poéticas, com nuances políticas e sociais. (BALEN, 2017, p.14, grifo do autor)

Nessa perspectiva, a efemeridade e a mobilidade da moradia estão, por muitas vezes, interconectadas, apesar de não serem uma exceção, também, não são uma regra.

3 | DIREITO À MORADIA

Direito à moradia adequada é aquele que concede segurança, estabilidade e que tenha um espaço adequado, que permita que a moradia seja considerada habitável para uma família. Deve possuir instalações sanitárias e ser servida por rede de esgoto, rede elétrica, coleta de lixo, pavimentação das ruas e transporte público coletivo, bem como, estar próxima a equipamentos públicos, como creches, escolas e locais de lazer.

Em debate mais aprofundado na contemporaneidade sobre a moradia e o morar, nos sécs. XX e XXI, conforme (MORAES; DAYRELL, 2008, p. 15), o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização da Nações Unidas (ONU), divulgou resolução sobre o direito à moradia adequada

A Resolução nº 4 de 1991 define o que considera direito à moradia adequada. Naquele ano a ONU já estimava que existiam mais de 100 milhões de pessoas sem-teto no mundo e que não havia perspectiva desse número se reduzir. O grande mérito desta resolução foi determinar que a moradia adequada engloba não só a questão da habitação, mas sim uma condição de vida digna, que tem relação direta com a efetivação de vários outros direitos humanos. Em diversos outros documentos há o reconhecimento da ONU sobre a gravidade da situação dos despejos, como na Declaração sobre Assentamentos Urbanos (1976), na Agenda 21 (1992), na Agenda Habitat (1996). (MORAES; DAYRELL, 2008, p.15).

Coadunam com o entendimento da ONU Rogers e Gumuchdjian (2015, p. 27-grifos nossos) afirmaram que,

nos próximos trinta anos, o número de habitantes nas cidades em países em desenvolvimento deverá ser acrescido em 2 bilhões de pessoas. Essa imensa urbanização irá causar um crescimento exponencial no volume dos recursos consumidos e da poluição gerada. Contudo, **numa matemática perversa, pelo menos metade desta população urbana em crescimento estará morando em favelas sem água corrente, sem eletricidade, sem esgoto** e quase sem esperança.

São características do direito à moradia adequada emitidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) na Observação Geral nº 4 de 1991, que consistiu numa interpretação normativa e configura um elemento essencial de definição e delimitação desse direito. Nos termos trazidos na Observação, o direito à moradia adequada consiste no direito a viver com paz, segurança e dignidade. Com isso, faz-se necessária a presença dos elementos referentes a dignidade da pessoa humana como a privacidade, segurança. Alguns fatores devem ser apreciados independentemente dos sociais, econômicos, climáticos, ecológicos, são:

- a. a segurança legal da posse: a posse ocorre mediante várias formas, seja pela propriedade, aluguel, arrendamento, habitação de emergência ou até mesmo assentamentos. Contudo, esse estatuto deve garantir tranquilidade ante turbações, expulsões, expropriações, desalojamentos e mudanças arbitrárias do Estado ou do mercado;

- b. disponibilidade de serviços e materiais, facilidades e infraestruturas: deve contar com serviços indispensáveis à saúde, segurança, conforto e nutrição do indivíduo, deve ter a disposição serviços básicos e acesso ao corpo de bombeiros e ambulância, bem como policiamento e pavimentação;
- c. custo acessível: quando os custos relativos ao gozo da moradia não inviabilizem a existência digna e às demais necessidades humanas;
- d. habitabilidade: a moradia deve ser salubre e segura;
- e. acessibilidade: visa resguardar o aspecto material do direito à igualdade, todo devem ter acesso à moradia;
- f. localização adequada: diz respeito a localização geográfica favorável, ou seja, que permita acesso à educação escolar, serviços de saúde, entretenimento. Por exemplo, faz-se inadequado o deslocamento de uma comunidade pesqueira para uma região distante de rios, lagos ou de onde exerça sua atividade. Busca evitar a viabilização do acesso à moradia criando-se numerosos conjuntos habitacionais em guetos excluídos, onde as pessoas tenham acesso a um teto, mas permaneçam privadas da cidade; e
- g. adequação cultural: leva-se em consideração a cultura da sociedade a quem se disponibilizará a moradia. Por exemplo, os indígenas a quem a terra é fundamental e indissociável da moradia. Como forma de, segundo Pisarello (2003, p. 103 apud MONTEIRO, 2015, p. 57), garantir a manutenção da identidade, sobrevivência e viabilidade cultural dessas populações.

Portanto, a omissão no tratamento dessas demandas configura “uma verdadeira vulnerabilização da legalidade que eles mesmos proclamam, com toda carga da deslegitimação que uma afirmação assim supõe.” (MONTEIRO, 2003, p. 48 apud GALINDO, 2015, p. 36). Segundo Ramos (2011), “as características do direito à moradia adequada foram emitidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) no Comentário Geral nº 4 de 1991 (DIREITOS HUMANOS, 1995), consistem no direito a viver com paz, segurança e dignidade. Com isso, faz-se necessária a presença dos elementos referentes à dignidade da pessoa humana como a privacidade e segurança. Alguns fatores devem ser apreciados independentemente dos sociais, econômicos, climáticos, ecológicos, sendo eles:

- **a segurança legal da posse:** a posse ocorre mediante várias formas, seja pela propriedade, aluguel, arrendamento, habitação de emergência ou até mesmo assentamentos. Contudo, esse estatuto deve garantir tranquilidade ante turbações, expulsões, expropriações, desalojamentos e mudanças arbitrárias do Estado ou do mercado;
- **disponibilidade de serviços e materiais, facilidades e infraestruturas:** deve contar com serviços indispensáveis à saúde, segurança, conforto e nutrição do indivíduo, deve ter a disposição serviços básicos e acesso ao corpo de bombeiros e ambulância, bem como policiamento e pavimentação;

- **custo acessível:** quando os custos relativos ao gozo da moradia não inviabilizem a existência digna e às demais necessidades humanas;
- **habitabilidade:** a moradia deve ser salubre e segura;
- **acessibilidade:** visa resguardar o aspecto material do direito à igualdade, todos devem ter acesso à moradia;
- **localização adequada:** diz respeito à localização geográfica favorável, ou seja, que permita acesso à educação escolar, serviços de saúde, entretenimento. Por exemplo, faz-se inadequado o deslocamento de uma comunidade pesqueira para uma região distante de rios, lagos ou de onde exerça sua atividade. Busca evitar a viabilização do acesso à moradia criando-se numerosos conjuntos habitacionais em guetos excluídos, onde as pessoas tenham acesso a um teto, mas permaneçam privadas da cidade; e
 - **adequação cultural:** leva-se em consideração a cultura da sociedade a quem se disponibilizará a moradia. Por exemplo, os indígenas a quem a terra é fundamental e indissociável da moradia. Como forma de, segundo Pisarello (2003, p. 103 apud MONTEIRO, 2015, p. 57), garantir a manutenção da identidade, sobrevivência e viabilidade cultural dessas populações. (RAMOS, 2011).

De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) Brasil (2013, p.16-19), são entendimentos sobre o direito à moradia adequada:

- **exige que o Estado construa habitação para toda a população, mas não obriga que o governo construa todo parque habitacional de uma nação.”** Ou seja, deve focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e “abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia [...] garantir que a habitação de todos seja adequada.”
- **é apenas um objetivo programático a ser alcançado no longo prazo.** Pois,

não obstante as limitações de recursos, algumas obrigações têm efeito imediato, como o compromisso de garantir o direito à moradia adequada, de forma igualitária e não discriminatória, para desenvolver legislação e planos de ação específicos, impedir remoções ilegais e garantir a todos um grau mínimo de segurança da posse;

- **proíbe projetos de desenvolvimento que possam remover pessoas.** Antes das remoções devem sim ser realizadas consultas às pessoas afetadas, considerando suas necessidades e feitas tentativas de desenvolver soluções que minimizem a escala do despejo e os transtornos causados;
- **é mais amplo do que o direito à propriedade,** já que aborda direitos não relacionados à propriedade, pois **visa garantir que todos tenham um lugar seguro para viver em paz e dignidade, incluindo os não proprietários do imóvel;**

- **não pode ser cumprido se não houver acesso à terra.**

- **não significa apenas que a estrutura da habitação deva ser adequada. Também deve haver um acesso sustentável e não discriminatório às infraestruturas essenciais para a saúde, segurança, conforto e nutrição.**

(BRASIL, 2013, grifo nosso)

Lembrando que a carência por moradia adequada **não é reflexo da falta de normas, ou da impossibilidade de se cumprir as normas vigentes, existentes, mas ao que parece, se dá por escolhas estatais**, em priorizar determinados assuntos tanto no âmbito político quanto no jurídico. Entretanto, é um direito fundamental, consagrado como cláusula pétrea na Constituição de 1988 (BRASIL, 2018), no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, o que garante que se identifique o direito à moradia como elemento integrante da própria identidade do Estado, não podendo ser suprimido de nenhuma forma.

Relembrando, a tese que vigora é a do direito à moradia no âmbito da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais; pois, segundo Alexy (2012, p. 254 apud MONTEIRO, 2015, p. 96), existem dois argumentos que servem para justificar tal posicionamento:

- essa prevalência decorre da compreensão de que os direitos fundamentais têm por finalidade primária a defesa do ser humano, individualmente considerado, e não da coletividade, de forma que a perspectiva objetiva se apresenta como espécie de reforço na proteção jurídica dos interesses dos indivíduos; e
- o segundo decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais e de um argumento de otimização desse caráter, no sentido de que o reconhecimento de perspectiva de direito fundamental resulta em um maior grau de realização do que uma previsão meramente objetiva.

Como fator de inclusão social, o direito à moradia adequada, o seu conceito, ultrapassa a noção física de unidade habitacional, conforme já se observou anteriormente. Compreende a construção de um espaço psicológico e humano que permita o alcance das necessidades básicas. Atualmente, o acesso à terra é fator indispensável na busca pelo acesso à moradia, o que resulta na necessidade do acesso ao crédito construtivo e à assistência técnica apropriada. O que se percebe é que existe uma inversão maléfica na ordem do desenvolvimento das políticas públicas que, em vez de seguir a sequência natural de planejamento, construção da infraestrutura e por fim, a promoção da ocupação, faz o inverso, primeiro a população ocupa de forma precária sem qualquer planejamento, para então o Estado buscar soluções de promoção de infraestrutura, tarefa esta que se mostra de maior custo e geralmente menos exitosa, além de mais complexa. Isso, culminado com a crescente especulação imobiliária, dificultam o acesso à moradia.

Contudo, ante o exposto, ressalta-se que no Brasil, os processos de

gentrificação e segregação são e continuam sendo marcantes. Segundo Villaça (2001, p.141) “[...] a segregação é um processo segundo o qual diferentes classes ou camadas sociais tendem a se concentrar cada vez mais em diferentes regiões gerais ou conjuntos de bairros da metrópole”. Conforme Cardoso et al. (2014, p. 4), cria-se, então, os “bolsões” de pobreza e violência, processo que começou por volta dos anos 60, 70 e 80. Não podemos, então, descartar o fato de que apesar de toda tecnologia existente e de todo avanço urbano, arquitetônico e social, ainda hoje há os habitantes de cavernas, de esconderijos, de abrigos rudimentares, de acampamento, de favelas, de conjuntos habitacionais sem nenhuma infraestrutura urbana e, por fim, moradores de rua, por estarem sendo “expulsos” da cidade formal, essa chamada população de baixa renda, vem sofrendo cada vez mais com processo de gentrificação e acaba ocupando áreas de risco, de proteção ambiental, irregulares ou ilegais, cada vez mais afastadas do centro e atualmente, do entorno imediato, causando danos ambientais e danos à sua própria saúde.

De acordo com Monteiro (2015, p. 35), o tratamento dispensado pela comunidade internacional a respeito do direito social à habitação adequada

conjugado com lamentáveis índices de desalojamento e má qualidade de habitação encontrados no mundo, deixa claros que as demandas por moradia dignam não podem ser consideradas como simples apelos morais sujeitos à boa vontade do Poder Estatal, mas ao revés, consistem em obrigações jurídicas assumidas e sujeitas a controle e responsabilização na ordem internacional e interna.

4 | CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que toda pessoa tem o direito de habitar e viver, sem o medo constante que seu espaço seja destruído, sem chances de crescer com infraestrutura adequada. Embora existam mecanismos legais, obrigações jurídicas constantes na Constituição Federal e em legislação infraconstitucional que fundamentem a ação do Estado na solução do elevado deficit habitacional com que convivem as cidades brasileiras, constata-se uma inversão na ordem do desenvolvimento das políticas públicas que, em vez de implantar infraestrutura numa área de interesse social para posterior ocupação pela população, o inverso acontece, a população ocupa de forma precária uma área ilegal, para então o Estado regularizar e implantar a infraestrutura, dificultando e encarecendo assim todo o processo.

Nesse sentido, a habitação efêmera vem como uma sugestão de resposta ao elevado déficit habitacional, por ter maior adaptabilidade e flexibilidade que a construção convencional, podendo ser implantada temporariamente onde existir carência de moradia e, posteriormente, essa modalidade de habitação poderá ser

desmontada e remontada em outro local onde houver necessidade, promovendo uma nova configuração da cidade para que a população obtenha o direito à moradia digna.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Ana Cláudia et al. Os efeitos do programa Minha Casa Minha Vida: a dimensão urbana do pacote econômico. **Anais** [...] XVI Seminário sobre a Economia Mineira, 2014, Diamantina. XVI Seminário de Economia Mineira Repensando o Brasil. Belo Horizonte: Cedeplar Face UFMG, 2014. p. 1-15.

DAITX, Maira Cristo. Arquitetura e nomadismo contemporâneo: Desafios atuais da inserção de edificações móveis no espaço urbano. **Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo**, São Paulo, v. 15, n. 1, p.36-50, out. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2014.

FRIEDMAN, Yona. *L'architecture mobile vers une cite conçue par ses habitants*. [Paris]: Tournai Casterman, 1970.

GUTIERREZ, Ricardo Marques. **Casas móveis: experiência na região oeste do Paraná**. 2008. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Arquitetura e Urbanismo, USP, São Paulo, 2008.

KRONENBURG, Robert. **Portable architecture: design & technology**. 4. ed. Basel (Switzerland), 2008.

MICHAELIS: dicionário escolar língua portuguesa: nova ortografia conforme o acordo ortográfico da língua portuguesa. São Paulo : Melhoramentos, 2009.

MONTEIRO, Vitor de Almeida. **Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORAES, Lucia Maria; DAYRELL, Marcelo. **Direito humano à Moradia e Terra Urbana**. Curitiba: Inesc, 2008.

MONTEIRO, Vitor de Almeida. **Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NELLEMANN, Christina. **Madison Tiny House Village for the Homeless**. 2018. Disponível em: <<https://tinyhouseblog.com/humanitarian/madison-tiny-house-village-homeless/>>. Acesso em: 3 out. 2018.

PAZ, Daniel. **Arquitetura efêmera ou transitória: Esboços de uma caracterização**. 2008. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/09.102/97>>. Acesso em: 3 maio 2018.

PIEROT, Roselane Moita; LIMA, Antônia Jesuíta de. **Reflexões sobre planejamento e crise urbana no Brasil**. Trabalho apresentado ao 13º Colóquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, 2014. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/coloquio2014/Roselane%20Pierot.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

ROSSI, Aldo. **A arquitetura da cidade**. 2. ed. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Desastre ambiental em Brumadinho**. 2019. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/biologia/desastre-ambiental-brumadinho.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SILVA, Marcos Solon Kretli da. **Redescobrimo a arquitetura do Archigram**. 2004. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/04.048/585>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SOUZA, Adriana Nunes de Alencar. **ARIS PÔR DO SOL E AS ARQUITETURAS FLEXÍVEIS** : Estudo de caso para utilização das arquiteturas e equipamentos públicos flexíveis para a efetivação do direito à moradia e à cidade da população da ARIS Pôr do Sol até implantação do projeto vencedor do concurso da CODHAB na localidade. Dissertação apresentada no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2019.

TEAM, AD Editorial. **Projetos Humanitários de Shigeru Ban**. 2014. Disponível em: <<https://www.archdaily.com.br/br/01-185116/projetos-humanitarios-de-shigeru-ban>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel: FAPESP: Lincoln Institute, 2001.

TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC: DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PROCESSUAL EFETIVA, TEMPESTIVA E PROMOTORA DE RESPOSTAS CORRETAS

Data de aceite: 12/12/2018

Hígor Lameira Gasparetto

Advogado. Pós-Graduando em Direito e Processo Tributário pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana (UFN) e em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Santa Maria, RS.

Cristiano Becker Isaia

Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e dos Cursos de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e da Universidade Franciscana. Santa Maria, RS.

RESUMO: O presente trabalho tem por tema o estudo da tese da resposta correta e seu vínculo com direito processual civil, limitando-se ao estudo da promoção da resposta correta no universo das tutelas provisórias, e busca solucionar a seguinte indagação: quais as condições jurídicas de possibilidade para se falar em respostas corretas no universo das tutelas provisórias no Código de Processo Civil? Para tanto, compreendeu-se a tese da resposta correta e sua relação com os fundamentos do novo Código. Posteriormente, o instituto da tutela provisória foi examinado a

partir do reconhecimento do direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva. Foi utilizado o método de abordagem dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do exame doutrinário. O método de procedimento foi o monográfico, a partir da leitura do Código vigente à luz da doutrina, bem como a análise do instituto da tutela provisória e seus desdobramentos, tendo como marco teórico as obras de Ronald Dworkin, Lenio Streck e Jaqueline Mielke. Ao final, concluiu-se pelo reconhecimento do direito fundamental à jurisdição processual efetiva, tempestiva e promotora de respostas corretas, sendo que as tutelas provisórias servem como instrumento de concretização deste direito. Ademais, verificou-se que as condições jurídicas de possibilidade para a existência de respostas corretas no âmbito das tutelas provisórias são a integridade e a coerência da decisão que versar sobre este instituto para com o sistema jurídico e a adequada fundamentação da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: filosofia jurídica, hermenêutica, processo civil.

TEMPORARY GUARDIANSHIP IN CPC:
FUNDAMENTAL RIGHT TO EFFECTIVE AND
TIMELY JURISDICTION AND PROMOTION

ABSTRACT: The present work aims to study the theory of the correct answer and its link to civil procedural law, focusing on the promotion of the correct answer in temporary guardianship. To achieve this, this study attempts to answer the following question: what are the legal conditions of possibility to discuss correct answers regarding temporary guardianship in the Civil Procedure Code? To achieve this, the thesis of the correct answer and its relation to the foundations of the Civil Procedure Code of 2015 were analyzed. Then, the institute of temporary guardianship was examined from the recognition of the fundamental right to effective and timely procedural jurisdiction. The study was carried out deductively using bibliographical research based on doctrine. The method of procedure was the monographic one by the reading of the Code in the light of the doctrine, as well as the analysis of temporary guardianship and its ramifications, using as theoretical framework the works of de Ronald Dworkin, Lenio Streck e Jaqueline Mielke. The study concluded by recognizing the fundamental right to effective and timely procedural jurisdiction and promotion of correct answers, being that temporary guardianship serves as an instrument for the attainment of this right. In addition, it was verified that the legal conditions of possibility for the existence of correct answers in the scope of temporary guardianships are the integrity and coherence of the decision that refer to this institute with respect to the legal system and its foundations.

KEYWORDS: civil procedure, hermeneutics, legal philosophy

1 | INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de março daquele ano, foi aprovado sob um contexto de grandes expectativas. A consolidação de um novo diploma processual, o primeiro Código brasileiro elaborado totalmente à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), trazia consigo a espera por uma nova sistemática processual, que tinha por objetivo sanar diversos problemas do Código anterior. A partir deste panorama é que foram criados e/ou reformulados institutos processuais que visam concretizar os fundamentos em que o legislador se debruçou no momento de confecção do novo Código.

Dentro deste contexto é que este trabalho objetiva investigar a tese da resposta correta e sua relação com os fundamentos do novo CPC, buscando verificar suas afinidades, bem como examinar o instituto da tutela provisória, compreendendo-o como instrumento posto à disposição dos jurisdicionados, visando responder ao seguinte questionamento: quais as condições jurídicas de possibilidade para se falar em respostas corretas no universo das tutelas provisórias no Código de Processo Civil de 2015?

A partir desta indagação, o trabalho se divide em duas seções. A primeira seção

apresenta uma abordagem da tese da resposta correta e da sua relação com os fundamentos do novo Código de Processo Civil. Na segunda seção é feito o exame do instituto da tutela provisória a partir de duas perspectivas: inicialmente como instrumento do direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva e, posteriormente, relacionada aos fundamentos do Código e à tese da resposta correta.

Como método de abordagem, elegeu-se o dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir do exame doutrinário, adotando como marco teórico as obras de Ronald Dworkin, Lenio Streck e Jaqueline Mielke. O método de procedimento utilizado foi o monográfico, a partir da leitura do Código vigente à luz da doutrina, bem como a análise do instituto da tutela provisória e seus desdobramentos.

Diante desta configuração metodológica, e do cotejo das duas seções, conclui-se pelo reconhecimento de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e promotora de respostas corretas, verificando as condições de possibilidade para sustentarmos a existência de respostas corretas no âmbito das tutelas provisórias.

2 | OS FUNDAMENTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TESE DA RESPOSTA CORRETA

A tese da resposta correta exsurge como um contraponto ao positivismo jurídico. Segundo a corrente positivista, ancorada por Hans Kelsen e, posteriormente, Herbert Hart, quando o juiz depara-se com um caso difícil (*hard case*), ele tem “o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (DWORKIN, 2010, p. 130). Nesse ínterim, o juiz, diante de um caso difícil, onde as regras não dispõem a resposta ao caso, dispendo desta discricionariedade, legislará, aplicando o direito retroativamente ao caso concreto.

