

DIREITO (RE)DISCUTIDO

Volume IX

ORGANIZADORA:
Caroline Müller Bitencourt



DIREITO
(RE)DISCUTIDO
VOLUME IX





Reitora

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Vice-Reitor

Rafael Frederico Henn

Pró-Reitor de Graduação

Elenor José Schneider

Pró-Reitora de Pesquisa

e Pós-Graduação

Andréia Rosane de Moura Valim

Pró-Reitor de Administração

Dorivaldo Brites de Oliveira

Pró-Reitor de Planejamento

e Desenvolvimento Institucional

Marcelino Hoppe

Pró-Reitor de Extensão

e Relações Comunitárias

Angelo Hoff

EDITORA DA UNISC

Editora

Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente

Andréia Rosane de Moura Valim

Felipe Gustsack

Hugo Thamir Rodrigues

Marcus Vinicius Castro Witczak

Olgário Paulo Vogt

Rafael Eisinger Guimarães

Vanderlei Becker Ribeiro



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

Caroline Müller Bitencourt
(Organizadora)

DIREITO
(RE)DISCUTIDO
VOLUME IX



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2018

© *Copyright*: dos autores
1ª edição 2018
Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: Denis Ricardo Puhl (Assessoria de Comunicação e Marketing da UNISC)

Editoração: Clarice Agnes, Caroline Fagundes Pieczarka.

D598 Direito (re)discutido [recurso eletrônico] : volume IX / Caroline Müller Bitencourt (organizadora). -1. ed. – Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2018.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: www.unisc.br/edunisc

ISBN: 978-85-7578-490-7

1. Direito. 2. Direitos fundamentais. 3. Políticas públicas.
4. Direito civil. I. Bitencourt, Caroline Müller.

CDDdir: 340

Bibliotecária responsável : Muriel Thurmer – CRB 10/1558



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO <i>Caroline Müller Bitencourt</i>	7
A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO CASO CONCRETO <i>Guilherme Jasper, Theobaldo Spengler Neto</i>	8
A CRESCENTE RELEVÂNCIA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA <i>Alessandra Tworkowski, Elis Cristina Uhry Lauxen</i>	31
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE DANO DECORRENTE DA MOROSIDADE E DO ERRO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL <i>Anielli de Matos Kaempfer, Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona</i>	49
A LEGALIDADE DAS LISTAS DE ESPERA PARA O ACESSO DE CRIANÇAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL PÚBLICA <i>Debora Voelz, André Viana Custódio</i>	71
A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DA EXPOSIÇÃO INDEVIDA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO <i>Karina Côrtes da Costa, Veridiana Maria Rehbein</i>	90
LICENCIAMENTO AMBIENTAL NOS EMPREENDIMENTOS DE ALTO GRAU POLUIDOR: O CASO DA USINA HIDRELÉTRICA ITAÚBA, NA CIDADE DE PINHAL GRANDE-RS <i>Cássio Alberto Arend, Luiza Scapin</i>	108
TRABALHO INFANTIL RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES <i>Cassiano Cesar Feder, Cleize Carmelinda Kohls</i>	126
JUSTIÇA FISCAL: A INTERAÇÃO ENTRE OS SUBSTRATOS ECONÔMICOS DE TRIBUTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA <i>Carlos Fernando Sales Flores, Dienyffer Brum de Moraes</i>	143



SUMÁRIO

A IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO PRATICADOS NO AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR <i>Vanessa Stéffany Freitas, Eduardo Ritt</i>	163
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA <i>David Kelling de Souza, Fabiana Marion Spengler</i>	182
O CONTROLE INTERNO COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NA SUA GESTÃO MUNICIPAL: UMA ANÁLISE INSTRUMENTAL DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA <i>Marcela Silva Zereu, Filipe Madsen Etges</i>	200
O DIREITO FALIMENTAR ENQUANTO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO DA CRISE ECONÔMICA NO BRASIL <i>Aryani Greiner Paz, Grace Kellen Correa de Freitas</i>	216
INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: SINÔNIMO DE DESENVOLVIMENTO E VALORIZAÇÃO REGIONAL <i>Rafael Berté, Elia Denise Hammes</i>	232
OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM ESTUDO DOS CRITÉRIOS EXTRAÍDOS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>Claudia de Barros Gehres, Caroline Müller Bitencourt</i>	245
O INSTITUTO DA COCULPABILIDADE E A SELETIVIDADE ENQUANTO CRIMINALIZADORA DA VULNERABILIDADE <i>Robson Leandro Soda, Rosane Teresinha Carvalho Porto</i>	266
OS REFLEXOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA NA DELAÇÃO PREMIADA E CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA <i>Chaiene Meira de Oliveira, Caroline Fockink Ritt</i>	280