O positivismo jurídico está abarcado em uma matriz que sustenta o esquema sujeito-objeto. Tal esquema pressupõe o direito como sendo um “objeto, que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse ‘objeto’ seria produto do próprio sujeito do conhecimento” (STRECK, 2010, p. 61). O sujeito é o juiz solipsista que, conforme Streck, é aquele “encapsulado, que não sai de si no momento de decidir”, o sujeito-juiz que decide ancorado em suas íntimas convicções, a partir de um modelo onde o direito é objeto, posto à sua apreciação e construído a partir de suas próprias experiências e vontades (2010, p. 57).

Não obstante, esse modelo sujeito-objeto se divorcia da razão prática, tendo como base tão somente a razão teórica, o que faz com que o direito se torne um

objeto a ser manejado pelos operadores e se restringia à própria legislação positiva.

O positivismo encontrou duras críticas ante ao seu modelo formalista, fechado, que rechaçava o “mundo real” e conferia a discricionariedade ao julgador para agir diante de um *hard case*: “discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado” (STRECK, 2010, p. 56).

Nesse ínterim, Ronald Dworkin, buscando afastar a ideia positivista que defende a discricionariedade do julgador, leciona que o juiz, diante de um caso difícil, “continua tendo o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não o de inventar novos direitos retroativamente” (2010, p. 130).

Para sustentar seu argumento, o referido autor tece uma linha pela qual se é possível construir a resposta correta. Resposta essa que é, por conseguinte, a decisão judicial, construída superando a discricionariedade judicial e amparada na racionalidade, culminando com a possibilidade de se chegar a uma única resposta correta para cada caso concreto (COSTA, 2013, p. 174).

Seriam, assim, condições de aplicação da resposta correta: a integridade, a coerência e a fundamentação das decisões (esta última, na lição de Lenio Streck), dentro do sistema jurídico, utilizando das regras e dos princípios, mas nunca de forma discricionária. Observemos cada uma das condições de aplicação.

Inicialmente, o direito como integridade, segundo Dworkin, “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta de rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (2014, p. 294).

Assim, o julgador “deve optar pela interpretação que, do ponto de vista moral e político, melhor reflita a estrutura das instituições e das decisões da comunidade” (COSTA, 2013, p. 176). Manter-se-ia, desta forma, a integridade da decisão com o sistema jurídico de leis (regras) e princípios já instituídos na comunidade.

Em seguida, a coerência também é uma condição de aplicação da resposta correta, mormente no sentido de que o juiz, na oportunidade de formular sua decisão, deverá observar aquelas já adotadas anteriormente, de modo a manter não somente a integridade como também a coerência do sistema como um todo.

Por fim, há de se falar na obrigatoriedade da fundamentação da decisão para que se fale em resposta constitucionalmente adequada, na lição de Streck. Segundo o referido doutrinador, “a resposta (decisão) não é nem única nem a melhor: simplesmente, se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição” (STRECK, 2010, p. 97).

Ainda que na tese original de Dworkin o dever de fundamentação da decisão não seja uma das condições de aplicação (ou até mesmo existência) da resposta correta, é necessária tal complementação, proposta por Lenio Streck, pois aprimora a tese à luz do direito processual brasileiro, adotante da *civil law* e de um sistema

fundado na Constituição como norma fundamental.

Logo, necessário o cotejo proposto por Streck, na medida em que se adiciona à tese da resposta correta a questão da fundamentação das decisões, de modo a conferir, além dos pressupostos já elencados por Dworkin, um acréscimo provindo do texto constitucional, visando afastar, em essência, a figura do julgador solipsista à luz da limitação do poder imposto pelo Estado Democrático de Direito.

Destarte, a resposta correta deve ser a única proferida pelo juiz, observada a Constituição e a legislação em regência, devendo se deixar de lado qualquer discricionariedade.

Com efeito, é possível vislumbrar que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe exatamente esta disposição em diversas oportunidades. O primeiro artigo do diploma processual estampa como um dos fundamentos do novo Código a sua constitucionalização, determinando que todo o processo civil será ordenado e executado na forma e em observância da Constituição.

Nesse diapasão, toda a leitura do processo civil deve ser feita à luz do texto constitucional, o que faz com que se mencione o artigo 93, IX, da Constituição da República, que determina expressamente que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Verifica-se, com efeito, uma das condições de possibilidade da resposta correta.

Logo, tem-se que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme norma constitucional expressa. Verifica-se, com efeito, uma das condições de aplicação da resposta correta. Ainda, analisando a disposição do novo Código de Processo Civil, é imperioso trazer à baila o seu artigo 489, parágrafo 1º, que incorporando o comando constitucional acima mencionado, prevê quais os elementos essenciais da sentença e, ademais, determina como não será considerada fundamentada a decisão judicial.

Ora, a disposição do Código de Processo Civil acima referida, conjugada com o comando constitucional do artigo 93, IX, ilustra de forma evidente, a inclinação pelo legislador em garantir o direito à resposta correta aos jurisdicionados. Veja-se que o Código preocupa-se em delimitar como se fundamentarão as decisões, de modo a respeitar a integridade do sistema, bem como sua coerência, não bastando ao julgador afirmar que tal caso se amolda (ou não se amolda) em determinada súmula ou jurisprudência (precedente), se não demonstrar efetivamente à luz do conjunto fático e probatório dos autos.

Como outro exemplo, deve se destacar a valorização das demandas repetitivas e a fortificação dos precedentes, de modo que o juiz deve observar as situações elencadas no artigo 927 do Código no momento da formulação da decisão. A escolha por delimitar um sistema de precedentes visa proporcionar maior coesão do sistema jurídico, afastando decisões divergentes nos diversos Tribunais, além

de conferir mais celeridade e igualdade às causas.

Destarte, não só na aplicação ou não de determinado precedente, mas na própria criação deste precedente deverá o órgão jurisdicional observar as premissas da teoria da resposta correta, visando proteger o jurisdicionado de arbitrariedades e discricionariedades, na forma do artigo 489, parágrafo primeiro do diploma processual. Esta é uma proteção do Estado Democrático de Direito e uma limitação de poder que lhe é inerente.

3 | AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/2015 E O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO PROCESSUAL EFETIVA, TEMPESTIVA E PROMOTORA DE RESPOSTAS CORRETAS

Os direitos fundamentais são a base jurídica de um Estado Democrático (CANOTILHO, 1993, p. 431). Canotilho refere que tais direitos vêm amparados por normas de direitos fundamentais, as quais “designam-se por todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais”(1993, p. 111). O autor aponta que “a importância das normas de direitos fundamentais deriva do *facto* de elas, *directa* ou *indirectamente*, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos” (1993, p. 111).

Os direitos fundamentais devem ser enfrentados como expressões máximas da Constituição, que conferem aos cidadãos as garantias básicas (e mínimas) para a vida na comunidade e para sua integração no sistema social, político e jurídico.

Ademais, Sarlet assinala a eficácia vinculante (e dirigente) dos direitos fundamentais, conforme o próprio texto constitucional determina (vide artigo 5º, parágrafo 1º, CRFB), no sentido de que todo o Estado, de forma irrestrita, deve observar os direitos fundamentais, seja no momento de criar a norma, executá-la, ou julgar cada caso concreto (2012, p. 315-322).

A partir destas premissas é que se percebe a criação de legislações e, no âmbito processual especificamente, a criação de procedimentos e técnicas que visam entregar ao jurisdicionado os direitos fundamentais previstos na Constituição. No mesmo sentido argumenta Medina, quando refere que “essa ordem de ideais [direitos fundamentais], [...] justifica a criação de técnicas adequadas à tutela de situações em que a urgência se mostra presente, mas não apenas de tais técnicas, como também, de outras, ajustadas ao direito material” (2017, p. 456).

Mielke sustenta que, uma vez que nenhuma lei pode contrariar a Constituição, tampouco os direitos fundamentais lá previstos, a consequência é a edição de um Código que privilegia os direitos fundamentais. Diante disso, a autora sustenta a existência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando

houver necessidade, preventiva (2017, p. 220). A importância de reconhecer o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva é cristalina, no sentido de que o processo é o meio para se garantir todos os demais direitos. É dizer, o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos (MIELKE, 2017, p. 221).

O direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva encontra guarida em diversos dispositivos constitucionais e, por óbvio, na legislação processual. Na Constituição, merece destaque o artigo 5º e seus incisos XXXV e LXXVIII. À luz destas disposições, o CPC imprime em diversas oportunidades estes direitos, a partir de seu rol de fundamentos. Logo, vê-se que tanto a Constituição, no seu capítulo referente aos direitos fundamentais, como o próprio CPC, consagraram o que se denominou de direito fundamental à jurisdição efetiva e tempestiva.

Dessa forma, para que se garanta concretamente este direito fundamental, são necessários instrumentos que confirmam ao Poder Judiciário e às partes envolvidas na relação processual meios de ação, procedimentos e técnicas, a fim de que o referido direito não reste inaplicável. Com efeito, um destes instrumentos é a tutela provisória. Este instituto foi reformulado no CPC de 2015 e, agora, se reparte em tutela da urgência (divida em cautelares e satisfativas) e da evidência.

A tutela provisória, outrossim, é uma das formas de se concretizar a jurisdição efetiva e tempestiva, na medida em que alcança de forma rápida, em determinadas situações, o direito material àqueles que o buscam, mas não podem aguardar o curso regular do processo.

Por outro lado, garante também que em certas oportunidades, medidas serão adotadas pelo magistrado a fim de garantir o resultado útil ao processo (o que prevê a tutela de urgência cautelar). E ainda, confere ao jurisdicionado o direito que lhe é evidente, quando for o caso, sem a espera por toda a tramitação da lide. Tal instrumento, outrossim, exsurge com o objetivo de evitar que o processo seja o próprio causador de lesão a determinado direito, quando deveria ser justamente o meio para alcançar direitos resistidos.

Analisadas as espécies de tutelas provisórias insculpidas no Código, é possível perceber uma reformulação do sistema se comparado ao que vigorava até então. Mais do que atualizar o sistema de tutelas, pode-se afirmar que o legislador trouxe para este instituto muito dos fundamentos debatidos anteriormente, mormente no que se refere à busca por celeridade e por integridade do sistema jurídico. Todavia, é de se ressaltar que, para o juiz apreciar cada requerimento de tutela provisória e poder determinar qual é a medida mais adequada ao caso, deverá observar aquilo que já foi apontado, no que se refere ao modo de construir sua decisão.

Assim, considerando que a decisão que versa sobre cada aspecto da tutela provisória deve observar os pressupostos teóricos da tese da resposta correta, pode-

se afirmar que as condições de possibilidade (ou de existência) destas decisões serão: a observação da integridade do sistema; a coesão da decisão para com o sistema e; a fundamentação da decisão, na forma do texto constitucional. Logo, para que se fale em decisão correta sobre a concessão, denegação ou efetivação das tutelas provisórias, estas condições devem ser observadas pelo juiz.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese da resposta correta surgiu como contraponto à corrente positivista e sustenta que as decisões judiciais devem ser construídas observando certas condições de possibilidade, que são a integridade e a coerência do sistema jurídico, bem como a fundamentação das decisões. Da mesma forma, tal tese afasta a discricionariedade do julgador na resolução dos casos postos à sua apreciação. Assim, se a decisão é elaborada à luz destas condições jurídicas de possibilidade, se está diante de uma resposta correta e constitucionalmente adequada.

Logo, verificou-se que os fundamentos do novo CPC privilegiam a aludida tese, posto que em diversas oportunidades restou evidente a inclinação do legislador em fornecer ao jurisdicionado respostas corretas em processo civil (como exemplo o artigo 489, parágrafo primeiro, do CPC, combinado com o artigo 93, IX, CRFB, além do artigo 926 do CPC).

De outra banda, além destes fundamentos se relacionarem com a tese da resposta correta, são também necessários instrumentos que garantam a aplicabilidade das premissas que o Código traz consigo, como a celeridade processual, por exemplo. Logo, caso não se efetivem as disposições trazidas no interior do diploma processual, o mesmo resta inócuo, sem utilidade.

Desta forma é que restou evidente a importância das tutelas provisórias instituto aperfeiçoado neste Código e que deve ser examinado a partir de um contexto amplo, que é o do direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva.

Não obstante, o direito fundamental à jurisdição processual efetiva e tempestiva está positivado na Constituição da República e é o meio para a garantia de todos os demais direitos. Ademais, tem-se a tutela provisória como instrumento para conferir vida ao mencionado direito fundamental.

Da mesma forma, cotejando a tese da resposta correta com este instituto, pôde-se perceber que para se falar em respostas corretas no universo das tutelas provisórias, deverão ser observados todas as condições de possibilidade mencionadas, ou seja, a inclusão no sistema jurídico deste provimento (que versa sobre a concessão, denegação, confirmação ou efetivação da tutela provisória) de forma íntegra, coerente e com a respectiva fundamentação adequada.

Por fim, diante do contexto ilustrado e aglutinando as proposições defendidas ao longo deste estudo, a conclusão que se chega é que existe um direito fundamental à jurisdição processual efetiva, tempestiva e promotora de respostas corretas. Direito este que se extrai do texto da Constituição e da legislação, isso porque não há como cindir um direito do outro.

E para trazer luz a este direito, as tutelas provisórias tem enorme função, pois não existe jurisdição efetiva se a mesma não for célere, tampouco não é suficiente existir resposta célere, se esta não for efetiva. Mas ressalta-se, para que seja célere e efetiva, a resposta deve estar correta e constitucionalmente adequada, como qualquer provimento judicial. Do contrário, há violação ao regramento processual e uma consequente afronta ao sistema jurídico.

Finalmente, aceitando a existência do direito fundamental à jurisdição processual efetiva, tempestiva e promotora de respostas corretas, se estará privilegiando o texto constitucional e os fundamentos do CPC. Especialmente no que se refere a uma das maiores irresignações dos jurisdicionados, a morosidade processual.

Ademais, fazendo valer este direito fundamental, toda a sociedade ganha, pois o magistrado atuará nos limites da Constituição, exonerando suas íntimas convicções no momento de decidir, de modo que o provimento estará fundado tão somente no direito. É isso que o CPC determina, é isso que a Constituição da República determina e é isso que o jurisdicionado espera.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

COSTA, Miguel do Nascimento. Direito Fundamental à resposta correta e adequada à Constituição. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 5, n. 8, p. 170-189, Jan./Jun 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito processual civil moderno**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIELKE, Jaqueline Silva. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.966

Data de aceite: 12/12/2018

Thiago André Marques Vieira

Centro Universitário Católica de Santa Catarina

Larissa da Luz

Especialista em Processo Civil pela Faculdade CESUSC

RESUMO: O Novo CPC instituiu o procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente e previu que a decisão que defira tal tutela de urgência deve ser combatida, nos termos do art. 304 do CPC. A técnica legislativa redacional foi clara ao afirmar que deve ser interposto o respectivo recurso contra esta decisão sob pena do processo ser extinto e estabilizar-se a tutela antecipada deferida em caráter antecedente. O cerne do problema é saber qual a interpretação mais adequada do art. 304 do Código de Processo Civil. A questão é complexa, pois envolve a própria interpretação do Novo Código de Processo Civil a partir das próprias premissas estabelecidas por ele mesmo em seus dispositivos inaugurais. Ou seja, o Código de Processo Civil estabeleceu que a legislação processual deve ser aplicada e interpretada a partir dos princípios constitucionais aplicáveis. Neste caso, constata-se que o abreviamento da demanda em razão da omissão do Réu

em apresentar Agravo de Instrumento contra a decisão que deferir a tutela antecipada em caráter antecedente pode configurar lesão a direitos fundamentais tais como o da ampla defesa e do contraditório. Verifica-se, portanto, a importância do tema em discussão, eis que o art.304 do Código de Processo impõe determinadas limitações ao exercício do direito de ação e obrigação ao Réu ao qual ele possa não ter o interesse de cumprir e tão somente o fará com a intenção de poder permanecer litigando. A obrigação de apresentação de recurso nessa hipótese merece melhor estudo e aprofundamento diante da complexidade do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada antecedente. Recurso. Estabilização.

ABSTRACT: The New CPC instituted the anticipated guardianship procedure in advance and provided that the decision defending such urgent guardianship must be opposed, pursuant to art. 304 of the CPC. The drafting legislative technique was clear in stating that the respective appeal against this decision should be filed under penalty of the case being extinguished and stabilizing the anticipated protection granted in advance. The crux of the problem is knowing what is the most appropriate

interpretation of art. 304 of the Code of Civil Procedure. The issue is complex because it involves the very interpretation of the New Code of Civil Procedure from the very premises established by himself in his inaugural provisions. That is, the Code of Civil Procedure has established that procedural law must be applied and interpreted from the applicable constitutional principles. In this case, it is clear that the abbreviation of the claim due to the Defendant's failure to present an Interlocutory Appeal against the decision granting the anticipated protection in advance may constitute damage to fundamental rights such as broad defense and contradictory. Therefore, it is verified the importance of the subject under discussion, behold that article 304 of the Code of Procedure imposes certain limitations on the exercise of the right of action and obligation to the Defendant to which he may not have the interest to comply and only the will do so with the intention of being able to remain in litigation. The obligation of appeal in this hypothesis deserves better study and deepening in view of the complexity of the theme.

KEYWORDS: Early button background. Resource. Stabilization.

1 | INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu o procedimento de tutela antecipada em caráter antecedente e previu que caso a decisão defira tal tutela de urgência esta deve ser combatida, nos termos do art. 304 do CPC. A técnica legislativa redacional foi clara ao afirmar que deve ser interposto o respectivo recurso contra esta decisão sob pena do processo ser extinto e estabilizar-se a tutela antecipada deferida em caráter antecedente.

O cerne do problema é saber qual a interpretação mais adequada do art. 304 do Código de Processo Civil. A questão é complexa, pois envolve a própria interpretação do Novo Código de Processo Civil a partir das próprias premissas estabelecidas por ele mesmo em seus dispositivos inaugurais. Ou seja, o Código de Processo Civil estabeleceu que a legislação processual deve ser aplicada e interpretada a partir dos princípios constitucionais aplicáveis.

Neste caso, constata-se que o abreviamento da demanda em razão da omissão do Réu em apresentar Agravo de Instrumento contra a decisão que deferir a tutela antecipada em caráter antecedente pode configurar lesão a direitos fundamentais tais como o da ampla defesa e do contraditório.

Verifica-se, portanto, a importância do tema em discussão, eis que o art.304 do Código de Processo se interpretado em sua literalidade impõe determinadas limitações ao exercício do direito de ação e obrigação ao Réu ao qual ele possa não ter o interesse de cumprir e tão somente o fará com a intenção de poder permanecer litigando. Em suma, a obrigação de apresentação de recurso nessa hipótese merece

melhor estudo e aprofundamento diante da complexidade do tema.

Para verificar, portanto, qual a interpretação mais adequada do art. 304, será abordado no primeiro capítulo a inserção da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente no código de processo civil de 2015, eis que inovador neste procedimento; no segundo capítulo será feita uma apresentação detalhada do procedimento; para em seguida realizar uma análise da decisão proferida no recurso especial 1.760.966; e por fim concluir a partir da análise anterior a interpretação mais adequada no último capítulo.

2 | A INSERÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe várias novidades ao direito processual civil brasileiro, dentre essas novidades a tutela antecipada concedida em caráter antecedente foi uma delas. O Direito Italiano foi a fonte principal para o advento da tutela antecipada no processo civil brasileiro, cuja prioridade é a máxima eficácia da prestação da atividade jurisdicional no procedimento (NUNES, 2015, p. 32).

A Constituição Federal de 1988 prevê a garantia da tutela jurisdicional reparatória, preventiva e célere, de modo que o direito ao acesso à justiça seja tutelado adequadamente com efetividade e duração razoável (SCARPELLI, 2016, p. 10). Contudo, para melhor atender aos princípios contidos na Constituição Federal de 1988 e assim frustrar a morosidade do sistema processual foi necessária a criação de técnicas diferenciadas.

A tutela antecipada exerce caráter satisfativo, já a cautelar exerce caráter assecuratório. A escola italiana, por acreditar “que apenas a coisa julgada material traria a segurança jurídica necessária aos julgamentos” acreditava que a técnica cautelar deveria ser utilizada como “meio de assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final de mérito”, contendo, portanto, característica cognitiva e processual executiva (LAMY, 2007, p. 46). A tutela cautelar é compreendida como de caráter instrumental, o qual tem por finalidade assegurar, que oportunamente, o provimento jurisdicional possa ser efetivado.

No entanto, foi constatado na prática, “a necessidade de tutelar a urgência não apenas de forma assecuratória, mas também de maneira inominada” de modo que “a prática cotidiana aplicasse a via cautelar para tais fins”. Maneira que algumas medidas de caráter satisfativo estavam previstas no CPC de 1973 e eram utilizadas pela via cautelar, trazendo confusão a aplicação das diferentes tutelas, (LAMY, 2007, p. 28).

Com as necessidades da população verificadas na prática jurisdicional, verificou-se que em determinados casos a espera pela sentença traria graves prejuízos as partes com o perecimento do direito, razão pela qual foi inserida a previsão do art. 273 do CPC. Como expõe Lamy a “generalização da técnica antecipatória” foi introduzida no sistema processual, “visando exatamente possibilitar a tomada de decisões de cunho executivo e satisfativo, no bojo do processo de conhecimento, através da cognição sumária” (2007, p. 29).

O Código de Processo Civil de 2015, simplificou o procedimento, extinguiu o processo cautela e trouxe a ideia de um procedimento para concessão de tutela urgente prévio para dentro do processo de conhecimento. No Código vigente a tutela de natureza cautelar ficou inserida nas tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar, podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental (SCARPELLI. 2016. p. 11).

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, ao trazer para a fase inicial do processo principal ambas as tutelas, simplificou o procedimento, tornando a prestação da tutela jurisdicional mais eficaz e célere, além de proporcionar maior clareza na diferenciação dos procedimentos das tutelas antecipadas satisfativas às cautelares.

O CPC de 2015 deu relevância à classificação da tutela de acordo com a natureza e ao momento processual, definindo-as respectivamente em cautelar ou antecipada, e em caráter antecedente ou incidental. Sendo que o procedimento cautelar sempre dependerá de uma causa fundamentada em um direito acautelado que pode ser instaurado de forma preliminar ou como incidente de uma ação declarativa ou executiva. Portanto, “o rito da tutela provisória tem perfil semelhante ao da ação de cognição, só que limitada em extensão e em profundidade, e com eficácia executória própria, o que dispensa um novo processo para ser tornada efetiva” (ALVIM. 2016, p. 25).

As tutelas provisórias urgentes podem ser requeridas e concedidas de forma antecedente, ou incidental, inclusive, dependendo do caso, inexistindo a obrigatoriedade de interposição do principal posteriormente. A possibilidade de configuração de uma sistemática procedimental diferenciada através da tutela de urgência cautelar ou antecipada requerida em caráter antecedente, bem como a estabilização da tutela antecipada, demonstram a percepção da busca pelos jurisdicionados na maior parte das vezes, por uma solução rápida e efetiva, ainda que precária de certeza definitiva e imutável (VALIM, 2015, p. 288).

O instituto do *référé* francês, inclusive, também foi pautado no mesmo sentido de “percepção de que os franceses visam à pacificação do conflito, ainda que pautado em uma cognição sumária, desde que a prestação jurisdicional seja célere e efetiva” (VALIM, 2015, p. 288). Tal observação do instituto francês é de

extrema importância, visto que a formulação da estabilização da tutela decorreu de inspiração no direito Francês e Italiano (LAMY, 2018, p.85), cujos ordenamentos já a consagram através do mencionado *référé* da França e nos projetos legislativos italianos (GRINOVER, 2005, p. 26).

Ada Pellegrini Grinover realizou estudos no direito comparado acerca da “tutela jurisdicional que se contrapõe à obtida por intermédio do procedimento ordinário, de cognição plena e exauriente, levando a uma sentença de mérito” (GRINOVER, 2005, p. 26). Os estudos realizados não se restringiam a análise de procedimentos, tratavam de analisar um modo de cognição sumária, com limites à cognição, “formalmente autônomos que levam a um provimento de caráter satisfativo (GRINOVER, 2005, p. 26).

A tentativa de inserção do referido instituto na legislação processual brasileira, ocorreu através do projeto de Lei nº 186/2005, que “visava à reforma do art. 273” do código de processo civil de 1973, “fazendo nele constar a técnica processual, embora de forma bem diversa do que consta no NCPC” (LAMY, 2018, p. 85-86), visto que previa, inclusive, a possibilidade de a medida antecipatória adquirir força de coisa julgada, conforme art. 273-B, §2º do projeto de lei. De todo modo, foi no NCPC somente que a estabilização da tutela ganhou previsão expressa no art. 304, nas hipóteses de concessão de tutela de natureza satisfativa (tutela antecipada) requerida de forma antecedente, excluindo, portanto, as tutelas cautelares e de evidência (LAMY, 2018, p. 87-88).

Os objetivos mais marcantes da estabilização da tutela visam a celeridade e economia processual, decorrentes da desvinculação do “mecanismo de tutela sumária à decisão final, obtida pela cognição exauriente” (LAMY, 2018, p. 86).

A possibilidade de estabilização da tutela, decorrente da “autonomização da tutela de cognição sumária” (LAMY, 2018, p. 86), proporciona maior respeito à vontade das partes, pois que visa “permitir que as próprias partes decidam sobre a conveniência, ou não, da instauração ou do prosseguimento da demanda” (GRINOVER, 2005, p. 28).

Se as partes estão satisfeitas com aquela decisão antecipatória, portanto, não pretendem que a decisão seja modificada e não vislumbram necessidade de dar continuidade ao processo, gerando mais custos, despendimento de tempo, energia e possibilidade de ter a decisão alterada ao final, a vontade delas devem ser consideradas, pois que não há mais conflito entre elas. “Se o ponto definido na decisão antecipatória é o que as partes efetivamente pretendiam e deixam isso claro por meio de atitude omissiva”, “tem-se por solucionado o conflito existente entre as partes” (GRINOVER, 2005, p. 28).

3 I DO PROCEDIMENTO PARA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O procedimento das tutelas antecipadas satisfativas de caráter antecedente está previsto no art. 303 do Código de Processo Civil de 2015. Tal artigo possibilita ao Autor da ação apenas a realização de uma petição simples e objetiva, em que conste uma breve exposição fática, a demonstração do *periculum in mora*, do *fumus boni juris*, o requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente, a indicação do pedido da tutela final a ser prestada e o valor da causa (LAMY, 2018, p. 89).

De acordo com o CPC de 2015, em seu art. 303, interposta tutela antecipada em caráter antecedente, se concedida o Autor poderá aditar a inicial no prazo de 15 dias, ou outro fixado pelo juízo, ou se não concedida deverá aditar a inicial no prazo de até 5 dias.

Mirna Cianci, descreveu o itinerário procedimental disposto no Código de Processo Civil de 2015, em que foram conferidos dois ritos diferentes às tutelas antecipadas, a do art. 303, para o caso em que a tutela seja concedida e o réu ofereça recurso, ou do art. 304, que será utilizado quando não houver recurso do réu, de modo que a tutela concedida fica estabilizada (CIANCI, 2015, p. 252). A estabilização significa que a tutela será consolidada, sendo necessária uma nova ação para rediscuti-la.

Segundo o que prevê literalmente o art. 304 do NCPC, a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, portanto, é cabível caso o Réu deixe de interpor o respectivo recurso contra a decisão que defere o pedido formulado pelo Autor. De tal sorte, caso estabilizada a tutela o Réu “propor demanda com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada satisfativa estabilizada”, no prazo de dois anos contatos a partir da ciência da decisão que extinguir o processo (OLIVEIRA, 2015, p. 226-227). Isto significa que a decisão que extingue o processo em razão da estabilização da tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada.

O cerne do problema é saber qual a interpretação mais adequada do art. 304 do Código de Processo Civil. As interpretações possíveis são: (i) deve ser apresentado Agravo de Instrumento contra esta decisão e em caso de não impugnada a decisão pela via recursal, as intenções do Autor devem prevalecer e o processo extinto sem resolução de mérito; (ii) o significado da palavra recorrer deve ser interpretada no sentido de apresentar impugnação em sentido *lato*, ou seja, caso o Réu impugne o ato de outra forma em sede do juízo de primeiro grau, deverá ser resguardado o seu direito de ação.

Leonardo Beduschi e Heidy Santos Henckemaier caracterizam a situação como complexa, visto que no anteprojeto de Lei nº 166/2010, do Senado Federal,

previa o termo “impugnação”¹, sendo posteriormente alterado para “recurso”, motivo pelo qual surgiram duas correntes doutrinárias, uma que defende a aplicação literal do dispositivo e outra que entende o termo “recurso” no sentido lato de impugnar (BEDUSCHI; HENCKEMAIER, 2016, p. 245).

J.E. Carreira Alvim, (2016, p. 127) entende que o dispositivo legal deve ser interpretado de forma literal, de modo que não interposto recurso, ou seja, agravo de instrumento, ou embargos de declaração, ocorre a estabilização. Ainda, ressalta que qualquer outra medida judicial interposta pelo réu deve ser liminarmente rejeitada por meio de decisão interlocutória e sentença dispensada para que não surja ao réu a oportunidade de insurgir-se daquela sentença (ALVIM, 2016, p. 127).

Outros autores, como Cássio Scarpinella Bueno, Dierle Nunes e Érico Andrade, defendem a primeira corrente, a de interpretação literal do dispositivo. Já alguns doutrinadores como, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Ravi Peixoto e Teresa Arruda Alvim Wambier defendem o sentido lato da palavra recorrer, com uma leitura mais generosa do dispositivo (BEDUSCHI; HENCKEMAIER, 2016, p. 246-247).

A justificativa apontada pelos doutrinadores, em defesa da interpretação literal do dispositivo é de que a alteração do termo impugnação para recorrer no anteprojeto, justamente para constar a via recursal como única forma de impugnação pelo réu. Além de que impossibilita a violação do objetivo de haver uma decisão eficaz que pode ser extinta sem aplicação do trânsito em julgado, pois que de modo contrário, as partes na prática, estariam sujeitas a uma cognição exauriente (BEDUSCHI; HENCKEMAIER, 2016, p. 246-247).

No entendimento de Luiza Silva Rodrigues, apenas a interposição do recurso de agravo de instrumento obsta a estabilização da tutela. Ainda, expõe que basta a interposição do recurso com tempestividade, não havendo obrigatoriedade de que este recurso seja fundado em razões plausíveis. Portanto, a interpretação literal do dispositivo é a que merece guarida, pois caso seja dada uma interpretação mais ampliativa ao dispositivo, “reduziria à completa ineficácia o instituto da estabilização, ora inserido no direito brasileiro” (RODRIGUES, 2016, p. 296-297).

Weber Luiz de Oliveira, destaca que a estabilização da tutela antecipada, ocorrida com a interpretação literal do dispositivo legal, visa a “satisfatividade da decisão judicial e a sua efetividade” (OLIVEIRA, 2015, p. 244). Uma vez que deveria haver contestação somente após o aditamento da inicial, conseqüentemente, após

¹ “Art. 279. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento. (...) Art. 288. § 2º Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua eficácia. (...) Art. 289. §2º A apresentação do pedido principal será desnecessária se o réu, citado, não impugnar a liminar.” (destaque nosso). BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.** – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 27 de set. de 2019.

a concessão da tutela, impugnar tal decisão antecipando a contestação à inicial que ainda será aditada tumultuária o processo e iria ao desencontro da economia e celeridade processual.

Os doutrinadores favoráveis a interpretação mais generosa do dispositivo, entendem que o CPC de 2015 visa a redução da recorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que impor ao réu a necessidade de interpor agravo de instrumento vai ao desencontro desse preceito, bem como deve ser evitado o aumento substancial de sobrecarga de trabalho nos tribunais. Além de que à vontade do réu em realizar cognição aprofundada deve ser dada a devida importância. Em se tratando a estabilização de penalidade pela inércia do réu, esta não deve ser considerada no caso de outros meios de impugnação, visto que diante de outras impugnações não há inércia plena do réu, há apenas uma inércia específica em relação ao recurso (OLIVEIRA, 2015, p. 247-248).

J.E. Carreira Alvim em que pese ter entendimento favorável a aplicação literal do dispositivo, também relata que há doutrinadores cujo entendimento sobre a interpretação do art. 304 é de que a expressão recurso foi atribuída com atecndidade, de forma que não deve haver estabilização se “adotado pelo interessado qualquer expediente processual tendente a cassar a decisão que deferiu a tutela antecipada” (ALVIM, 2016, p. 126-127).

J.E. Carreira Alvim vai além e ainda defende que, a extinção do processo, no caso de estabilização da tutela, “é equiparada à extinção do processo com resolução de mérito”, por enquadrar-se na hipótese do inciso I do art. 487 do CPC de 2015. Uma vez que a decisão antecipatória da tutela contém um “provimento substancial, relativo à pretensão material deduzida nesse processo embrionário, que acaba extinto pela falta de interposição de recurso da decisão” (ALVIM, 2016, p. 128).

Daniel Mitidiero em desacordo com a interpretação literal do dispositivo, entende que a interposição de contestação, por exemplo, busca o mesmo fim que a interposição do Recurso, servindo ainda como solução para que uma economia processual, “economizando o recurso”, pois que o réu se insurgiu e demonstrou sua vontade de exaurir a matéria com o prosseguimento do feito (MITIDIERO, 2014, p. 26).

Heitor Vitor Mendonça Sica, entende que caso o réu venha a apresentar “defesa munida de elementos de convicção relevantes e convincentes, que desmentem a tese do autor tida liminarmente como provável”, porém não tenha interposto recurso cabível, pode o juiz ao proferir provimento decisório, para a extinção do processo *ex vi* do art. 304, §1º, revogar ou modificar a decisão com base no novo cenário fático-probatório desenhado pela defesa do réu (SICA, 2015, p. 94-95).

Haniel Sóstenis Rodrigues da Silva, entende que o CPC de 2015 ao prever

expressamente no §6º do art. 304, que essa decisão não faz coisa julgada, afasta em definitivo, “a ideia de que se trate de uma sentença” (SILVA, 2017, p. 139). Portanto, considerando o defendido por Haniel Sóstenis Rodrigues da Silva de que a decisão que declara a extinção do processo sem resolução de mérito não tem natureza de sentença e tão somente exerce a função de declarar a estabilização e a consequente extinção do processo, não há como falar em sentença que revogue ou modifique a decisão que deferiu a tutela antecipada.

Eduardo de Avelar Lamy, de acordo com uma visão constitucional sobre o processo, entende que ao utilizar o termo respectivo recurso, “o legislador fez menção direta à hipótese de interposição do agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, I, do NCPC”, contudo, em que pese essa ser a intenção do legislador, tal interpretação ocasionaria a inconstitucionalidade do art. 304. Do NCPC, uma vez que fere o direito de ação do Réu (LAMY, 2018, p. 94).

A questão é complexa visto que os argumentos de ambas as correntes são de grande relevância. Contudo, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.760.966, de relatoria do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, aderiu o entendimento de interpretação extensiva do dispositivo.

4 | ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.760.966 REALIZADO PELA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Recurso Especial 1.760.966 julgado pelo STJ em 04 de dezembro de 2018, trata-se de caso concreto que discute acerca da interpretação mais adequada para o termo “respectivo recurso” constante no art. 304 do NCPC.

No julgamento do REsp 1.760.966, a terceira turma do STJ decidiu que o artigo 304, do CPC, deve ser interpretado de forma extensiva. Desta forma, o STJ ampliou para a utilização da antecipação da contestação, como instrumento de impedimento à estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

O referido recurso trata-se de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, inicialmente indeferida pelo juízo *a quo*. O Juízo *a quo* inicialmente entendeu pela sua incompetência para apreciação da tutela requerida e determinou o aditamento da inicial pela parte autora².

2. “(...) Lenyara Sabrina Lucisano ajuizou pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente em desfavor de BFB Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação Ltda., buscando ‘excluir o nome da autora como proprietária do veículo FIAT/PALIO FIRE ECONOMY, ano 2009/2010, placa EEQ2067 nos cadastros do DETRAN SP e da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo’, bem como ‘a declaração da cessação da responsabilidade da autora sobre os débitos do veículo a partir de 1º de dezembro de 2011 e a condenação das requeridas em danos materiais e morais e verbas sucumbenciais’ (e-STJ, fls. 30-31). O Juízo de primeiro grau reconheceu a sua incompetência no que pertine ao pedido de tutela antecipada, sob o fundamento de que, ‘embora a ação original se refira a compra e venda de bem móvel, há questão referente à obrigação tributária, vale dizer, ao pagamento do IPVA, bem como a exclusão do nome da parte autora pelos débitos posteriores à alienação do veículo, pretendendo a autora a exclusão de seu nome como proprietária do veículo junto à Ciretran e Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo’, sendo certo que o ‘referido pedido não pode ser cumulado com a

A parte autora aditou a inicial, contudo, requereu novamente tutela antecipada, a qual neste segundo momento, foi deferida. Ao deferir a tutela, o juízo *a quo* designou audiência de conciliação e determinou a citação e intimação dos réus. A parte ré, deixou de interpor agravo de instrumento e antecipou o oferecimento da contestação, para antes do início do prazo, requerendo expressamente a revogação da tutela concedida³.

O Juízo *a quo* acolheu o pedido de revogação da tutela antecipada. A parte autora inconformada com a revogação da tutela antecipada, interpôs agravo de instrumento sob o fundamento de estabilização dos efeitos da decisão de deferimento, decorrente da não interposição de recurso pelo réu. ⁴

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso sob o fundamento de que o autor deixou de indicar de forma expressa na inicial que pretendia se valer do benefício da estabilização.⁵ O agravante, portanto, apresentou o Recurso Especial, que originou o acórdão objeto de análise.

O juízo *a quo* fala em aditamento da petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente de aditamento, mas de emenda, muito embora o juízo tenha seguido o procedimento previsto para aditamento constante no art. 303, do NCPC.

No aditamento, tem “o autor, o ônus de aditar a petição inicial, com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. 2015. p. 215). Já a emenda é a oportunidade que “o juiz confere à parte autora, no

ação indenizatória, nos termos do art. 327, § 1º, inciso II, pois este juízo não é competente para análise de pedidos nos quais deve haver a participação de ente de direito público’ (e-STJ, fl. 64). Diante disso, foi deferido à autora o prazo de 15 (quinze) dias para aditar a inicial, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito”. Recurso Especial nº 1760966/SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. 3ª turma. Fonte: DJe 07/12/2018. Data publicação: 07/12/2018. Data julgamento: 04/12/2018 STJ. (grifo nosso)

3. **“A autora, então, aditou a inicial, ocasião em que pleiteou ‘a condenação da 2ª Requerida [Pallone] na obrigação de promover nos registros do Detran/SP a transferência, para o seu nome, do veículo FIAT/PALIO FIRE ECONOMY, ano 2009/2010, placa EEQ2067, descrito na inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia, bem como na condenação ao pagamento de danos materiais relativos aos valores eventualmente pagos a título de IPVA e multas referentes ao veículo FIAT/PALIO FIRE ECONOMY, ano 2009/2010, placa EEQ2067, a serem apurados em sede de liquidação de sentença, e a condenação das requeridas em danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada, além das verbas sucumbenciais’ (e-STJ, fls. 36-37).**

Após o referido aditamento da inicial, o Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de tutela ‘para determinar que a corré, Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação LTDA, proceda à transferência do veículo Fiat/Palio Fire Economy, placa EEQ 2067, para sua titularidade, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais)’ (e-STJ, fl. 62), sendo designada, na mesma oportunidade, audiência de conciliação, além de determinar a citação e intimação dos réus. A ré Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação se antecipou e ofereceu contestação, embora o prazo ainda não tivesse sido iniciado, ocasião em que pleiteou expressamente a revogação da tutela deferida, sob o argumento de que era impossível o seu cumprimento, além do julgamento de improcedência do pedido (e-STJ, fls. 38-59)”. Ibid. (grifo nosso)

4. **“O Juízo de primeiro grau, por sua vez, revogou a tutela antecipada concedida, com a exclusão da multa diária estipulada, tendo em vista ‘a impossibilidade de seu cumprimento, eis que o documento de transferência do veículo se encontra em nome de Paulo de Oliveira, de maneira que inexistem condições para que a requerida Pallone Centro Automotivo Comércio e Importação transfira o veículo para seu nome, tornando impossível o cumprimento da tutela provisória’ (e-STJ, fl. 9). Contra essa decisão, Lenyara Sabrina Lucisano interpôs agravo de instrumento, ao argumento, em síntese, de que, como não houve recurso da decisão que havia deferido a tutela, operou-se a estabilização de seus efeitos, nos termos do art. 304, caput e §§ 2º, 3º e 6º, do Código de Processo Civil de 2015”. Ibid. (grifo nosso)**

5. **“AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA PROVISÓRIA - Art. 1.015, inciso I, do CPC - Autor que indicará na petição inicial que pretende valer-se do benefício da estabilização dos efeitos da tutela - Art. 303, § 5º, do Código de Processo Civil - PEDIDO - BOA-FÉ – Interpretação do pedido que considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé (cf. art. 322, § 2º, do CPC) - Negado provimento.” Ibid. (grifo nosso).**

momento em que lhe é apresentada a petição inicial, de sanar eventual incorreção ou até mesmo omissão nela contida” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. 2015. p. 167).

Portanto, o aditamento ocorre para adicionar argumentação e documentos, enquanto a emenda é o termo correto para a oportunidade de sanar incorreção. O que se verificou na análise do relatório do recurso, é que a parte na realidade emendou a inicial, pois alterou (corrigiu) pedido e causa de pedir. O esclarecimento acerca da confusão realizada entre a emenda e aditamento é necessário, pois que se entendido como aditada a inicial, há possibilidade de haver entendimento de que a tutela fora deferida de maneira incidental e não mais antecedente, afastando a possibilidade de estabilização desde seu pedido. Tal análise não ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tampouco, no STJ.

Neste tocante, é importante destacar que o juízo de primeiro grau seguiu o procedimento como se tivesse determinado o aditamento da inicial, enquanto a parte autora interpretou como se fosse uma simples emenda, razão pela qual requereu a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente e, conseqüentemente, a estabilização da tutela.

Para o TJ-SP, a estabilização não poderia ocorrer em razão da inobservância do Autor da necessidade de indicar na petição inicial que faria uso da estabilização da tutela. Trata-se de interpretação equivocada do art. 303, §5º do CPC de 2015, pois que o referido dispositivo “não guarda relação com a estabilização da tutela”, mas sim “da necessidade que o autor explicita o desejo de utilizar da própria técnica antecipatória antecedente” (LAMY, 2018, p. 91).

O relator do recurso, ministro Marco Aurélio Bellizze, em seu voto não tratou de analisar de qual seria a melhor interpretação do §5º do art. 303, porém, concluiu que, não há necessidade de indicação expressa da utilização da estabilização na inicial. De todo modo, é possível concluir, que essa era a intenção do autor, pois que é decorrência lógica do pedido de aditar posteriormente a petição inicial, visto que é procedimento que só se verifica na sistemática do art. 303.

O ponto nevrálgico do acórdão, contudo, está na aplicação da interpretação extensiva do termo “respectivo recurso”. O Ministro relator destaca que a ideia central do instituto é que nenhuma das partes tenham interesse no prosseguimento do feito, o que aproxima o dispositivo da necessidade de uma interpretação sistemática e teleológica, abarcando no termo “respectivo recurso”, qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Além disso, defende que a aplicação de interpretação literal acarretaria estímulo a interposição de recurso e novas demandas⁶.

⁶A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material.

Por essa razão, é que, conquanto o *caput* do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a

É importante destacar, por outro lado, que este argumento do STJ é puramente econômico. No entanto, o mesmo merece análise mais aprofundada oportunamente. Isto porque caso seja interpretado o art. 304 do CPC literalmente, é necessário verificar se o fenômeno da estabilização da tutela antecipada gera custos menores ao Poder Judiciário, pois a não interposição do recurso pode levar ao abreviamento de uma demanda a qual as partes entendem não ser necessária o seu prolongamento.