APRESENTAÇÃO

Caroline Müller Bitencourt

No ano que o Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul comemora seus 50 anos de existência e no ano em que a Constituição da República Federativa do Brasil comemora seus 30 anos, o Centro de Pesquisas Jurídicas - CEPEJUR, comemora estas datas lançando uma obra coletiva, entre docentes, discentes e egressos do Curso de Direito, apresentando os resultados das pesquisas realizadas em trabalhos monográficos, as quais serviram de base para a construção dos artigos jurídicos presentes nesta obra. Contempla, portanto, alguns temas emergentes fruto dos debates realizados em sala de aula, nos eventos acadêmicos e em pesquisas científicas dos autores envolvidos. É uma forma singela de compartilharmos com a comunidade acadêmica e comunidade em geral, as angústias teóricas e práticas que vivenciamos ao desvelar as constantes inquietações do "mundo jurídico".

Boa leitura a todos.



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE AO CASO CONCRETO

Guilherme Roberto Jasper¹

Theobaldo Spengler Neto²

1 INTRODUÇÃO

Definida como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser uma das principais diretrizes para a elaboração de políticas públicas. Todavia, ante o seu caráter de imprescindibilidade à dignidade do homem, as demandas judiciais com esse objeto assumiram um volume considerável, uma vez que não é possível fornecer gratuitamente tratamentos eficazes para todos os tipos de patologias que possam vir a acometer os cidadãos brasileiros.

Entretanto, a atuação do Poder Judiciário, em prol da efetivação do direito à saúde, enseja reflexos passíveis de causarem afronta a outros princípios e garantias constitucionais. Com efeito, é preciso que os aplicadores do direito compreendam a dimensão desse tema, a fim de que a assistência farmacêutica de um ou alguns indivíduos não comprometa a da coletividade.

2 O DIREITO À SAÚDE SEGUNDO O TEXTO CONSTITUCIONAL

O art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. O art. 6º do texto constitucional, por sua vez, determina que a saúde

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1984), especialização em Direito Processual, também pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1988) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Atualmente é professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul, onde foi Chefe do Departamento de Disciplinas Básicas da FACCOSUL (Faculdades de Administração de Empresas, Ciências Contábeis e Economia), Coordenador do Curso de Direito (Campus Venâncio Aires e Sobradinho), Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Subchefe do Departamento e Subcoordenador do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul no ano de 2003. Foi Coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas - CEPEJUR - do Curso de Direito, no biênio 2011/2013. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Civil e Administrativo (licitações). É sócio da empresa de advocacia Spengler Advocatio, Assessoria Jurídica, Civil e Empresarial e da editora Essere nel Mondo Editora Ltda. Consultor jurídico.



é um direito social. Não obstante, em diversas outras oportunidades a Carta Magna aborda, expressamente, o tema em questão (BRASIL, 1988).

Os incisos IV e XXII do art. 7º preveem, respectivamente, que o salário-mínimo deverá ser fixado em quantia suficiente para atender as necessidades vitais básicas, sendo a saúde incluída no rol positivado, e que as normas de saúde, higiene e segurança deverão visar à redução dos riscos inerentes ao trabalho (BRASIL, 1988).

Consoante o art. 23, inciso II, a saúde é de competência comum entre os entes federativos. Na mesma seara, o art. 24, inciso XII, estipula ser competência concorrente entre a União, Estados-membros e o Distrito Federal a de legislar sobre esse objeto. Conquanto, por também se tratar de interesse local, os Municípios podem, igualmente, legislar sobre a assistência farmacêutica, nos termos do art. 30, inciso I (BRASIL, 1988).

O mesmo art. 30 prevê, em seu inciso VII, que compete às municipalidades prestar serviços de atendimento à saúde da população, tarefa que deve ser realizada com a cooperação técnica e financeira da União e do respectivo Estado (BRASIL, 1988).

O inciso VII, alínea “e”, do art. 34, possibilita a intervenção por parte da União nos casos em que os Estados não aplicarem o mínimo exigido das suas receitas oriundas dos impostos estaduais nas ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988).