Além disso, destaca-se que o precedente em questão não pode ser acolhido como um verdadeiro precedente conforme a Teoria dos Precedentes. Isto porque o procedimento adotado pelo juízo de primeiro grau transparece ser uma tutela antecipada conferida em caráter incidental, a qual não é passível de estabilização. Desta maneira, constata-se que a decisão do STJ em questão não serve como precedente visto que a mesma não atende aos anseios do art. 927 do NCPC, pois o precedente em questão “não identifica seus fundamentos determinantes, ou seja, sua *ratio decidendi*” (BORGES; BENEVIDES, 2017, p. 402).

O que conclui, portanto, é que a partir de uma perspectiva puramente garantista, a decisão do STJ compreende que qualquer manifestação no processo a fim de impugnar o pedido deferido é suficiente para evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente. Tal impugnação, contudo, deve ocorrer no prazo de interposição do respectivo recurso. Portanto, não basta a apresentação de contestação no prazo da contestação, mas sim que esta seja antecipada e oferecida no prazo do recurso.

Embora a decisão do STJ altere o entendimento de texto expresso de lei utilizando interpretação extensiva, pela via incorreta, é preciso reconhecer que o intuito primordial da decisão é proporcionar garantia a ampla defesa e o próprio exercício do direito de ação, além de conferir efetividade processual. Em suma, sob uma perspectiva extremamente garantista, a interpretação dada pelo STJ é perfeitamente cabível. No entanto, a partir de uma perspectiva utilitária esta decisão merece análise mais aprofundada. De todo modo, a mesma não pode ser recebida

leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada.

Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela.

Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma.

Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.

Da mesma forma, tal situação também acarretaria um estímulo desnecessário no ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.” Recurso Especial nº 1760966/SP.

como um precedente verdadeiro.

5 | CONCLUSÃO

As tutelas de urgência em caráter antecedente estão inseridas no CPC de modo a garantir e proteger aqueles direitos urgentes, que dependem de um procedimento de cognição sumária. Visando a celeridade processual e efetividade da tutela jurisdicional, os mecanismos das tutelas inseridos no CPC para atender as necessidades do jurisdicionado demonstradas ao decorrer de décadas, tornaram-se meios essenciais ao ordenamento jurídico e imprescindíveis de regulamentação.

Embora existam muitas discussões acerca da interpretação literal ou extensiva do termo “recurso”, este, numa perspectiva garantista, deve ser interpretado de forma extensiva. De todo modo, ressaltou-se que a partir de uma perspectiva utilitária é necessário avaliar o que custa menos ao Poder Judiciário. Em resumo, é evidente que pelo fortalecimento excessivo dos direitos fundamentais eminentemente processuais a interpretação dada pelo STJ é perfeitamente coerente, no entanto, tal decisão não atende aos parâmetros para ser considerada um precedente, bem como desconsidera eventual análise econômica do direito processual em questão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Desvendando Uma Incógnita – Tutela Antecipada Antecedente e Estabilização da Tutela no Novo Código de Processo Civil**. Forense, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, p. 121-146, 2016.

_____. **Nova Tutela Provisória (de Urgência e da Evidência)**. Curitiba: *Juruá Editora*, 2016. 278 p.

BEDUSCHI, Leonardo E; e HENCKEMAIER, Heidi Santos. Dois temas controvertidos sobre a estabilização da tutela antecipada antecedente. *In* LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Panorama atual do novo CPC**. Florianópolis: *Juruá Editora*, 2016. 410 p.

BORGES, Carolina B.; BENEVIDES, Nauani S.; A ausência de força vinculante dos precedentes judiciais diante da não formação da *ratio decidendi* in Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017, p. 396-405;

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 27 de set. de 2019.

_____. **Lei nº 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: 27 de set. de 2019.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 186**, de 2005. Modifica os §§4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada. *Diário do Senado Federal*, 25 de maio de 2005.

CIANCI, Mirna. **A Estabilização da Tutela Antecipada como Forma de Desaceleração do Processo (Uma Análise Crítica)**. Revista de Processo. RT, São Paulo, v. 247, ano 40, p.247-261, set. 2015.

DONEL, Pedro Roberto. **Solução Liminar do Processo: Teoria e prática da estabilização da tutela provisória satisfativa**. 1. ed. – Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. 146 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização**. Revista de Processo, n. 121, mar. 2005, p. 11/37

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência**. Curitiba: Juruá Editora, 2ª Edição, 2007. 148 p.

_____. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, 206 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: volume 2 - tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1101 p.

MITIDIERO, Daniel. **Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil**. Revista magister de direito civil e processual civil, n. 63, nov-dez/2014. p. 26

NUNES, Bruno Vargens. **Tutela Antecipada Antecedente no Novo Código de Processo Civil**. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília*, v. 40, n. 2, p.31-50, jul./dez.,2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Estabilização da Tutela Antecipada e Teoria do Fato Consumado. Estabilização da Estabilização?** Revista de Processo. RT, São Paulo, v. 242, ano 40, p.223-248, abr. 2015.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. **A Estabilização da Demanda e o Direito Superveniente**. Revista de Processo. RT, São Paulo, v.227, ano 39, p.125-142, jan. 2014.

RANGEL, Rafael Calmon. **A Estabilização da Tutela Antecipada Antecedente nas Ações de Família**. Revista Ibdfam: Famílias e Sucessões. IBDFAM, Belo Horizonte, v.16, jul-ago, 2016.

RODRIGUES, Luiza Silva. Estabilização da tutela antecipada: discussões acerca da sua operacionalização. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Panorama atual do novo CPC**. Florianópolis: Juruá Editora, 2016. p. 410

SCARPELLI, Natália Cançado. **Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente**. 2016. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. São Paulo. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Doze Problemas e Onze Soluções Quanto à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”**. Revista do Ministério Público/ Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 55 (jan/mar 2015), p. 85 a 102, 2015.

SILVA, Haniel Sóstenis Rodrigues da. **Natureza jurídica do ato que extingue o processo com tutela estabilizada**. Revista da ESMAM, São Luís, v.11, n.11, p.131-148, jan/jun.2017

VALIM, Pedro Losa Loureiro. **A Estabilização da Tutela Antecipada**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 422, ano 111, p. 277-299, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliviera. **Tutela de Urgência Definitiva? Medidas Autossatisfativas (Argentina), Medidas Provisionais (Brasil) e a Proposta de Estabilização da Antecipação de Tutela**. Revista de Processo. RT, São Paulo, v. 231, ano 39, p.125-142, maio. 2014.

A PERVERSÃO DA LEI : ANÁLISE DO LIVRO A LEI DE FRÉDÉRIC BASTIAT

Data de aceite: 12/12/2018

Higor Soares da Silva

Autor: Acadêmico do 3º semestre do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso.

Bruno Santana Barbosa

Coautor: Acadêmico do 3º semestre do curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso.

RESUMO: O livro *A Lei* de Frédéric Bastiat é considerado um clássico do liberalismo e foi escrito no contexto da revolução francesa ainda no século 19. O autor tece duras críticas quanto ao uso, por parte dos legisladores (que se encontravam não a serviço do povo, mas sim aos interesses de suas respectivas classes), da formulação das leis que de alguma forma acabariam favorecendo-os. Atualmente, na sociedade brasileira, podem-se notar semelhanças no que diz respeito à formulação de algumas leis que servem como aparato da injustiça utilizando-se da força do Estado. O uso da legitimidade da lei dificilmente é questionada e por isso, muitos usam-na de forma a alcançar fins que distorcem completamente não só o sentido como também o fundamento que a norma e o próprio ordenamento jurídico

estabelece. A justiça, antes buscada e positivada nas leis, virtude que a ciência do Direito tanto presa, é completamente obscurecida pelo texto normativo, sendo que o escopo da lei não é mais o justo, mas sim o benefício, principalmente daqueles interessados na formulação e aprovação de uma lei. Porém, usando da lei e da força estatal, tal ação é transformada em ferramenta para a escravidão, não só física como também a moral. Isso, segundo BASTIAT (2010, p. 14), é o caminho preferível pelos homens que fogem da dor e buscam viver um às expensas dos outros. Constantemente, muitos cidadãos se veem em uma condição insustentável ao se depararem com leis que não fazem sentido e só estão em vigor por interesses de terceiros. Mesmo com normas constitucionais que dão poderes à coletividade de lutar contra a tirania de leis completamente perversas, por falta de conhecimento ou até pela necessidade do cumprimento de certos quesitos para tal, a população brasileira acaba refém de um legislativo corrompido que não cumpre sem papel como representante do povo, mas sim como representante dos interesses que lhes são convenientes.

PALAVRAS-CHAVE: Lei. Injustiça. Estado.

ABSTRACT: Abstract: The book Frédéric

Bastiat's Law is considered a classic of liberalism and was written in the context of the French revolution in the 19th century. The author makes harsh criticism of the use by legislators (who were not in the service of the people but rather to the interests of their respective classes), the formulation of laws that would in some way end up favoring them. Currently, in Brazilian society, similarities can be noted with respect to the formulation of some laws that serve as an apparatus of injustice using the force of the state. The use of the legitimacy of the law is hardly questioned and so many use it to achieve ends that completely distort not only the meaning but also the foundation that the norm and the legal order it self lays. Justice, previously sought and positivized in the laws, because the science of the law is so trapped, is completely obscured by the normative text, and the scope of the law is no longer just, but the benefit, especially those interested in the formulation and approval. of a law. However, using law and state force, such action is transformed into a tool for slavery, not only physical but also moral. This, according to BASTIAT (2010, p. 14), is the preferable path for men who escape pain and seek to live at the expense of others. Constantly, many citizens find themselves in an unsustainable condition when they come across laws that make no sense and are only enforced by the interests of others. Even with constitutional norms that empower the collective to fight against the tyranny of completely perverse laws, due to lack of knowledge or even the need to comply with certain requirements, the Brazilian population is held hostage by a corrupt legislature that does not fulfill its role representative of the people, but rather as a representative of their interests.

KEYWORDS: Law. Injustice. State.

1 | INTRODUÇÃO

As relações dos poderes entre o legislador e os cidadãos estão em debate atualmente tendo em vista a utilização do poder do Estado por parte de alguns para o próprio enriquecimento, assim como a troca de favores envolvendo quem está no poder da fabricação das normas e aqueles interessados no uso da força legal.

Em uma sociedade que enfrenta graves crises econômicas, faz-se necessário a análise de certas medidas no mínimo injustas no que diz respeito à utilização do poder estatal por parte de deputados e senadores que buscam por meio de seus cargos públicos vantagens patrimoniais e financeiras com a utilização das leis, cenário comum no Congresso brasileiro.

Outro aspecto importante é relatar o uso consolidado por parte desses funcionários públicos de leis que vigoram e geram efeitos que pervertem completamente o fundamento das normas jurídicas, fundamento este que é a justiça.

Serão exemplificadas algumas normas que pairam o absurdo, bem como a ausência de discussão acerca da real motivação da decisão que a formulou, além dos seus efeitos práticos na sociedade.

2 | METODOLOGIA

O seguinte artigo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas, de dados obtidos em pesquisas na internet bem como pesquisas no ordenamento jurídico brasileiro e americano. A pesquisa foi de cunho explicativo crítico, por meio da apresentação de normas que não têm qualquer significância no âmbito jurídico além dos meios para atingir certos fins que permanecem escondidos sob o texto legal.

a Legislação brasileira

Este artigo tem por objetivo demonstrar o uso da lei para a perpetuação de injustiças bem como o absurdo que já chegou o ordenamento jurídico brasileiro na medida em que normas que não contêm em sua essência nenhuma sombra de conteúdo ético ou moral, utilizando-se como ponto de partida o livro A Lei de Frédéric Bastiat e ainda o livro Teoria da Norma jurídica de Norberto Bobbio.

A lei é um instrumento de comando ao qual não se pode gesticular ou argumentar. Após sancionada, passa a vigorar e sua obediência é obrigatória, não podendo nenhum cidadão alegar ignorância. Se desobedecida, a sanção é certa. Sabendo disso, muitos homens inescrupulosos usam-na de forma a justificar e legitimar suas ambições e desejos, mas obedecendo uma forma que a princípio não é possível notar suas reais intenções, seja gramaticalmente ou ainda usando de movimentos puramente políticos para tal. Nas palavras de BASTIAT (2010, p. 26), “a lei e a força realizam uma missão cuja inocuidade é evidente, a utilidade palpável e a legitimidade indiscutível”.

Desse modo, a sociedade brasileira nos últimos anos vive uma dura realidade de perpetuação de desigualdades muitas vezes com o aval da lei. Altos impostos aos mais pobres, regulamentações que proíbem a entrada no mercado de trabalhadores e vendedores informais, cortes de investimentos em áreas como da saúde e educação e em contrapartida o aumento de já supersalários de alguns funcionários públicos e privados, entre outras regulamentações que movimentam o Congresso Nacional que atendem tão somente a interesses corporativistas. Vemos, nessa situação, a falta de cuidado com a coisa pública e, acima de tudo, a falta de respeito com a população, que passa a ser considerada apenas como contribuinte, um número no orçamento, não mais um ser digno de respeito e cuidado.

Bastiat cita o sufrágio universal ainda no século 19 perdendo seu elemento basilar pois não era realmente universal, mas sim um direito de voto dos capazes, sendo que os incapazes (mulheres e os mais pobres em geral), eram privados de votar, pois não atenderiam aos interesses daqueles que detinham o poder de legislar, não sendo interessante à classe dominante políticas de cunho realmente

públicas, ou seja, para todos.

Três pessoas entre quatro estão, pois, excluídas. E, ainda mais, elas o são por essa quarta. Em que princípio se fundamenta tal exclusão? No princípio da Incapacidade. Sufrágio Universal significa: sufrágio universal dos capazes. Restam estas perguntas de fato: quais são os capazes? A idade, o sexo, as condenações judiciais são os únicos sinais pelos quais se pode reconhecer a incapacidade? (BASTIAT, 2010, p. 17)

Nesse sentido, torna-se cada vez maior a perpetuação das desigualdades; não há mais motivação legal para as pessoas lutarem contra a tirania tendo em vista que o próprio governo que em tese deveria zelar e cuidar do que é público, espolia para si e para os seus o dinheiro dos mais necessitados, tudo em conformidade com a lei. E ao deparar-se com leis que vão contra o senso de justiça ou ainda a moral, o sujeito encontra-se em uma escolha insustentável. Não sobra nada além do desejo de poder colocar-se naquele lugar; o desejo de ali estar e utilizar os poderes legais. Ai está o perigo da perversão da lei.

A ética que antes condenava o uso da força da lei transforma-se em inveja, cobiça, que motiva cada vez mais e mais operadores e políticos que vendem ideias da defesa dos interesses públicos mas que escondem a real motivação dos seus atos.

Mas quando a lei — por intermédio de seu agente necessário, a força — impõe um modo de trabalho, um método ou uma matéria de ensino, uma fé religiosa ou um credo, não é mais negativamente, mas positivamente, que ela age sobre os homens. Ela substitui a vontade do legislador por sua própria vontade, a iniciativa do legislador por sua própria iniciativa. Quando isto acontece, as pessoas não têm mais que se consultar, que comparar, que prever. A lei faz tudo por elas. A inteligência torna-se para elas um móvel inútil; elas deixam de ser gente; perdem sua personalidade, sua liberdade, sua propriedade. (BASTIAT, 2010, p.26)

Dessa forma não há mais o império da lei, mas sim o império da vontade dos legisladores; da classe política. E em ascensão, novos operadores das mesmas injustiças que lutarão por mais espoliações para defender e enriquecer sua própria classe, e o ciclo inicia-se novamente.

Na sociedade brasileira vemos isso a todo instante; seja no cinema, quando há o perigo iminente de novas legislações determinando cotas para filmes brasileiros com a falsa premissa de defesa da cultura nacional, mas que escondem a real motivação que é a defesa de lobbys de diretores e atores que usam incentivos públicos para seus filmes, e agora querem obrigar a população a assisti-los; ou ainda em leis e regulamentações que chegam ao absurdo.

Recentemente no Estado de São Paulo, diversos fiscais de renda fizeram doações a partidos políticos, mais especificamente a determinados deputados que não tinham quaisquer ligações ideológicas. É de se destacar a falta de ligação entre os partidos beneficiados, o que chama ainda mais a atenção para a possibilidade da ilicitude da doação.

Essas doações chegaram a R\$ 90.000,00 para apenas um único deputado, além disso, alguns desses fiscais recebem muito acima do teto, chegando a alguns receberem R\$ 92.000,00 ao mês. Coincidentemente (ou não), houve a proposta de uma emenda à lei complementar que regula o cargo dos fiscais que aumentava ainda mais os salários dos funcionários adicionando uma nova verba indenizatória mediante o projeto de Lei do Congresso Nacional nº5, de 2019. Vê-se, mais uma vez, a distorção da lei. E um fator que Bastiat discorre que é a preferência por parte do seu humano da riqueza pela dor; a ambição mais uma vez escancarada.¹

Mas há ainda outro fato que também é comum aos homens. Quando podem, eles desejam viver e prosperar uns a expensas dos outros. Não vai aí uma acusação impensada, proveniente de um espírito desgostoso e pessimista. A história é testemunha disso pelas guerras incessantes, as migrações dos povos, as perseguições religiosas, a escravidão universal, as fraudes industriais e os monopólios, dos quais seus anais estão repletos. Esta disposição funesta tem origem na própria constituição do homem, no sentimento primitivo, universal, invencível que o impele para o bem-estar e o faz fugir da dor. (BASTIAT, 2010, p. 14)

Outros aspectos são os incentivos fiscais realizados com o dinheiro público a grandes corporações, fazendo com que o enriquecimento e a distribuição de renda sejam ainda mais desiguais. Cabe aqui a citação do jornalista e cientista político americano Chris Hedges:

As doações de empresas para campanhas eleitorais, que em larga medida decidem quem é eleito, são vistas pelas cortes como formas protegidas de livre manifestação, nos termos da 1ª Emenda. Os lobbys corporativos, que determinam a maior parte de nossa legislação, são interpretados como direito do povo a se fazer representar diante do governo. As empresas são tratadas legalmente como pessoas de direito, exceto no caso de fraude e outros crimes; os presidentes de grandes empresas são poupados rotineiramente de qualquer acusação ou de cumprir pena de prisão, substituídas por multas, quase sempre simbólicas e pagas pela empresa, e jamais são obrigados a confessar qualquer crime. E as empresas reescreveram a lei, para orquestrar um boicote massivo contra todos os tipos de impostos.²

Outra legislação que atenta, acima de tudo contra a liberdade, mas também, creio que, à inteligência e até à boa-fé é o projeto de lei nº 2.365 de autoria do deputado César Lacerda que propõe a obrigatoriedade em edifícios maiores que 2.000m² de terem obras de arte a exposição. Uma lei, o uso da força do Estado, para obrigar donos de edifícios a terem pinturas. Um fator econômico que deve ser levado em consideração é o emprego de um ou até mais funcionários para fiscalizar obras de arte em edifícios privados. A verba que um município gasta com esse tipo de serviço poderia muito bem ser alocado em áreas que realmente fazem a diferença, como a educação, por exemplo. Além disso há ainda o projeto de lei nº 49/2015, de iniciativa da deputada Fátima Bezerra que PROÍBE descontos em livros maiores

1. Fonte: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fiscal-de-rendas-de-sao-paulo-ganha-ate-r-92-mil-livres/>, acessado em 10/05/2019.

2. HEDGES, Chris. **A lei corrompida**. <https://jornalgn.com.br/eua-canada/a-lei-corrompida-por-chris-hedges/>, acessado em 06/05/2019.

que 10%. Vê-se, mais uma vez, a composição de lobbys e um impacto econômico e social negativo, tendo em vista que as grandes produtoras de livros terão seu lucro ainda maior mas muitas pessoas carentes não poderão adquirir mais o produto, ante a proibição de descontos.

Claramente são projetos de lei parados que entraram em tramitação mas em pouco tempo encontraram-se estagnados, tendo em vista sua relevância ínfima ou pela própria inércia do poder legislativo.

Mais um absurdo é o projeto de lei nº 1.111/2015, de iniciativa do vereador Marcelo Piui do estado do Rio de Janeiro, que estabelece multas diárias aos supermercados que não disponibilizarem lupas aos clientes para a verificação da data de validade dos produtos disponibilizados. Mais uma medida que, do ponto de vista econômico poderá trazer impactos negativos aos consumidores pois com toda certeza o empreendedor passará os gastos com as lupas aos seus clientes, aumentando o preço de determinados produtos.

O Congresso Nacional brasileiro é o segundo mais caro do mundo, chegando a gastar, anualmente, R\$ 7 milhões de reais com os 513 deputados 81 senadores (PASSARINHO, 2018). É necessário analisar com o que os representantes do povo estão preocupados; qual o benefício à população traz leis que determinam lupas em supermercados? Qual o interesse na construção de aeroportos alienígenas (como é o caso da Lei 1840/95)?

Ao analisarmos seguindo os três critérios idealizados pelo grande jurista Norberto Bobbio, podemos nos perguntar, no que diz respeito à lei: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz.

No que diz respeito a justiça, vale ressaltar:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores. Mas, também no caso de não se acreditar em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido: equivale a perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. (BOBBIO, 2003, p. 17)

No requisito da validade, devem-se analisar os quesitos formais da promulgação da lei, objeto que aqui não cabe discussão, pois nos casos aqui apresentados, ou

a lei não foi aprovada, como é o caso do aumento de salário dos fiscais, ou ainda é projeto de lei. Mesmo assim, os pressupostos de validade devem ser analisados com certo cuidado, pois se a formalidade for respeitada, mas não ser analisado o conteúdo do enunciado, corremos o risco de termos leis que, como no passado, legalizavam o racismo. Embora importante, tal critério positivista é de certa forma fraco se comparado aos outros.

Porém, analisaremos agora, uma lei já sancionada no estado do Mato Grosso, a Lei Municipal nº 1840/95 do município de Barra do Garças, MT, de 5 de setembro de 1995, de autoria do vereador Valdon Varjão. Esta lei entrou em vigor; sua formalidade foi cumprida, ela foi votada e promulgada.

O mais interessante ou absurdo, é que essa lei dispunha sobre um aeroporto de OVNI's. Porém, 24 horas após sua promulgação acabou sendo revogada. Destaca-se, portanto, que a formalidade de uma norma não implica, necessariamente, se é realmente justa ou necessária, pois o jogo político brasileiro que na maioria dos casos se resume em trocas de favores no Congresso, faz com que a formalidade requerida seja um mero rito.

A partir daí, teremos agora a análise da eficácia da lei. A eficácia diz respeito à produção dos efeitos requeridos pelo texto legal. Pegando de exemplo a lei que fala dos cinemas, o objetivo requerido pelo legislador corre grandes riscos de não serem alcançados. Podendo ainda por cima ter um efeito colateral inverso. Em uma cidade com duas salas de cinema, obrigatoriamente uma deverá ser mantida para transmitir apenas o filme nacional que estará em cartaz. Se não houver procura, ficando a sala vazia, o mais racional será que o dono do estabelecimento aumente o preço do filme que tiver maior procura para não ter prejuízos; além de que isso gerará muitos inconvenientes à população com filas enormes, por exemplo.

É necessário ainda o questionamento quanto aos motivos que fundamentam leis que interferem diretamente na liberdade individual de simplesmente assistir um filme, por exemplo. O uso do aparato estatal para tal configura uma grave ameaça à democracia, ainda mais quando o motivo é obrigar pessoas a fazerem aquilo que elas não querem. O perigo reside aí mesmo, nos mínimos detalhes. O controle social começa com pouco, a história mostra isso principalmente nas propagandas nazistas onde a figura do *führer* era passada à população interferindo diretamente na sociedade. O controle governamental é construído por ideologias que carregam suas narrativas. Dessa maneira, com leis que dão certa discricionariedade a órgãos públicos de decidirem o que a população poderá consumir visualmente (como é o caso de produções de cinema), poderá chegar um momento que o investimento público privilegiará determinada agenda política e irá denegrir ou atacar outra, principalmente no atual cenário de polarização da política brasileira.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a lei, sendo a força em um Estado democrático de direito, deve ser tratada com mais respeito por parte daqueles que ficaram incumbidos com a responsabilidade de não só aprová-las como também desenvolvê-las, e destacar ainda a importância dos cidadãos no papel de legitimado para lutar contra abusos por parte dos legisladores. A lei deve inspirar justiça e os valores históricos que mantêm toda a cultura e tradição de um povo e não ser usada como instrumento de poder.

Como forma de frear e coibir tais ações por parte do legislativo, o artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. Nesse sentido, cabe aqui relatar o artigo 61º, §2º da Constituição Federal (1888), que diz:

“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

Ou seja, o cidadão também possui responsabilidades em relação as inúmeras leis que são verdadeiras aberrações legislativas, tendo em vista que não exerce o seu papel de fiscalização da atuação do poder legislativo.

REFERÊNCIAS

BASTIAT, Frédéric. **A Lei** – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica** / Norberto Bobbio / trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / apresentação Alaôr Caffé Alves - Bauru, SP: EDIPRO, 2a ed. revista, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de maio de 2019.

PASSARINHO, Nathalia. 2018, site BBC acessado em 09 de maio de 2019, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46427803>.

BRASIL. Decreto nº 9.256. **Dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras**. Brasília, DF: Presidente da República, 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9256-29-dezembro-2017-786045-norma-pe.html>, acessado em 10 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 2.365. **Dispõe sobre a inclusão de obras de arte nas edificações de uso público ou coletivo**. Brasília, DF: Deputado Cesar Lacerda. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/SINJ/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=50323, acessado em 10 de maio de 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 49/2015. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/>

atividade/materias/-/materia/119760, acessado em 10 de maio de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 5/2019**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/136345>, acessado em 10/05/2019.

BRASIL. Câmara Municipal do Rio de Janeiro. **Projeto de lei nº 1111/2015**. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1316.nsf/b63581b044c6fb760325775900523a41/c6fb7eeddeefc62d83257df7004da089?OpenDocument&CollapseView&ExpandSection=-3#TOPO>, acessado em 10/05/2019.

BRASIL. Câmara Municipal de Barra do Garças, MT. **Lei 1840/95**. Disponível em <http://www.barradogarcas.mt.leg.br/leis/leis-ordinarias/leis-ordinarias-1995/lei-1-840.pdf/view>, acessado dia 10/05/2019.

BRASIL. Lei nº 4657/42. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acessado dia 10/05/2019.

A APLICABILIDADE DO MÉTODO PBL NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Data de aceite: 12/12/2018

Data de submissão: 08/10/2019

Ana Flávia Martins França

Faculdade Baiana de Direito

Salvador – Bahia

<http://lattes.cnpq.br/2960862614926421>

Gabriela Martins Carmo

UNINTA

Sobral – Ceará

<http://lattes.cnpq.br/9409042982334681>

Mário Parente Teófilo Neto

Universidade de Fortaleza

Fortaleza – Ceará

<http://lattes.cnpq.br/2766991555414394>

RESUMO: Essa pesquisa tem como objetivo realizar uma análise crítica sobre o ensino jurídico no Brasil, observando as vantagens e desvantagens da abordagem mais utilizada pelos docentes atualmente nessa relação de ensino-aprendizagem. Nesse diapasão, buscou-se comparar o ensino tradicional com o método PBL (Aprendizado baseado em problema), examinando a possibilidade de aplica-lo ao curso de direito. Para alcançar tal objetivo, o presente trabalho foi dividido em três partes: primeiramente, uma análise do

método expositivo tradicional, depois uma do método PBL, e, por fim, a aplicabilidade do método PBL no ensino jurídico brasileiro. Como metodologia, a pesquisa possui natureza qualitativa, com objetivo descritivo, exploratório e explicativo, sendo a utilização a utilização de seus resultados de maneira pura. Destarte, esse texto busca propor o método mais adequado para formação de futuros juristas, adequando-os ao novo cenário jurídico trazido pelas constantes mudanças legislativas. Ao final, concluiu-se que os métodos expositivos e PBL possuem inúmeras vantagens completares e, que, se utilizados conjuntamente, oferecerão um ensino de maior qualidade para o aluno e o tornará um sujeito de habilidades mais completas.

PALAVRAS-CHAVE: Método PBL. Ensino Jurídico. Aplicabilidade.

THE APPLICABILITY OF THE PBL METHOD IN BRAZILIAN LEGAL EDUCATION

ABSTRACT: This research aims to perform a critical analysis of legal education in Brazil, noting the advantages and disadvantages of the approach most used by teachers in this teaching-learning relationship. In this tuning fork, we sought to compare traditional teaching

with the PBL (Problem Based Learning) method, examining the possibility of applying it to the law course. To achieve this goal, the present work was divided into three parts: first, an analysis of the traditional expository method, then one of the PBL method, and finally, the applicability of the PBL method in Brazilian legal education. As a methodology, the research has a qualitative nature, with descriptive, exploratory and explanatory objective, being the use the use of its results in a pure way. Thus, this text seeks to propose the most appropriate method for the formation of future lawyers, adapting them to the new legal scenario brought by the constant legislative changes. In the end, it was concluded that the expository and PBL methods have numerous complete advantages and that, if used together, will offer higher quality teaching to the student and make them a subject of more complete skills.

KEYWORDS: PBL method. Legal education. Applicability.

1 | INTRODUÇÃO

O curso de direito no Brasil, em geral, faz uso do método de ensino tradicional, ou seja, a metodologia expositiva, em que o professor detém o conhecimento e transmite aos discentes que, normalmente, não possuem um conhecimento prévio sobre o conteúdo abordado em sala de aula.

Ocorre que esse ensino tradicional não incentiva o aluno a pesquisar, pois o discente já propõe uma verdade sobre o assunto e da maneira como tal foi apresentado, futuramente, será cobrado em sua avaliação. Ou seja, o aluno se retém ao pensamento do docente, trabalhando apenas com o resultado trazido por este, sem produzir o seu próprio entendimento a respeito do conteúdo tratado em sala de aula. Corroborando com esse entendimento, Mizukami (1986, p. 11):

(...) atribui-se ao sujeito um papel irrelevante na elaboração e aquisição do conhecimento. Ao indivíduo que está “adquirindo” conhecimento compete memorizar definições, enunciados de leis, sínteses e resumos que lhe são oferecidos no processo de educação formal a partir de um esquema atomístico.

Em outro diapasão, há o ensino baseado em problemas (PBL), em que tutor divide os alunos em grupos que deverão solucionar um caso concreto dado a eles, utilizando meios de pesquisa fornecidos pela instituição. Nesse caso, vê-se uma liberdade maior nos discentes para adquirir conhecimento, já que estes necessitam pesquisar e estudar para solucionar a atividade proposta pelo professor, complementando, dessa forma, seus conhecimentos prévios sobre o conteúdo abordado.

Assim, qual o método ideal para o ensino jurídico? Seria possível aplicar algum método diferente do atual? Qual intensificaria o processo de aprendizado do direito?

2 | DO MÉTODO EXPOSITIVO

A introdução do método expositivo em sala de aula ocorreu com a disseminação do ensino tradicional, que deu-se no final do século XIX, ocorrendo sua massificação no decorrer do século XX.

Este método consiste na prática de o professor explicar e demonstrar toda a matéria, cabendo ao aluno, apenas “digerir e armazenar” as informações que lhes foram repassadas. Dessa forma, o aluno tem um papel passivo dentro da sala de aula, cabendo ao mestre realizar através da exposição do conteúdo, toda a concatenação do processo de conhecimento, como bem explica Ferro (2004, p.06) ao definir o método expositivo como aquele em que o formador desenvolve oralmente um assunto, dando todo o conteúdo, isto é, a informação de partida, a estruturação do raciocínio e o resultado.

É fácil perceber que esse método de ensino oportuniza, em situações de precários conhecimentos de um assunto, que o aluno obtenha uma visão de geral de todo um conhecimento rapidamente, e, que o professor consiga se organizar melhor e tenha uma noção mais exata do nível de aprendizado dos seus alunos, já que, em tese, o conteúdo aprendido seria o que fora exatamente passado.

É inegável que por essa rapidez e organização de aprendizado que este método proporciona, e, por inúmeras outras vantagens, ele foi e é o mais utilizado pelos professores desde sua criação, como exemplifica Santos (2014, p.02):

A forte adesão que ainda se faz sentir relativamente ao método expositivo pode ser explicado pelas inúmeras vantagens que este apresenta, que começam logo na preparação e planificação da aula, pois por se tratar de uma aula mais simples e sem grandes recursos didáticos de apoio, a sua preparação é muito mais rápida, o que resulta numa poupança de tempo aos professores.(...) A apresentação de uma visão geral, direta e imparcial do conteúdo por parte do professor, revela-se outra das potencialidades da utilização deste método de ensino, que se torna ainda mais importante quando existem poucas referências bibliográficas sobre o assunto em análise ou as mesmas são contraditórias.

Estas e muitas outras vantagens sobre esse método podem ser citadas, desde a possibilidade de uma aula assim ocorrer mesmo com poucos recursos físicos e financeiros do local de ensino, até a possibilidade que o docente tem de lecionar para um grande público ao mesmo tempo. Assim, percebe-se a tamanha importância da utilização desse método de ensino.

Porém, justamente por esse método ter como característica principal a passividade do aluno dentro de sala de aula, que surge uma imensa desvantagem : a estática no processo de conhecimento. O discente se habitua tanto a apenas receber as informações prontas, que passa a não esforçar-se em descobri-las por si mesmo, e desinteressa-se por campos, como por exemplo, o da pesquisa acadêmica, e não desenvolve as habilidades de ação e interação, que são fundamentais no mercado

de trabalho atualmente, já que com os avanços tecnológicos, temos as informações que quisermos facilmente, e sábio não é mais o que tem o conhecimento (já que este está ao alcance de todos), e sim, aquele que sabe como encontra-lo e busca-o.

3 | DO MÉTODO PBL (APRENDIZADO BASEADO EM PROBLEMAS)

Teve sua origem no início da década de 70, nas primeiras turmas de medicina da recém criada universidade McMaster, situada no Canadá, sendo essa inovação aderida por diversas outras faculdades de medicina, como College of Human Medicine at Michigan State University, University of New Mexico, University of Hawaii, Harvard university, entre outras. (BARROWS, 1996, p. 3)

Entretanto, no Brasil, conforme Siqueira-Batista (2009, p. 1184), essa metodologia demorou alguns anos para ser aplicada, apenas em 1997, a Universidade de Marília a incorporou à matriz curricular do curso de medicina, sendo a pioneira nesse seguimento. Destarte, a aprendizagem baseada em problemas (PBL) passou a ser altamente aceita no mundo acadêmico, sendo um método utilizado não somente na medicina, mas também em outros cursos superiores como na engenharia, enfermagem, odontologia, dentre outros. Vale ressaltar, que nem todas as instituições de ensino superior aderiram a esta metodologia no curso de medicina, havendo algumas que não a aplicam e outras que cumulam com o método expositivo.

Nessa diapasão, faz-se necessário definir em que consiste essa forma de ensino, como bem define Junior (2008, p. 123), o método PBL funda-se no auto-aprendizado dirigido, em que o professor perde a função principal, que seria expor para os alunos o conteúdo a ser aprendido, passando para os discentes essa incumbência. Para tanto, o tutor divide a turma em pequenos grupos (de sete ou dez alunos) e disponibiliza um caso concreto (real ou fictício), dessa forma os estudantes devem analisa-lo a partir de seus conhecimentos gerais sobre o conteúdo, pesquisar para complementar eventuais desconhecimentos sobre o assunto e, por fim, debater em tutoriais soluções para o caso fornecido.

Dessa maneira, observa-se que, diferentemente do método expositivo, há uma maior interação do aluno com o aprendizado, deixando de ter uma postura passiva para uma ativa nessa busca pelo conhecimento. Dito isto, percebe-se que essa metodologia tem como objetivo incentivar o estudo por parte do discente, atrelar a teoria aprendida à prática profissional e dar maior autonomia ao estudante, para que este aprenda da sua maneira e no seu tempo. Corroborando com esse entendimento, Siqueira-Batista (2009, p. 1084-5) enuncia:

A necessidade de romper com a postura de mera transmissão de informações, na qual os estudantes assumem o papel de receptáculos passivos, preocupados apenas em memorizar conteúdos e recuperá-los quando solicitados — habitualmente, por ocasião de uma prova...

Diferentemente do ensino tradicional, não adianta memorizar respostas ou formulas, já que o conteúdo aprendido deve ser aplicado ao caso concreto, exigindo do estudante um raciocínio lógico em relação a teoria e a prática.

Contudo, algumas dificuldades são encontradas na aplicação dessa metodologia, podendo ser citado, por exemplo, o obstáculo encontrado pelo próprio aluno que estava acostumado, desde o primeiro contato com a educação, com o método expositivo, em que o professor dava o conteúdo mostrando os resultados e, neste segundo momento, ter que solucionar de forma autônoma casos sem uma fórmula, torna-se muito complexo e, em alguns casos, surgem bloqueios por parte do estudante de relacionar o teórico com o prático.

Ainda nesse raciocínio, deve ser lembrado que para os alunos realizarem pesquisas, é necessário que as instituições disponibilizem materiais apoio, como livros, artigos, apostilas e acervo digital, o que pode tornar o ensino muito mais caro e, caso este não seja público, restringe a participação das pessoas a uma pequena parcela da sociedade que possui condição financeira para arcar com esse ônus.

Destarte, percebe-se que esse método traz diversos benefícios ao estudante, já que busca unir o conhecimento teórico à prática que será exercida por este, ou seja, não trata os conteúdos no abstrato, dessa forma, facilita o entendimento e o discernimento do futuro profissional na sua atuação.

4 | DA APLICABILIDADE DO MÉTODO PBL NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Como já exposto acima, o método de ensino mais utilizado no ensino brasileiro, incluso no jurídico, é o método expositivo, que possui como grande desvantagem a passividade do aluno no processo de aprendizagem. Por outro lado, um método de alternativo de ensino que vem crescendo no país, o PBL, que tem como sua principal característica justamente a posição ativa do aluno no processo de aprendizagem.

Notoriamente, esses métodos aparentemente opostos, se utilizados juntos, podem ser grandes aliados no ensino brasileiro, pois, enquanto que o método expositivo traria facilmente um panorama de conhecimentos gerais ao aluno, o método PBL, utilizado intercaladamente com as aulas expositivas, proporcionaria ao aluno esse estímulo à pesquisa, essa oportunidade de juntar prática à teoria, e, estimular que ele se apodere do “papel principal” nesse processo de conhecimento.

Dentro do ensino jurídico, isso poderia se dar de uma forma bem simples e eficaz: com o intercalar de aulas teóricas tradicionais, onde seria dada a base teórica do conhecimento do aluno, com aulas de estudo de casos baseados em

jurisprudências pontuais, previamente escolhidos pelo professor, onde a sala, dividida em equipes, estudaria um caso específico que tivesse relação com a matéria anteriormente abordada pelo professor nas aulas expositivas, para estimular o aprofundamento na pesquisa temática e a visualização prática daquele assunto.

O estudo realizado pela equipe comporia parte da avaliação do aluno, até para que se estimulasse esse a participar da dinâmica proposta em sala e que ele percebesse que uma prova que avalia verdadeiramente o conhecimento verifica muito além da sua capacidade em decorar informações. Por outro lado, o professor também conseguiria fazer uma avaliação mais completa e ter um ensino organizado.

5 | CONCLUSÃO

Após tais explanações acerca do tema, este presente trabalho concluiu que o método tradicional expositivo tem sua devida importância no processo de aprendizagem do aluno, por ser rápido, barato e eficaz, porém torna o aluno apenas um receptor de informações, não estimulando, dessa forma, sua capacidade de senso crítico e de ação.

Por outro lado, o método PBL, já oportuniza que o aluno tenha o papel principal no processo de conhecimento, situação essa que é de extrema importância, considerando as exigências do mercado de trabalho atual, e, oportuniza que ele visualize na prática o conteúdo abordado. Como desvantagens, porém, pode tornar o processo de ensino muito demorado, desorganizado e caro.

Dessa forma, concluímos que os métodos expositivos e PBL possuem inúmeras vantagens completares e, que, se utilizados conjuntamente, oferecerão um ensino de maior qualidade para o aluno e o tornará um sujeito de habilidades mais completas.

REFERÊNCIAS

BARROWS, H. S. Problem-based learning in medicine and beyond: A brief overview. **New Directions For Teaching And Learning**, [s.l.], v. 1996, n. 68, p.3-12, 1996.

FERRO, António Mão de. **O Método Expositivo**. 6. ed. Lisboa: Instituto do Emprego e Formação Profissional, 2004.

JÚNIOR, T. et al. Aprendizagem Baseada em Problemas: uma nova referência para construção do currículo médico. **Rev. Médica de Minas Gerais**, v. 18, n. 2, abr-jun, 2008.

MIZUKAMI, M. G. N. **Ensino: as abordagens do processo**. São Paulo: EPU, 1986.

SANTOS, Isabel João Máximo Alves dos. **O MÉTODO EXPOSITIVO E O MÉTODO CONSTRUTIVISTA: CONCORRENTES OU ALIADOS?**. 2014. 74 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Letras, Universidade do Porto, Porto, 2014. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=491891>. Acesso em: 18 ago 2016.

SIQUEIRA-BATISTA, R.; SIQUEIRA-BATISTA, R. Os anéis da serpente: a aprendizagem baseada em problemas e as sociedades de controle. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, ago. 2009.

ROTULAGEM DETALHADA DOS ALIMENTOS COMO DIREITO DO CONSUMIDOR

Data de aceite: 12/12/2018

Eid Badr

Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA), Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Docente do curso de graduação em Direito e do curso de Mestrado em Direito Ambiental da UEA, Integrante da Coordenação do PPGDA/UEA, Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq/UEA – Direito Educacional Ambiental (DEA), Advogado. Manaus /AM.

Natalia Marques Forte

Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), integrante do Grupo de Pesquisa CNPq/UEA – Direito Educacional Ambiental (DEA), Advogada. Manaus /AM.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo do direito à informação do consumidor, com fundamentos constitucionais e legais, materializado por meio da obrigatoriedade da rotulagem detalhada e completa dos produtos alimentícios e seus componentes. A omissão sobre as características desses produtos pode colocar em risco seriamente a saúde e a vida do consumidor. Neste contexto, o presente estudo

desenvolve uma análise jurídica do direito à informação do consumidor, os meios de defesa deste, a responsabilidade civil decorrente dos danos a ele causados pelos produtores e comercializadores, bem como sobre os deveres, nesta seara, do Estado. A pesquisa desenvolvida sistematicamente a partir das normas constitucionais, legais e administrativas atinentes ao tema central, direito à informação e a consequente rotulagem dos produtos alimentícios, justifica-se pela importância, atualidade e crescente preocupação com os direitos atinentes à relação de consumo. O caráter monográfico do presente estudo não tem a pretensão de esgotar os temas abordados, contudo, modestamente, tem o mérito de ser uma obra inédita e que demandou longo período de pesquisa do complexo universo normativo relativo à matéria estudada. É salutar e de grande importância a contínua investigação e o desenvolvimento de trabalhos jurídicos sobre temas tão sensíveis ao consumo, a exemplo do presente que envolve a segurança da saúde e vida dos consumidores, como forma de contribuir com o principal e mais eficaz instrumento de defesa do consumidor: a conscientização sobre todos os seus direitos na relação de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: direito à informação; rotulagem; informação; consumidor.

ABSTRACT: The present work has as objective the study of the right to information of the consumer, with constitutional and legal foundations, materialized through the obligatoriness of the detailed and complete labeling of the food products and their components. The omission on the characteristics of these products may seriously endanger the health and life of the consumer. In this context, this study develops a legal analysis of the consumer's right to information, the means of defense of the consumer, civil liability arising from the damages caused to him by producers and marketers, as well as the duties in this area of the State. The research developed systematically from the constitutional, legal and administrative norms related to the central theme, the right to information and the consequent labeling of foodstuffs, is justified by the importance, current and growing concern with the rights related to the relation of consumption. The monographic character of the present study does not have the pretension to exhaust the subjects addressed, however, modestly, it has the merit of being an unpublished work and that demanded a long period of research of the complex normative universe relative to the studied subject. Continuing research and development of legal work on consumer-sensitive topics, such as the present one involving the health and life safety of consumers, as a means of contributing to the main and most effective defense instrument, is of great importance. consumer: awareness of all their rights in the consumer relationship.

KEYWORDS: right to information; labeling; information; consumer.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva demonstrar que a rotulagem contendo informações precisas sobre produtos alimentícios colocados à venda no mercado é direito dos consumidores e dever dos produtores e comercializadores, bem como é dever do Estado fiscalizar e garantir que tais informações sejam prestadas de forma adequada.

Os componentes de produtos alimentares com potencial alergênicos, causadores de intolerâncias ou simplesmente modificados geneticamente estão presentes numa gama enorme de alimentos, sendo impossível ao consumidor identificá-los caso sua rotulagem não indique a sua presença no produto colado à venda, é o caso, por exemplo, dos chocolates, iogurtes, óleos de cozinha, arroz, soja e etc.

A omissão dessas informações prejudica o direito de escolha do consumidor e coloca em risco sua vida.

O presente trabalho, portanto, (i) trata do direito à informação do consumidor,

cujas bases encontramos na Constituição Federal e nas normas legais diversas, sobretudo, daquelas que regulam a relação de consumo, inclusive, sobre a evolução da legislação e da jurisprudência pátrias sobre o tema; (ii) aborda sobre os meios legais de defesa do consumidor; (iii) desenvolve a análise da teoria da responsabilidade objetiva pelo dano causado ao consumidor; (iv) identifica a responsabilidade solidária pelo dano causada por omissão de informações relevantes dos produtos alimentícios de todos aqueles que figuram na relação de consumo até que o produto seja colocado à disposição do consumidor; (v) por fim, aborda a questão dos deveres do Estado no que tange à relação de consumo.

2 | ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS, ALERGÊNICOS E SUBSTÂNCIAS CAUSADORAS DE INTOLERÂNCIA ALIMENTAR

É necessário, antes do adequado tratamento jurídico do tema, ainda que superficialmente, definirmos conceitualmente os produtos alimentares que potencial ou efetivamente causam danos à saúde.

2.1 Organismos Geneticamente Modificados

As atividades envolvendo organismos geneticamente modificados e seus derivados são reguladas pelas normas estabelecidas na legislação brasileira de biossegurança.

A primeira experiência brasileira no sentido de normatizar a matéria deu-se por meio da edição da Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995, objetivando regulamentar os aspectos de biossegurança relacionados ao desenvolvimento de produtos geneticamente modificados e seus derivados no País. Todavia, após os conflitos surgidos entre a legislação de biossegurança e a legislação ambiental, houve a necessidade de uma reestruturação da legislação sobre a matéria (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 9).

Os problemas em relação à aplicação da Lei nº 8.974/1995 surgiram a partir de 1998, quando a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, publicou parecer técnico prévio conclusivo no qual aprovava o pedido de liberação comercial da soja geneticamente modificada tolerante ao herbicida à base de glifosato (a chamada “soja” RR), apresentado pela empresa Monsanto do Brasil Ltda. A aprovação da CTNBio não trazia como exigência a realização do Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA. A competência da CTNBio para retirar a exigência da elaboração do EIA/ RIMA foi imediatamente questionada na Justiça, mediante Ação Civil Pública impetrada pelo Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, o que resultou na abertura de um amplo e polêmico processo de discussão a respeito da adoção ou não dessa tecnologia no País. A polêmica obrigou, no final de 2003, o

Governo Federal a propor ao Congresso Nacional um projeto de lei, que resultou na Lei nº 11.105, a nova Lei de Biossegurança no Brasil, regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, gerando um novo marco legal sobre o assunto no País (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010, p. 9 e 10).

O art. 1º da Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, armazenamento, pesquisa, comercialização, consumo e liberação no meio ambiente e descarte de OGM e seus derivados no País.

O art. 3º do referido estatuto legal estabelece as definições, dentre outras, de organismos geneticamente modificados e seus derivados.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

(...)

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM.

Seguindo os princípios básicos da matéria, nos termos da Lei nº 11.105/2005, a avaliação da segurança de um produto geneticamente modificado, seja ela alimentar ou ambiental, deve ser feita desde o momento em que se iniciam as atividades laboratoriais até a sua efetiva colocação no mercado consumidor.

Além disso, restou estabelecida a competência legal do Ministério da Saúde, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente, e da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, no campo de suas competências, para emitir as autorizações, registros e a fiscalização dos produtos e as atividades que envolvam OGM e seus derivados destinados ao uso humano, farmacológico, domissanitário e áreas afins (art. 16).

Perece ser evidente que os ganhos econômicos que os produtos geneticamente modificados proporcionaram acabaram, por pressão dos agentes econômicos, por influenciar as políticas públicas voltadas ao setor, como alertam PAZ e SILVA (2016, p. 48-49):

A questão dos transgênicos como responsável pela fabricação de novas espécies de vida e de alimentos traz à tona a necessidade de uma reflexão: as grandes

empresas invadem cada vez mais as políticas nacionais, ditando suas regras, objetivando tornarem-se proprietárias de formas de vida e de sua descendência para deter o controle da cadeia alimentar, o que se apresenta um tanto ameaçador (BEGROW; ERPEN, 2002).

Apesar das intensas pesquisas do setor de alimentos, ainda permanecem dúvidas sobre os riscos que os produtos transgênicos representam à saúde dos consumidores, “empresas e entidades como as Centrais Sindicais (CC.OO) mostram-se extremamente contrárias à utilização desses produtos, temendo a possibilidade de virem provocar sérios prejuízos à qualidade de vida do homem” (PAZ e SILVA, 2016, p. 50).

Dessa feita, o consumo de produtos alimentícios transgênicos, ainda que por hipótese signifique um risco à saúde e à vida dos consumidores, gera juridicamente a obrigatoriedade da completa informação ao consumidor para que ele possa exercer adequadamente o seu legítimo direito de escolha entre consumir ou não consumir determinado produto, como se verá mais adiante neste trabalho.

2.2 Dos produtos alergênicos

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em documento informativo publicado (ANVISA. PERGUNTAS & REPOSTAS: ROTULAGEM DE ALIMENTOS ALERGÊNICOS, 2017, p.8), define alergia alimentar como sendo:

Alergias alimentares são reações adversas desencadeadas por uma resposta imunológica específica que ocorrem de forma reprodutível em indivíduos sensíveis após o consumo de determinado alimento. Essas reações apresentam ampla variação na sua severidade e intervalo de manifestação, podendo afetar os sistemas cutâneo, digestivo, respiratório e ou cardiovascular. Indivíduos com alergias alimentares podem desenvolver reações adversas graves a alimentos que são consumidos de forma segura pela maior parte da população, mesmo quando ingeridos em pequenas quantidades.

A principal preocupação das alergias alimentares é a anafilaxia, que pode levar o indivíduo a óbito se não for tratada imediatamente.

A ANVISA, no mesmo documento informativo (ANVISA. PERGUNTAS..., 2017, p.11 e 12), também indica quais são os alimentos alergênicos:

Mais de 170 alimentos já foram descritos como causadores de alergias alimentares e existem inúmeros fatores ambientais (ex. hábito alimentar, amamentação, alimentação complementar, tipo do alimento, nível de processamento e forma de preparo do alimento) e individuais (ex. carga genética, sexo, idade, etnia, atividade física, etilismo, uso de antibióticos e de inibidores da acidez gástrica) que podem influenciar no desenvolvimento de alergias alimentares.

A literatura internacional indica que cerca de 90% dos casos de alergia alimentar são ocasionados por apenas oito alimentos: ovos, leite, peixe, crustáceos, castanhas, amendoim, trigo e soja. Esses alimentos são reconhecidos como alergênicos de relevância para a saúde pública pelo Codex Alimentarius, organismo da FAO e da OMS responsável pela harmonização internacional de regras para alimentos, e por diversos países.

A regulamentação da rotulagem dos principais alimentos alergênicos é estabelecida pela ANVISA por meio da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 26/2015, que foi publicada no Diário Oficial da União n. 125, de 03/07/2015. A regulamentação foi necessária, segundo a Agência, “para a proteção da saúde e melhoria da qualidade de vida dos indivíduos com alergias alimentares e pela constatação de diversos problemas na transmissão de informações nos rótulos” (ANVISA. PERGUNTAS..., 2017, p.11). Sendo que os principais problemas na rotulagem são:

(a) o emprego de terminologias técnicas ou científicas na lista de ingredientes (ex. caseína, que é uma proteína do leite); (b) a declaração de muitos ingredientes por meio de termos genéricos que não identificam sua origem (ex. óleos vegetais, amido); (c) a ausência de declaração de alguns constituintes de ingredientes compostos e dos coadjuvantes de tecnologia na lista de ingredientes; (d) a legibilidade inadequada das informações relativas à composição dos alimentos (ANVISA. PERGUNTAS..., 2017, p. 11 e 12).

A Anvisa decidiu regulamentar a matéria para assegurar que os consumidores tenham acesso a informações corretas, compreensíveis e visíveis sobre a presença dos principais alimentos que causam alergias alimentares na rotulagem dos alimentos embalados.

2.3 Substâncias causadoras de intolerância alimentar

A intolerância é uma desordem completamente diferente da alergia, a começar pela causa: a carência de uma enzima que processaria certo nutriente. Os efeitos da intolerância chegam a demorar horas (ou dias) para se manifestar e ficam quase restritos ao aparelho digestivo – dor de barriga, gases, enjoo. Ao contrário da alergia, “*esse tipo de transtorno até permite consumir um pouco da substância não tolerada, desde que com orientação. Em certos casos, dá inclusive para tomar uma dose da enzima em falta e, a partir daí, ingerir uma pitada do ingrediente*” (MEDICINA, 2017).

Os produtos que causam intolerância alimentar são, normalmente, o leite e seus derivados, grãos de glúten, banana, frutas cítricas, carnes processadas, repolho, vinho tinto e produtos corantes (MEDICINA, 2017). Os sintomas mais comuns da intolerância alimentar costumam ser a diarreia ou prisão de ventre, dor abdominal e gases, cansaço excessivo, vômitos e náuseas, sensação de arriga inchada, dor de cabeça e enxaqueca, dificuldade para emagrecer, manchas vermelhas na pele, tosse, acne e depressão.

A ANVISA editou as Resoluções de Diretoria Colegiadas – RDC nº 135 e nº 136, ambas publicadas no D.O.U no dia 09 de fevereiro de 2017, a primeira aprova regulamento técnico para dispor sobre os alimentos para dieta com restrição de lactose, a segunda estabelece os requisitos para declaração obrigatória da presença de lactose nos rótulos dos alimentos.

3 | DO DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

O fornecedor tem o dever de informar o consumidor sobre os produtos colocados à venda, nos termos do art. 6º do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor;

[...]

III. a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

O mundo moderno propicia ao consumidor diversas formas de consumo, inclusive, pela Internet, sujeitando-o a inúmeras armadilhas, quando não são disponibilizadas informações precisas e completas sobre produto comercializado, seja por omissão do produtor, seja por omissão do comercializador.

O consumidor deve ter acesso integral às informações sobre o produto que pretende consumir, de forma que possa fazer juízo positivo ou negativo sobre determinado produtos, sendo para isto a informação vital.

No caso de produtos que contenham em sua composição elementos que possam ser prejudiciais à saúde, comprovados ou que representem apenas meros riscos, como no caso dos produtos geneticamente modificados (transgênicos), alergênicos ou causadores de intolerância, a informação precisa de sua composição é crucial. Neste sentido, o CDC não deixa dúvidas:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A apresentação do produto, segundo Ronaldo Alves de Andrade (2010, p.303), *“as informações necessárias e úteis à identificação e informação dos consumidores devem constar da apresentação do produto ou serviço, qualquer que seja a forma de apresentação – rótulo, caixa, embrulho, cartucho etc.”*.

A transparência e a boa-fé estão intimamente ligadas ao princípio da vulnerabilidade, ou seja, o produtor deve se portar com boa-fé ao descrever o produto em sua embalagem ou rótulo, pois o consumidor, em geral, não tem conhecimento ou os meios técnicos para determinar a composição de determinado produto. Desta forma, a relação de consumo se baseia nos princípios da transparência e da boa-fé.

O *princípio da boa-fé objetiva* significa que o fornecedor tem a obrigação de disponibilizar todas as informações sobre o produto, por sua vez o *princípio da transparência* que garante ao consumidor conhecimento do bem ou serviço que deve ser adquirido.

Ronaldo Alves de Andrade (2010, 304) esclarece sobre esse princípio:

[...] a transparência estabelecida no referido diploma legal é tão intensa que obriga o fornecedor a prestar todas as informações de forma ostensiva em língua portuguesa, seja o produto ou serviço nacional ou importado. Estas informações que dimanam o dever de transparência visam garantir ao consumidor pleno, adequado e amplo conhecimento do bem ou serviço a se adquirido.

Assim o conceito de informação comporta comunicação, dados, instrução, conhecimento, de forma ampla e completa. O conceito de informação deve ser compreendido como sendo o direito de informação que tem como titular o consumidor.

O direito à informação deve contar com alguns elementos essenciais para que se concretize na prática, Fernanda Nunes Barbosa (2009, p. 60) explica que “*a fim de que a informação cumpra seu papel de fazer chegar ao conhecimento do receptor algo por ele desconhecido, novo, faz-se necessária a observância de alguns requisitos, a saber: clareza, precisão, completude, veracidade e compreensibilidade*”.

Dessa feita, somente com as informações precisas é que o consumidor poderá exercer o seu direito de escolha, independentemente, se os elementos constituintes de um produto, a exemplo dos transgênicos, beneficiam ou prejudicam o consumidor.

O direito à informação, como elemento do Direito contemporâneo, não é oponível apenas contra o Estado, mas também em relação aos demais particulares, como no caso em estudo na relação de consumo. Fernanda Nunes Barbosa (2009, p. 46) acentua tal aspecto:

A verificação de que o direito à informação não está contida apenas em legislações infraconstitucionais, mas também nas Constituições mais recentes, como o direito fundamental, também denota que seus efeitos não se restringem à ordem privada dos sujeitos, mas irradiam-se na consideração pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê somente no exercício do direito oponível ao Estado, mas em face do poder econômico.

Com efeito, o consumidor, geralmente, a parte mais frágil na relação de consumo encontra proteção tanto no âmbito Constitucional, como no infraconstitucional, no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Da defesa do consumidor e seus princípios

A Constituição Federal brasileira de 1988 inova ao tratar da defesa do consumidor no seu Título II, na sua chamada *carta dos direitos e garantias fundamentais* (art. 5º, inciso XXXII), ao estabelecer que o Estado deve promover a defesa do consumidor, bem como em seu Título VII, da ordem econômica e financeira, quando inclui a defesa do consumidor como um dos seus princípios da ordem econômica (art. 170, V). Portanto, a defesa do consumidor tem natureza jurídica de direito individual fundamental.

MORAES (2011, p. 211) esclarece a respeito:

A inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor para fazer

valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde, o transporte, a alimentação, fez sua defesa ser erigida como um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma ordinária regulamentando não só as relações de consumo, mas também mecanismos de proteção e efetividade dos direitos do consumidor.

A determinação de edição de norma ordinária a que se refere o referido autor é a determinação contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 48, pela qual estabeleceu-se que o Congresso Nacional deveria, dentro do prazo de 120 a contar da promulgação da Constituição, elaborar o código de defesa do consumidor, o que acabou ocorrendo com a edição da Lei nº 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Apesar da relevância da tutela constitucional do direito do consumidor, esta não é regra nos sistemas jurídicos da maioria dos países, como observa DANTAS (2013, p. 359), na medida em que “*apenas Portugal e Espanha contêm, no corpo de suas constituições, dispositivos que tratam expressamente da proteção do consumidor*”.

Assim, pode-se afirmar que o constituinte originário, ao dar origem à Constituição de 1988, conferiu especial atenção à defesa do consumidor.

Com efeito, da proteção ao consumidor, como princípio constitucional, surgem outros princípios que lhe são corolários, no âmbito infraconstitucional, a completar o regime jurídico de protetivo, como se verá a seguir.

Os princípios protetores do consumidor no ordenamento pátrio infraconstitucional são o *princípio da boa-fé*, *princípio da vulnerabilidade*, *princípio da transparência* e o *princípio da veracidade*.

O *princípio da boa-fé* está previsto no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III – Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se fundam a ordem econômica (art. 170 da CF/88) *sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis *com a boa fé*

ou a equidade. (grifamos)

Com efeito, o CDC exige para efeito de validade que a relação de consumo seja baseada na confiança e a lealdade, consagrando um padrão ético e moral.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, na relação de consumo, diante das possíveis armadilhas criadas pelos fornecedores que tendem a ditar as regras do mercado, também é essencial para uma relação equilibrada, pois, como dito, em regra, o consumidor não tem o conhecimento e os meios técnicos necessários para obter as informações precisas sobre a produção, distribuição, comercialização, benefícios e riscos de determinados produtos comercializados, colocando-se, desta forma, numa posição vulnerável na relação de consumo.

Sérgio Cavalieri Filho citando Antônio Herman Benjamin, afirma que a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, sejam eles ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos.

São identificadas pela doutrina três espécies de vulnerabilidade: a) *fática* é aquela que é perceptível; b) *técnica* que consiste na falta de conhecimento específico do consumidor quanto ao produto ou processo de produção do mesmo, na medida em que o produtor monopoliza tais informações; c) *jurídica*, visto que o consumidor é o lado frágil da relação de consumo.

No que toca ao princípio da transparência, segundo Markus Samuel Norat (2010, p. 114), é no sentido de que “*toda e qualquer publicidade deve ser clara, não pode utilizar de subterfúgios, nem tão pouco deixar qualquer tipo de margem que possa originar alguma dúvida no entendimento do consumidor*”.

A *transparência* é fundamental na relação de consumo, sendo prestigiada pelo CDC ao estabelecer que:

Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, *a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito*;

Parágrafo único - *Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.* (grifamos)

Além disso, não basta que exista a informação sobre determinado produto, mas é essencial que contenha *veracidade* sobre seu conteúdo de forma a evitar que o consumidor seja induzido ao erro. Neste sentido, o CDC dispõe:

Art. 37. *É proibida toda publicidade enganosa;*

§ 1º *é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer*

Markus Samuel Leite Norat (2010, p. 127), neste aspecto, acentua que:

A publicidade não pode deixar de transmitir a verdade na mensagem que esta passando ao consumidor, seja de forma comissiva, fazendo afirmações falsas, ou de forma omissiva, deixando de fazer alguma afirmação essencial para que o anúncio seja verdadeiro. (...) A publicidade enganosa gera no consumidor uma expectativa errônea sobre o produto ou serviço que esta sendo oferecido, de forma que ele possa vir a adquirir este acreditando tratar-se de outra coisa, que, possivelmente não iria adquirir caso tivesse o correto conhecimento sobre as reais condições deste produto ou serviço.

Assim, o ordenamento jurídico exige a postura de boa-fé de todos aqueles que participam da relação de consumo e estabelece sanções aos que ofendem tal princípio.

3.2 A responsabilidade objetiva pelo dano ao consumidor

A vulnerabilidade do consumidor, como regra, na relação de consumo, obriga a adoção da teoria da Responsabilidade Civil Objetiva pelos causados ao consumidor. Assim, o fornecedor terá que arcar com eventuais danos morais ou materiais que o consumidor venha a sofrer em razão da relação de consumo existente entre eles, conforme estabelecem os arts. 12 e 14 do CDC.

Assim, nas relações de consumo a regra é a aplicação da responsabilidade objetiva, significando dizer que não há a necessidade do consumidor provar a culpa do fornecedor. A obrigação do fornecedor em ressarcir os danos sofridos pelo consumidor aparece como consequência do nexo causal entre o proceder do agente e o dano resultante. Este é um ônus que o fornecedor de serviços ou produtos tem que aceitar para que possa desenvolver atividades de risco.

O risco, que é inerente à atividade humana, pode ser definido como a possibilidade de ocorrerem consequências negativas de uma atividade por meio da qual se procura obter algum benefício. Este risco juridicamente admitido insere-se no exercício de uma atividade lícita.

O Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria do risco integral, já que a responsabilidade do fornecedor poderá ser ilidida em alguns casos, conforme tratarei adiante.

Ao consumidor cabe provar o dano, a utilização do produto ou serviço e o nexo de causalidade entre ambos, sendo possível, inclusive, a inversão do ônus da prova, conforme dispõe o artigo 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A constatação dessa verossimilhança, ou seja, o grau de possibilidade de ser verdadeira a alegação, dar-se-á conforme os critérios do juiz.

A inversão do ônus da prova também é possível face à hipossuficiência do consumidor, que não ocorre em relação à condição econômica do consumidor, mas também em razão das eventuais dificuldades que o consumidor tenha para a produção de provas.

Com a inversão do ônus da prova, o réu passa a ter a obrigação de provar a inexistência do fato constitutivo alegado pelo autor. Caso não ocorra a produção desta prova pelo produtor/fornecedor, a ação deverá ser julgada procedente em favor do consumidor.

Assim, os tribunais pátrios vêm aplicando nas demandas que envolvem relações de consumo a teoria da responsabilidade objetiva, sem a qual muitas das normas protetivas ao consumidor perderiam eficácia na prática.

3.3 A responsabilidade solidária na relação de consumo

É de suma importância ao objeto de estudo desta monografia, ressaltarmos a responsabilidade solidária estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, objetivando maior eficácia na proteção ao consumidor, conforme os seus artigos 12, 13, 18 e 19.

Na maioria das relações de consumo o produto ou serviço fornecido ao consumidor passa por diversas relações, ou seja, diversas pessoas, até que se chega ao consumidor, o que, a princípio, dificultaria ainda mais ao consumidor ter ressarcido o seu direito lesado.

Assim, quando ocorrer um dano ao consumidor e a relação envolver um fabricante e um comerciante, ambos são responsáveis pelo dano causado ao consumidor, pois como este, em razão de sua vulnerabilidade, não precisa provar a culpa para que se configure a responsabilidade, tão pouco precisa provar quem foi o responsável pelo dano que sofreu, se foi o fabricante ou o comerciante, tal prova seria muito difícil de ser produzida pelo consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor trata de dois tipos de coautoria, a coautoria presumida e a coautoria fática. A coautoria presumida ocorre em razão do Código de Defesa do Consumidor responsabilizar todos aqueles fornecedores que contribuíram para que produto ou serviço chegasse até o consumidor, lhe causando um dano. Esta é uma presunção absoluta feita pela lei.

Já a coautoria fática é aquela prevista no parágrafo único do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor “*Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela realização dos danos previstos nas normas de consumo*”. Portanto, é necessário no mínimo um fornecedor e um consumidor para que ocorra a coautoria fática. Mas, permite também o referido artigo que o consumidor demande

juntamente ao fornecedor, um terceiro, pessoa estranha à relação de consumo.

A Responsabilidade Solidária, por vezes, deixa de ser efetivada pelo fato de não se conseguir identificar todos os responsáveis. Neste caso, a responsabilidade pela reparação perante o consumidor ficará a cargo do fornecedor imediato, quando não houver identificação clara acerca dos fabricantes no produto, ou, quando os produtos forem perecíveis, o comerciante não os conservar adequadamente, é o que dispõe o art. 13, I, II e III do CDC.

O fornecedor imediato também será responsável pela reparação do dano quando o produto for *in natura* e não houver identificação clara do produtor, conforme o §5º do art. 18 do CDC.

Assim, resta evidenciada a responsabilidade solidária em indenizar do fornecedor imediato, tanto no âmbito normativo como no jurisprudencial, pelos danos causados ao consumidor.

3.4 Deveres do estado em relação ao consumidor

A Constituição Federal, como visto, estabelece como direito fundamental de todo indivíduo a sua defesa, na condição de consumidor, por parte do Estado (art. 5º, XXXII).

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que opta pela economia de mercado também estabelece ser seu objetivo assegurar a todos existência digna e que a propriedade privada deverá cumprir função social (art. 170 da CF). A autonomia privada, há muito, deixou de significar um óbice para a intervenção estatal, quando envolvidos interesses sociais coletivos. Neste sentido, a evolução conceitual de autonomia privada indica isso, BADR (2016, p. 86):

Fato é que seja qual for opção a ser feita, quer em prestígio à vontade subjetiva ou à sua respectiva declaração, ou ainda, se consideradas essas como elemento único do negócio jurídico, sempre que a vontade do indivíduo é exteriorizada ingressa no plano das relações sociais. Assim sendo, a vontade declarada deve ser socialmente considerada.

Supera-se, dessa maneira, a tese da supremacia da vontade individual e, ao mesmo tempo, significa a necessária adequação do negócio jurídico às valorações de ordem social, juridicamente estabelecidas, mormente, quando albergadas pelo ordenamento constitucional.

ROCHA (2005, p. 118), no tocante à função social da propriedade, ressalta as suas características e possibilidade de ser atualizado com novos conteúdos não previstos pelo legislador:

A propriedade, enquanto direito típico de uma sociedade capitalista, está vocacionada, em nosso ordenamento jurídico, por força de mandamentos constitucionais previstos expressamente nos arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, 184, 185, parágrafo único, e 186, I ao IV, a atender uma função social.

Esta – a função social – é instrumento de realização de valores acolhidos no

texto constitucional, tais como, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a proteção ao meio ambiente, a ordenação do espaço urbano.

[...] sendo possível a jurisprudência atualizar-lhe o sentido e fazer incidir, no caso concreto, o princípio da função social em situações não pensadas pelo legislador, mas que revelam um uso da propriedade contrário ao fim social. Quer-se com isso afirmar que o princípio da função social da propriedade encontra-se no sistema como um princípio que pode ser atualizado com novos conteúdos sempre que isso se mostrar útil e relevante à concretização de outros princípios a que ele serve, como os princípios da socialidade e da dignidade humana.

Nesse sentido, BADR (2006, p. 90), destaca a esclarecedora lição de Pietro Perlingieri que categoricamente afirma:

Inexiste o poder ilimitado: toda atribuição de direitos é acompanhada de deveres e obrigações não podendo as situações favoráveis ser consideradas isoladamente. O perfil mais significativo é o dever do titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos. No ordenamento moderno o interesse só é tutelado se adequa não apenas ao interesse do titular, mas também ao da coletividade.

Obviamente, a intervenção do Estado no domínio econômico não significa uma intervenção arbitrária ou discricionária, mas objetiva obter concretamente a igualdade dos seus cidadãos, a qual deve ser alcançada principalmente pela atuação estatal em caráter legislativo, mas também administrativo e jurisdicional (BADR, apud ANA PRATA, 2016, p. 91).

A nova visão constitucional, ao inovar em termos de direitos humanos fundamentais, de proteção ao consumidor, deve ser compatibilizada com preceitos tradicionais constitucionais, como a livre iniciativa e a livre concorrência, como alerta MORAES (2011, p. 211), conforme já decidiu o STF:

[...] em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência **com os da defesa do consumidor** e da redução das desigualdades sociais, **em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços**, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (Pleno – Adin nº 0319/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ, seção I, 30/04/1993, p. 7563) (grifamos).

Se o Supremo Tribunal Federal entende como sendo válida a intervenção do Estado na economia na defesa do consumidor em detrimento a preços abusivos, como muito mais razão se justifica constitucionalmente quando esta intervenção se der na defesa da saúde e da vida do consumidor, como valores supremos assegurados pela Constituição Federal.

De igual forma, o Código de Defesa do Consumidor proclama, desde o seu art. 1º, que as normas por ele estabelecidas são de ordem pública e de interesse social, de forma a estabelecer a obrigatoriedade da intervenção do Estado no mercado de consumo, objetivando garantir produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, com base nos princípios da

boa-fé, vulnerabilidade, transparência e veracidade, de forma a cumprir o seu dever constitucional de defesa do consumidor.

Não resta dúvida de que a Constituição brasileira de 1988, com todas as suas peculiaridades, como, sua força normativa e norma hierarquicamente superior, a inserção de rol de direitos fundamentais individuais e sociais no seu texto a serem efetivados, bem como inserção de princípios com força normativa, fez emergir a necessidade de uma maior pró-atividade por parte do magistrado ao aplicar o Direito.

Assim, diante de eventual inércia do Estado Administrador em assegurar a segurança alimentar dos consumidores, especialmente, no que tange ao direito de informação sobre o produto alimentar, dada a natureza de direito fundamental, pode o Estado Juiz conceder tutelas individuais ou coletivas protetivas aos consumidores, como não raramente tem ocorrido.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de consumo deve ser baseada nos princípios da *boa-fé, princípio da vulnerabilidade, princípio da transparência e o princípio da veracidade*, como forma de garantir a proteção do consumidor, isto, implica, necessariamente, que os produtos comercializados contenham em sua rotulagem informações precisas e integrais sobre os seus elementos constituintes, de forma a permitir que o consumidor possa fazer sua opção de escolha. Conclui-se que somente com as informações precisas é que o consumidor poderá exercer o seu direito de escolha, independentemente, se os elementos constituintes de um produto, a exemplo dos transgênicos, beneficiam ou prejudicam o consumidor.

O CDC exige para efeito de validade que a relação de consumo seja baseada na confiança e a lealdade, consagrando um padrão ético e moral. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, na relação de consumo, diante das possíveis armadilhas criadas pelos fornecedores que tendem a ditar as regras do mercado, também é essencial para uma relação equilibrada.

O presente estudo atestou que há a responsabilidade solidária para reparação ao consumidor a cargo do fornecedor imediato, quando não houver identificação clara acerca dos fabricantes no produto, ou, quando os produtos forem perecíveis, o comerciante não os conservar adequadamente, é o que dispõe o art. 13, I, II e III do CDC.

A Constituição Federal, em sua Ordem Econômica, adota a economia de mercado e a livre concorrência, contudo, inovou ao erigir dentre os princípios desta a proteção ao consumidor (art. 170, V), a qual tem *status* de direito fundamental individual (art. 5º, XXXII), impondo-se, desta forma, a intervenção no mercado pelo Estado na defesa e proteção do consumidor.

Em suma, a rotulagem dos produtos, quando precisa, completa e acessível, é um meio eficaz de proteção dos direitos dos consumidores, como forma de garantir-lhes a livre e consciente escolha sobre o consumo ou não de determinado produto, livre de qualquer indução a erro, no interesse na proteção de sua saúde e vida, sendo dever do Estado garantir que a relação de consumo se dê dentro desses parâmetros normativos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2010.

ANVISA. **PERGUNTAS&REPOSTAS: ROTULAGEM DE ALIMENTOS ALERGÊNICOS**. Disponível em: < <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/2810640/Rotulagem+de+Alerg%C3%AAnicos/283b1a22-d923-4eb1-84fa-cb1a662b7846>>. Acesso em: 12 nov. de 2018.

BADR, Eid. **Curso de direito educacional: o ensino superior brasileiro**. Curitiba: CRV, 2016.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: Direito e Dever nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Brasil. Ministério da Saúde. **Organização Pan-Americana da Saúde. Marco Legal Brasileiro Sobre Organismos Geneticamente Modificados** / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde, – Brasília : Ministério da Saúde, 2010. Disponível: < <http://www2.fcfar.unesp.br/Home/CIBio/MarcoLegalBras.pdf>>. Acesso em: 15 de nov. de 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDICINA. **ENTENDA AS DIFERENÇAS ENTRE INTOLERÂNCIA E ALERGIA ALIMENTAR**. Disponível em: < <https://saude.abril.com.br/medicina/entenda-as-diferencas-entre-intolerancia-e-alergia-alimentar/>>. Acesso em: 15 nov. de 2018.

MARQUES, Claudia Lima, **Contratos de Defesa do Consumidor**. 4º ed São Paulo: RT, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2011.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Direito do Consumidor: Oferta e publicidade**. Anhangura, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

PAZ, Viviane Candeia; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por uma tutela transnacional das relações de consumo: riscos advindos dos alimentos transgênicos. **Direito e sustentabilidade II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/4rvv15s2/5lpC25D4b8Yu0BQK.pdf>>. Acesso em: 30 de nov. 2018.

VEIRA, Adriana Carvalho Pinto; JR, Pedro Abel Vieira. **Direitos dos Consumidores e Produtos Transgênicos – Uma Questão Polêmica para a Bioética e o Biodireito**. Curitiba: Juruá, 2008.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE INCLUSÃO ÉTNICA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 186 E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE ELIMINAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Data de aceite: 12/12/2018

Gilson Tavares Paz Júnior

Graduado em Matemática(UEPB), Direito(UEPB), Pedagogia(FACIBRA) e Letras(FAMA);
mestrando em Direito (UNISANTOS) e
Educação(UPE)

RESUMO: Trata-se de um estudo sobre os argumentos apresentados quando do julgamento da ADPF 186, pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise das políticas inclusivas por meio de cotas para a educação superior no Brasil, em consonância com a legislação interna e internacional a respeito. Insere-se no debate argumentos contrários no que diz respeito a tais ações afirmativas como sendo paradoxalmente excludentes do grupo social não contemplado, em contraponto aos argumentos de cunho social, histórico e econômico segregatório decorrente dos fatos históricos constantes da história brasileira, especialmente no período colonial.

PALAVRAS-CHAVE: cotas raciais; políticas de inclusão educacional e social; direito internacional e interno.

ABSTRACT: This is a study of the arguments presented when the ADPF 186 judged by the Federal Supreme Court, when analyzing inclusive policies through quotas for higher education in Brazil, in accordance with the domestic and international legislation in this regard. Contrary arguments are inserted in the debate regarding such affirmative actions as being paradoxically excluding the social group not contemplated, in contrast to the arguments of segregatory social, historical and economic nature arising from the historical facts in Brazilian history, especially in the colonial period.

KEYWORDS: racial quotas; educational and social inclusion policies; international and domestic law

1 | INTRODUÇÃO

O cerne polêmico sobre a política inclusiva de cotas étnico-raciais reside no Princípio da Igualdade Material, observado no art. 5º da Carta Constitucional de 1988¹ e que repercute ante manifestações de grupos que se dizem preteridas, numa análise meritória em contrassenso às questões sociais decorrentes das histórico-culturais reticentes

1 Artigo 5º, CRFB. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (grifo nosso)

do Brasil Colônia.

As desigualdades históricas brasileiras atingem, há muito, grupos de minorias que desde sempre na história do Brasil foram hostilizados e desmerecidos nas oportunidades sociais, profissionais, educacionais e de inclusão igualitária de forma geral, observado que em dados momentos se apresentam com maior intensidade, dadas as formas mais explícitas ou veladas conforme o contexto social temporal.

“Embora nenhuma forma de segregação tenha sido imposta após a abolição, os ex-escravos tornaram-se, de maneira geral, marginalizados em relação ao sistema econômico vigente.” (HERINGER, 2002, p.58)

A superação de tais situações que se alongam durante todo o período de vida da sociedade brasileira tem encontrado soluções primeiras, embora paliativas, nas ações afirmativas de compensação que vêm se apresentando ao longo das últimas décadas, tanto pela edição de leis originárias próprias, como de internalização de normas internacionais.

A igualdade, aqui em comento, busca promover justiça social e incluir socialmente os valores culturais mais diversos enquanto legitimamente participantes do processo cultural e formativo de nosso povo; processo que sofreu, e ainda sofre, forte discriminação também cultural de divisão entre etnias, como se hierarquizadas pudessem ser.

Nesta pesquisa, nos deteremos a uma breve análise do julgamento da ADPF 186 que analisou o tema das cotas raciais/étnicas de acesso à educação superior. Anteriormente, trataremos paralelamente sobre a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, que, apesar de haver sido internalizada em nosso ordenamento jurídico ainda na década de 1960, ainda é pouco divulgada e trabalhada pelos educandários nacionais, nos mais diferentes níveis de ensino. Bem como, trataremos de leis complementares de conteúdo análogo que versam sobre o mesmo tema em abordagens temporais distintas.

A presente pesquisa analisará a o julgado sobredito por meio de pesquisa bibliográfica e análise documental sobre a CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, bem como a análise dos votos proferidos pelos Doutos Ministros quando do Julgamento da ADPF 186, além da análise doutrinária própria ao tema.

2 | A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, A LEGISLAÇÃO PÁTRIA SOBRE O TEMA

Baseado nos princípios da dignidade e da igualdade humana, a Organização das Nações Unidas editaram a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que teve coleta de assinaturas em Nova York, assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966 e internalizada ao Direito Pátrio com a edição do Decreto Legislativo 65.810/69, que foi citada quando da defesa dos brilhantes votos dos ministros da Suprema Corte brasileira. Tal convenção internacional traz em seu bojo fundamentos inclusivos pensados globalmente, com motivação histórica forte e objetivo claro de minorar discrepâncias excludentes de direitos pessoais e sociais.

Como bem pontua Portela (2018), mesmo tendo sido incorporada ao ordenamento pátrio antes da atual Constituição, a sobredita Convenção, que aqui fora internalizada via Decreto, foi por ela perfeitamente recepcionada, dada sua compatibilidade principiológica com a Carta Constitucional de 1988. Pois assim, o combate a qualquer forma discriminatória é premissa ideológica de qualquer país que exercite o respeito à dignidade da pessoa humana como matriz de princípios. São, pois, questões universais que deduzem que não há hierarquia étnica e que há única raça, a humana.

O artigo 1º da sobredita Convenção ensina que,

“...qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Deve ser, pois, o entendimento primeiro de dignidade de um povo que tenha em si o respeito mútuo e a aversão às deploráveis formas e níveis discriminatórios. A esse respeito, Portela assinala:

“O combate à discriminação racial parte dos princípios da universalidade, da igualdade e da não discriminação, que levam à premissa de que todos os indivíduos possuem uma dignidade que lhes é inerente e que não pode ser afetada por qualquer motivo, inclusive de raça.” (PORTELA, 2018, p. 956)

No mesmo norte, o Autor supracitado ensina que “é necessário destacar que o conceito de discriminação racial não inclui apenas a discriminação por motivo de raça, mas também pela cor, descendência ou origem étnica ou nacional (art. 1º, par.

1º).” (PORTELA, 2018, p. 956)

Vejamos a definição sobre discriminação racial contida no disposto do referido dispositivo:

“Artigo 1º, §1. Para fins da presente Convenção, a expressão discriminação racial significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.”

A compensação social que se afirma ao justificar as ações afirmativas tem origem histórica, política e social. Camargo (2018) esclarece que a validade da ação afirmativa étnica deve compensar as discrepâncias de ordem histórica, social e econômica que uma dada população que auferiu vantagem hegemônica em dado momento histórico, estornando de forma distributiva e compensatória os acréscimos indevidos.

Para Lazari e Garcia (2018),

“Muito embora a sociedade brasileira seja pluralista e altamente miscigenada, ainda são comuns os casos de preconceito racial e étnico, o que coloca pessoas como negros, índios e membros de grupos étnicos minoritários em geral em situação de vulnerabilidade que asseguram uma especial proteção sob o viés da igualdade material”. (LAZARI e GARCIA, 2018, p. 336)

As ações afirmativas de inclusão de cotas étnicas e raciais nos quantitativos de vagas ofertadas pelas universidades têm fundamento no art. 1º, §4º da Convenção em análise, justificando que não se trata de uma discriminação racial sobre outra, mas de uma proteção de direitos humanos negligenciados ao longo da trajetória histórica de dados grupos étnicos que sofreram percalços significativos no desenvolvimento, em razão da etnia. Vejamos:

§4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

O parágrafo sobredito esclarece ainda que tais medidas devem, contudo, ser

sopesadas ao passo em que sejam alcançados os objetivos geradores, para que não se causem novos prejuízos de igualdade.

As Normas de Direito Internacional funcionam gradativamente para proteger e garantir direitos humanos fundamentais quando cerceados de determinados grupos. Há uma proteção a grupos vulneráveis que padecem por questões históricas, políticas e sociais e que acontecem em escala global. O Direito Internacional surge da necessidade de suprir questões que extravasam limites territoriais demarcados geograficamente, considerando que, em razão da unificação mundial através do processo de globalização, os problemas relacionados a direitos humanos devem ser considerados em jurisdição indivisível.

É possível constatar que:

“Ao longo da história da humanidade, é notório que o pensamento ocidental apresentou, em diversas oportunidades, ideologias pautadas na superioridade de alguns grupos, bem como de suas concepções de boa vida, estabelecendo, assim, o que denominamos de hierarquia sociocultural. Tal visão, inclusive, chegou a legitimar o pensamento de que determinado grupo de pessoas teria o legítimo direito de governar outras. No Brasil, ainda nos tempos atuais podemos encontrar exemplos reais dessa subordinação social: legislação que impede a união entre pessoas do mesmo sexo; práticas de policiamento que associa pessoas de determinada raça ou cor com criminalidade; ausência de determinado grupo em camadas socioeconômicas; rotineira discriminação contra nordestinos e sua cultura; insensibilidade para com a cultura de grupos indígenas”. (CAMARGO, 2018, p. 73)

Como bem afirmado pelo Autor acima citado, há muito forte ainda um processo discriminatório de origem cultural de superioridade sobre minorias, como se possível fosse. E isso se manifesta nas mais variadas formas de menosprezo, intolerância e massacre social. Há uma separação social, embora disfarçada, que subtrai dos grupos de minorias as condições de crescimento social que deveriam ser integrais a todos, sem distinção.

Cabe aqui pontuar, que o grupo étnico de descendência africana, aqui em estudo, sofreu e ainda sofre dos resquícios do período colonial, pois que se introjetou na cultura brasileira a ideia do negro como subespécie humana que tem caráter servil na participação produtiva econômica e social. Fator que vem, e deve continuar, sendo denunciado pela sociedade e pelas academias, em razão dos danos centenários causados pela discriminação antiga totalmente declarada e que hoje ainda existe de forma velada.

No contexto nacional, a Lei n. 1.390/51, também conhecida por lei Afonso Arinos, tipificou criminalmente como contravenção penal discriminações típicas reiteradas à população afrodescendente como distinção no atendimento comercial; recusa em hospedagem em razão da etnia; não aceitação de alunos em estabelecimentos

de ensino; óbice à inclusão no serviço público e negação de trabalho em qualquer instância. Sem dúvidas, foi um marco inicial legislativo interno que, apesar de acanhado por tratar faltas graves apenas como contravenção penal, abriu as portas para a sucessão legislativa mais apurada.

O texto da Carta Cidadã de 1988, em seu artigo 3^o, trata como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar toda e qualquer forma de discriminação, inclusive a racial.

No mesmo sentido da Constituição da República, a Lei 7.716/89 definiu os crimes decorrentes de preconceito de raça ou cor, especificando e aprofundando a questão no ambiente jurídico interno, com a observação de que ainda que melhoradas as questões, poderiam e foram aperfeiçoadas.

preceito de raça ou cor, especificando e aprofundando a questão no ambiente jurídico interno, com a observação de que ainda que melhoradas as questões, poderiam e foram aperfeiçoadas.

Mais adiante a legislação nacional aprofundou a questão com a edição da lei 9.459/97 que ampliou a tipificação penal, incluindo outros critérios de discriminação e/ou preconceito.

“É interessante notar que a Lei n. 9.459/97 não só inclui os critérios etnia e procedência nacional, alinhando-se à definição de discriminação racial prevista pela Convenção, como também inclui o critério religião, não previsto por aquela Convenção. Transcende, assim, a própria Convenção, punindo os crimes resultantes de discriminação racial (adotando-se a terminologia internacional) e os crimes resultantes de discriminação religiosa.” (PIOVESAN; GUMARÃES, 1998)

Percebe-se que a legislação nacional foi alterada à medida da maturação da sociedade que se propôs à discussão do tema. Uma evolução natural de superação de desigualdades sociais que perpassam o tempo e as gerações e que ganham espaço e contribuições a partir das leis e ações sociais decorrentes.

3 | A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186/ DISTRITO FEDERAL – NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O julgado em tela analisou possível ato inconstitucional do CESPE, renomado Centro de Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, quanto à reserva de vagas aos candidatos que se autodeclararem negros ou pardos, no percentual de 20% do total ofertado, enquanto ações afirmativas.

Mas o que seriam tais ações? Tratam-se, pois, as ações afirmativas enquanto

2 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifos nossos)

“medidas concretas, especiais e temporárias voltadas para a eliminação ou diminuição de desigualdades historicamente justapostas e que a um só turno viabilizam o fortalecimento da identidade individual ou coletiva e aceleram a inserção social de determinados grupos”. (CAMARGO, 2018, p. 69/70)

Segundo Camargo (2018), embora haja previsão legislativa internacional, há discussão sobre a aplicação das ditas ações afirmativas em determinadas comunidades políticas.

O que seria uma discriminação racial? Segundo o Art. 1º, I, da Lei nº 12.288/2010, o Estatuto da Igualdade Racial, define como sendo...

“...toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;” (BRASIL, 2010, Art. 1º, I, da Lei nº 12.288/2010)

Há dissenso sobre a validade de tais ações de inclusão. Em específico, no Brasil há a discussão sobre as políticas de cotas inclusivas para concursos de provimento de cargos públicos e de vagas em Instituições de Educação Superior, pois que vista como excludente de uns enquanto inclui outros, discussão central de validade de tal política pública, objeto de pesquisa do presente trabalho.

3.1 Argumentos e informações sobre o caso

Em síntese, conforme o contido no julgamento supracitado, procurava o Partido requerente desconstituir os atos administrativos atinentes à promoção de igualdade e integração étnica-racial da UnB, com seus consectários, alegando que tais atos ofendem o teor do artigo 1º, *caput*, III; do artigo 3º, IV; do 4º, VIII; do 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV; do 37, *caput*; do 205; do 206, *caput*, I; do 207, *caput*, e do 208, V, todos da Constituição da República de 1988, com a defesa de argumento de existência de uma discriminação social em contrário senso do que seria uma questão racial (STF, 2012, p. 11).

A ação em apreço se funda, também, na alegação de que outras ações com mesmo sentido foram julgadas contraditoriamente em instâncias diversas, assim, procurou-se solução por via da ADPF em comento, a fim de se analisar de forma concreta e uniforme a suposta lesão constitucional na instância maior (STF, 2012,

p. 12).

Trata também a sobredita ação da institucionalização, pela UnB, do que chamam de “tribunal racial” que define quem é negro e quem não o é, com questionamento também dos critérios práticos utilizados para tal fim. Ressaltando-se que o próprio critério verificador pode por si ser excludente e/ou discriminatório (STF, 2012, p. 14).

Mais adiante, os peticionantes argumentam que a tratativa deste tema, de origem antiga, no momento atual, seria uma punição discriminatória com os estudantes modernos que amargariam uma compensação histórica em pouco tempo, no tempo de agora. Teríamos, pois, o pagamento de uma grande conta histórica com cobrança atual, com uma responsabilização grande sobre a geração atual, que perderia vagas em cômputo geral bruscamente (STF, 2012, p. 14).

Em aparte, o Ministro Joaquim Barbosa, fez referência ao tratamento do tema pelos Estados Unidos da América, vez que, embora a imprensa noticie com regularidade que os EUA baniram o tema, a verdade é que o tema fora debatido e decidido por duas vezes na Suprema Corte: em 1978, no Caso Bakke x Regents, que legitimou o critério “raça” por ocasião das seleções universitárias; bem como, em 2003, Caso Grütter, confirmando a anterior no mesmo sentido (STF, 2012, p. 7).

Noutro ponto, a inicial traz a atenção para o perigo de uma orientação interna sobre modelos externos como os Estados Unidos e Ruanda, que provocou ainda mais segregação social, alegando, inclusive que as desigualdades entre negros e brancos não se funda na cor, mas que as desigualdades provenientes da escravidão tiveram fulcro em questões puramente econômicas decorrentes do tráfico negreiro, conforme os arguentes (STF, 2012, p. 14).

Em última análise de tese, alertam os agentes sobre uma possível “manipulação” de informações e dados quantificados para tratar os entes pesquisados como negros apenas por conveniência, incluindo pardos como sendo negros, quando do ingresso nas universidades, e afirmando que não o são quando das estatísticas de negros ingressos na academia (STF, 2012, p. 15).

Postularam, *in casu*, i) a suspensão da matrícula dos alunos contemplados por vagas do sistema de cotas; ii) a divulgação da listagem de todos os aprovados, desconsiderando-se a separação do sistema de cotas raciais; iii) a abstenção de novos editais no mesmo sentido; iv) a suspensão de todos os processos nacionais de seleção que disponibilizem o sistema de cotas raciais como alternativa de acesso à Educação Superior e por fim, v) o julgamento de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* (STF, 2012, p. 14).

Por sua vez, os arguidos contra-argumentaram que a ação trata de combate às discriminações históricas e que ainda assim são insuficientes à solução de tantos danos seculares de injustiça e opressão vividos e negados ao longo da história do Brasil. Esclareceram ainda que mais do que promover a repressão contra qualquer

forma discriminatória, há que se agir de forma a se promover a inclusão enquanto compensação dos danos e busca pela igualdade (STF, 2012, p. 17).

Em suas alegações, os arguidos apresentaram dados que informam sobre a disparidade de uma população de 45% de negros e pardos no país com ínfimo contingente de 2% de ocupantes dos bancos acadêmicos. Também esclarece que a comissão formada é pública, não-secreta como alegado, e que acontecem entrevistas com a devida publicização dos participantes e das etapas do processo (STF, 2012, p. 17).

Um lado dos litigantes defende o direito à ação inclusiva por ser reparadora, embora que minimamente, das ações e omissões para com a população negra, que sofreu ao longo da história uma preterição social e econômica; o outro lado defende que a oferta de vagas especificamente para a população negra causa uma exclusão reversa.

Em participação, a Procuradoria Geral da República manifestou-se contrária aos argumentos dos suscitantes, no sentido de que a Constituição de 1988 defende o constitucionalismo social que busca a igualdade formal, impedindo que o Estado aja no intuito de impedir privilégios ou discriminações arbitrárias em meio social mais amplo ou mesmo mais restrito (STF, 2012, p. 18).

Colaciona, brilhantemente, ainda, que não seria a justiça compensatória o único argumento balizador das políticas raciais afirmativas, mas também a justiça distributiva, no sentido de que se promova acesso plural não mais elitizado ao ensino superior, superando de forma gradativa estereótipos de superioridade/inferioridade intelectual em razão da cor da pele, com o fortalecimento da autoestima, combate ao preconceito e estímulo a novos ingressantes pelo exemplo positivo de que se pode competir em igualdade real de condições (STF, 2012, p. 18).

Em sua participação, a Advocacia Geral da União observou que a discriminação racial no Brasil e seus reflexos excludentes é notória e que seus efeitos não podem ser ignorados socialmente, opinando pela constitucionalidade da reserva de vagas como meio inclusivo e reparativo das desigualdades seculares (STF, 2012, p. 19).

3.2 Do julgamento: peculiaridades e consectários

O Supremo Tribunal Federal enfrentou em 2012 o polêmico tema que trata sobre a oferta de vagas universitárias mediante o acesso de vagas via cotas raciais. Em luta de argumentos quanto ao que seria o princípio da igualdade questionado por ambos os lados em suas perspectivas angulares próprias, a Corte entendeu unanimemente por legítimas tais vagas, julgando improcedente a sobredita APFD 186 pelos vastos argumentos e questões aqui expostos adiante em síntese.

A ação, ajuizada em 2009 questionou os atos administrativos tomados pelo CEPE e CESPE/UnB, que reservavam parte de suas vagas a afrodescendentes, alegando ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, meritocracia, direito universal à educação, princípio da igualdade e repúdio ao racismo. Tudo a descrever que a defesa de dada etnia é, por consequência, o detrimento de outra.

Em seus votos, os ministros defenderam argumentos válidos e potencialmente convincentes, cujos teores reforçam o objetivo maior de superação das desigualdades sociais e históricas vividas pelos brasileiros desde o período colonial, conforme observaremos.

O relator, Ministro Ricardo Lewandowsky, após afastar as preliminares suscitadas, enfatizou que o STF deveria sim discutir amplamente o tema à luz dos princípios resguardados pela Constituição da República. Também fez uma análise sobre o princípio da igualdade, diferenciando a igualdade formal da material.

Em continuidade, tratou sobre a justiça distributiva e as políticas de ação afirmativa, citando os conceitos para Ação Afirmativa de Myrk Duncan e o contido no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de discriminação Racial, destacando a importância de sua transitoriedade. Tratou ainda sobre a adoção do critério étnico-racial e votou pela improcedência do pedido inicial, a favor da manutenção das cotas raciais (STF, 2012, p. 56/92).

O Ministro Gilmar Mendes fez menção à relevância do tema e fez analogia com a Lei Maria da Penha quanto à aplicação do princípio da igualdade; fez também referência ao nosso modelo escravocrata e de sua repercussão histórica quanto diferenças econômicas decorrentes e ainda questionou sobre a validade do critério puramente racial, enfatizando que, por ser a UNB pioneira, pode o sistema estar em momento de correção para ajuste e adequação (STF, 2012, p. 4).

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux salientou que o STF é uma “Corte voltada para a humanidade” e ressaltou o valor da promoção da reparação social que, com a política em apreço, cumpriria, mesmo que minimamente, o preconizado no artigo 3º, I, da CRFB. Destaque-se o tratamento dado à discussão quando ele refere o tema de uma discriminação benéfica, contraditória às discriminações excludentes. Ato contínuo, também tratou de leis infraconstitucionais que versam sobre o tema, quais sejam a Lei 9.394/96³, a Lei 10.172/2001⁴, a 10.558/2002⁵, a 10.678/2003⁶ e o Decreto-Lei 65.810/69⁷, todos em reforço aos argumentos expostos e a última

3 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 20/12/1996.

4 Lei 10.172, de 09/01/2001, que trata do Plano Nacional de Educação e dá outras providências.

5 Lei 10.558, de 13 de novembro de 2002, que cria o Programa Diversidade na Universidade e dá outras providências.

6 Lei 10.678, de 23 de maio de 2003, que Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República, e dá outras providências.

7 Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.

enquanto norma de direito internacional internalizada dada sua importância no cerne dos direitos humanos (STF, 2012, p. 94/120).

A Ministra Rosa Weber sintetizou que o Estado deve se imiscuir nas relações sociais sempre que passíveis de correção e desigualdade e salientou que “quando o negro se tornar “visível” nas esferas mais almejadas da sociedade, política compensatória alguma será necessária”, votando pela improcedência do pedido. (STF, 2012, p. 121/130).

A Ministra Carmen Lúcia entendeu que as cotas raciais são perfeitamente compatíveis com o teor da Lei Maior, votando pela improcedência do pedido, vez que são observadas a proporcionalidade e a função social da academia no meio social, ressaltando que “...descobre-se que, melancolicamente, a igualdade pode ter a espessura da pele, que isso pode ser um desvalor na vida” (STF, 2012, p. 131/153).

No mesmo sentido de voto, o Ministro Joaquim Barbosa, consignou seu reforço ao voto do relator e acrescentou que não tinha nada mais a acrescentar, já que o voto do Relator “...não só é convincente, mas é abrangente e inteiramente em sintonia com o que há de mais moderno na literatura sobre o tema.” (STF, 2012, p. 154).

O Ministro Cezar Peluso endossou as palavras do Ministro Joaquim Barbosa e trouxe a informação de que há “déficit educacional e cultural da etnia negra”. Também pontuou que “...o mérito é, sim, critério justo ou o mais justo, mas, no caso, é justo apenas aos candidatos que tiveram oportunidades idênticas ou, pelo menos assemelhadas de preparação” (STF, 2012, p. 155/162).

O Ministro Gilmar Mendes observou o modelo que se apresenta para as cotas deve ser revisto e aprimorado, votando pela improcedência do pedido (STF, 2012, p. 163/209).

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio acrescentou às argumentações que as ações afirmativas em tela devem ser fixadas por prazo determinado, com a extinção das cotas após a superação das diferenças, enfatizando em sua clara argumentação a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, internalizada por meio do Decreto-Legislativo 65.810, de 08 de dezembro de 1969, que confere normatização básica ao caso (STF, 2012, p. 210/219).

Para o Ministro Celso de Mello, as cotas raciais são compatíveis com a Norma Constitucional, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos, fazendo uma retrospectiva legislativa e votando conforme o Ministro Relator.

O Ministro Aires Britto ressaltou que a constituição confere autorização às políticas públicas de tal natureza com fim em proteger grupos sociais desfavorecidos e enfatizou ao seguir o voto do Relator que “...a partir dessa decisão, Ministro

Lewandowski, tão magistralmente conduzida por Vossa Excelência, o Brasil tem mais um motivo para se olhar no espelho da história e não corar de vergonha” (STF, 2012, p. 220/231).

O ministro Dias Toffoli declarou-se impedido em razão de sua atuação na Advocacia Geral da União.

Assim, por unanimidade, o STF declarou como sendo constitucional a reserva de vagas por cotas étnicas como política afirmativa compensatória para ingresso na educação superior. Na mesma toada, a título informativo, em 2017, o fez também com relação à reserva de vagas em concursos públicos. Julgado ocorrido na ADC 41 que deixou de pormenorizar por não ser objeto deste escrito (STF, 2012).

O que é discutido na ADPF é um critério delicado que, apesar de ter uma legítima motivação em que se baseia em uma questão étnica, mas que utiliza apenas uma, a cor da pele, como fator determinante para inclusão ou exclusão, conforme a linha de raciocínio. Nestes termos há defensores da ideia que enquanto se inclui uns, outros são excluídos por decorrência. E tais argumentos contemplaram todo o debate com brilhantes votos que ultrapassam o direito e chegam a soar como poéticos, dada a profundidade da análise.

4 | CONSIDERAÇÕES

Enquanto instrumento normativo internacional editado pela Organização das Nações Unidas, a Norma Internacional analisada trata da proteção aos direitos humanos no que tange à não-discriminação em razão das diferenças étnicas e raciais. Trata-se de um sistema específico para a guarda de direitos de grupos que se integralizam na totalidade humana, atingindo sujeitos pré-determinados historicamente e socialmente marcados pelas diferenças e discriminações a elas atinentes.

São pessoas que, por condição histórica, social e econômica tornaram-se vulneráveis e carentes de equidade social, tudo com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana. Dessa forma a Convenção em comento que tratou de tema histórico e de suma importância trouxe suas contribuições em âmbito global que incitou o debate nas esferas nacionais e em específico, conforme análise, no Brasil, país com base formativa histórica de abuso e discriminação racial derivada da exploração econômica histórica.

A Convenção e as leis citadas balizaram os votos dos ministros quando do julgamento apreciado, o que, em análise, descreve a discriminação racial como sendo qualquer distinção entre pessoas em razão de sua etnia, cor, raça, descendência ou origem, que restrinja ou limite qualquer exercício de direitos por

tais razões, tolhendo liberdades e diminuindo direitos fundamentais nos âmbitos político, econômico, social ou de possibilidades sociais de inclusão quaisquer.

A análise da política afirmativa de cotas universitárias é importante ao mundo acadêmico, pois que as universidades são fontes de produção científica e de engrandecimento do seu povo.

A história do povo brasileiro, apesar de marcada pelo sangue negro, pode ser reencaminhada a um contexto compensatório por várias vias, entre elas, a de se oferecer uma demanda de vagas universitárias às populações étnicas discriminadas ao longo do tempo, trazendo, compensatoriamente, para uma união quem ficou segregado socialmente por tanto tempo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Danielle Pereira de. “Inclusão com mérito” e as facetas do racismo institucional nas universidades estaduais de São Paulo. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 2182-2213, Sept. 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000302182&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 - Distrito Federal. Requerente: Democratas - DEM. Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília - CEPE. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de abril de 2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> Acesso em: 21 set. 2019

CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de. **As Características dos Direitos Humanos**. In: SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito internacional dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018. Cap. 2, p. 57 a 116.

FERES JUNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL: MULTICULTURALISMO OU JUSTIÇA SOCIAL?. **Lua Nova, São Paulo**, n. 99, p. 257-293, Dec. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000300257&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 Dez. 2019.

HENRINGER, Rosana. **Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas**. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v18s0/13793>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

LAZARI, Rafael de e GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de Direitos Humanos**. Bahia: Juspodivm, 2018.
OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. 4.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas**. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, Dec. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/10.pdf>> Acesso em: 24 Set. 2019.

PIOVESAN, F.; GUIMARÃES, L. C. R. . Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. In: Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da PGE/SP. (Org.). **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade**. : Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998, v. , p. 353-368.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário**. 10.ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. **Direito internacional dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Agrotóxico 232, 234, 237, 239, 240, 241, 243, 244

Antropocentrismo 204, 208, 209

Assistência Social 12, 179, 180, 182, 185, 186, 188, 189, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203

B

Big Data 94, 95, 96, 97, 98

C

Ciências Jurídicas 81

Cônjuge 152, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 174, 175, 176, 177

Constitucional 4, 5, 8, 9, 10, 15, 25, 29, 30, 32, 39, 44, 45, 55, 59, 60, 62, 65, 68, 69, 72, 105, 107, 141, 153, 155, 161, 165, 170, 171, 172, 173, 174, 189, 191, 192, 193, 195, 198, 201, 202, 203, 204, 210, 211, 213, 217, 221, 226, 229, 231, 232, 233, 236, 238, 241, 243, 244, 258, 273, 274, 276, 277, 286, 300, 316, 317, 321, 322, 323, 324, 326, 328, 332, 336, 337, 339

Crimes 6, 11, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 30, 39, 44, 52, 56, 58, 59, 60, 73, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 99, 100, 101, 103, 104, 108, 110, 111, 113, 114, 297, 331

Cultura 37, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 70, 71, 72, 80, 83, 86, 91, 93, 189, 196, 200, 206, 260, 263, 264, 296, 300, 330, 339

D

Dados 13, 30, 32, 57, 62, 83, 84, 90, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 103, 104, 107, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 144, 214, 222, 247, 249, 252, 253, 295, 315, 316, 319, 327, 329, 333, 334

Descriminalização 6, 21, 29, 30, 39, 47

Direito Ambiental 212, 213, 214, 216, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 242, 243, 244, 309

Direito Penal 1, 2, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 22, 23, 24, 26, 27, 36, 46, 54, 55, 56, 101, 104, 112, 113, 114, 225

Direito Previdenciário 178, 185, 186

Direitos Humanos 30, 62, 63, 72, 73, 81, 82, 83, 84, 91, 109, 146, 178, 180, 182, 184, 185, 186, 262, 263, 264, 322, 324, 328, 329, 330, 332, 336, 337, 338, 339

E

Ecocentrismo 205, 210

Ensino Jurídico 302, 303, 306

F

Frédéric Bastiat 293, 295

G

Gênero 12, 73, 74, 76, 80, 81, 85, 89, 91, 92, 93, 184, 216, 217

I

Infanticídio 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72

Internet 1, 66, 77, 79, 94, 95, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 295, 315

J

Jurisdição 29, 33, 51, 121, 133, 269, 271, 274, 275, 276, 277, 330

Jurisprudência 17, 18, 27, 56, 57, 59, 82, 131, 136, 138, 156, 158, 163, 164, 166, 174, 273, 311, 322, 324

L

Legislação 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 17, 30, 39, 47, 55, 65, 77, 79, 81, 90, 96, 97, 98, 99, 108, 109, 110, 112, 113, 119, 121, 125, 128, 129, 140, 141, 143, 147, 148, 151, 154, 156, 161, 163, 165, 166, 179, 183, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 228, 234, 235, 236, 237, 242, 264, 266, 272, 273, 275, 277, 278, 279, 282, 295, 297, 311, 326, 328, 330, 331

M

Marca 126, 127, 128

Moradia 159, 191, 193, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268

Mulher 12, 14, 64, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 159, 160, 164, 174

P

Penhora 130, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142

Pirataria 124, 125, 126, 127, 128

Políticas Públicas 14, 26, 30, 39, 52, 75, 80, 81, 92, 97, 179, 189, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 227, 238, 245, 246, 252, 253, 254, 265, 266, 312, 336, 338, 339

Pornografia 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 103

Princípio 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 34, 40, 48, 49, 53, 56, 58, 59, 60, 68, 69, 76, 92, 96, 99, 105, 113, 117, 122, 134, 135, 139, 140, 147, 152, 167, 179, 180, 181, 185, 198, 200, 208, 212, 219, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 231, 241, 242, 251, 253, 259, 287, 295, 296, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 322, 323, 326, 334, 335

Privacidade 31, 32, 95, 97, 99, 101, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 257, 262, 263

R

Regulação 36, 117, 119, 121

Relações Sociais 186, 190, 321, 336

T

Testamento 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 160

Transação Penal 41, 43, 44, 47, 48, 49, 52, 53, 54

Tutela Antecipada 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292

V

Vida 21, 23, 24, 25, 32, 52, 54, 61, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 77, 79, 80, 81, 82, 89, 95, 103, 105, 106, 107, 109, 110, 114, 115, 116, 119, 120, 121, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 153, 154, 167, 168, 178, 179, 180, 182, 184, 185, 190, 192, 193, 194, 198, 201, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 218, 233, 234, 237, 239, 240, 242, 243, 244, 260, 262, 267, 274, 276, 309, 310, 312, 313, 314, 317, 322, 324, 326, 327, 329, 330, 332, 336

Violência 10, 12, 13, 14, 15, 23, 24, 34, 62, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 179, 266