Destaca-se, ainda, que a questão recebeu uma seção específica na Constituição Federal, qual seja, Seção II, tendo início no já citado art. 196 e findando no art. 200. Dessa seção, vislumbra-se que a saúde deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas (art. 196), sem, contudo, impossibilitar a atuação da iniciativa privada também (art. 199) (BRASIL, 1988).

Outrossim, da análise do art. 197, percebe-se que as ações e serviços de saúde foram caracterizados como de relevância pública, integrando uma estrutura regionalizada e hierarquizada, denominada de Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198). As competências desse sistema público estão arroladas perante o art. 200 (BRASIL, 1988).

Por fim, pertinente sinalar o art. 227, que determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de garantir à criança, ao adolescente e ao jovem, entre outros direitos, o direito à saúde, com absoluta prioridade (BRASIL, 1988).

Todavia, a assistência farmacêutica também é objeto de outras normas constitucionais, as quais, apesar de não se referirem expressamente à saúde, abrangem-na de modo indireto. O art. 1º, III, prevê que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e o *caput* do art. 5º preceitua que o direito à vida é inviolável. Ora, para um cidadão poder viver sem que haja afronta à sua dignidade, é imprescindível a existência de um subsídio sanitário, ao menos, eficaz (BRASIL, 1988).



Diante do exposto, possível verificar que o direito à saúde ganhou um tratamento privilegiado no texto constitucional. Ocorre que, por ser reputada como um direito social e depender de um grande volume de recursos públicos para sua concretização, entende-se que a saúde é uma norma programática. Isso significa dizer que cabe ao Estado o seu cumprimento e a sua concretização fática, por meio de políticas sociais e econômicas, o que é corroborado pelo próprio texto do art. 196 (BRASIL, 1988).

Com efeito, a sua efetivação dependeria da elaboração de políticas públicas, tarefa atribuída à União, aos Estados-membros e aos Municípios, por meio da atuação dos Poderes Legislativos e Executivo. Ao primeiro compete a formulação dos preceitos normativos determinadores das diretrizes a serem traçadas. Ao segundo cabe a realização das aludidas diretrizes.

No tocante à elaboração dessas políticas públicas, pertinente destacar trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 52):

Em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. (Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17/03/2010, DJ 30/04/2010, p. 52).

Conforme acima explanado, as políticas públicas implementadas pelo Estado visam ao atendimento do maior número de pessoas possível. Na medida em que os recursos são escassos, o SUS adotou o critério denominado de medicina com base em evidência, isto é, os tratamentos disponibilizados são aqueles cuja eficiência é alta e que se referem às patologias de maior incidência na população.

O atendimento voltado à macrojustiça – à população como um todo – deve ser orientado por diretrizes estratégicas, cujos processos de elaboração fundam-se em estatísticas técnicas. Não é viável economicamente a adoção de tratamentos com eficácia duvidosa, ou referentes a patologias raras, sob pena de comprometer o atendimento à generalidade dos cidadãos.

É nesse ponto que surgem os argumentos contrários, ou limitadores, à judicialização do tema, assentados, principalmente, nos princípios constitucionais da



separação dos Poderes, reserva do possível e previsão orçamentária. Todavia, a fim de evitar tautologia, salienta-se que essa questão será abordada, de maneira mais exaustiva, em momento posterior.

Ocorre que o direito à saúde, por ser um dos pilares indispensáveis à construção do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, configura-se, ainda, como um direito fundamental. Por conseguinte, por força do parágrafo primeiro do art. 5º do Texto Político, tem aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Com efeito, mesmo cabendo ao Estado a sua efetivação, a assistência sanitária não é meramente programática, pois também permite que o seu conteúdo seja objeto de apreciações judiciais. Outrossim, destaca-se que a saúde independe de legislação infraconstitucional para sua aplicação no caso concreto, possuindo “grau máximo de juridicidade e normatividade, razão pela qual a busca de sua efetividade deve se tornar quase uma obsessão do agente concretizador da norma constitucional” (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2007, p. 14). Isso não significa, porém, que inexistem limites à sua efetivação.

Até mesmo a vida, que pode ser vista, em tese, como um princípio absoluto, é passível de sofrer limitações normativas. Exemplificando o explanado, destaca-se que o art. 23 do Código Penal preceitua que não haverá crime, mesmo que contra a vida, quando o autor do fato agir em estado de necessidade (inciso I), legítima defesa (inciso II) ou em estrito cumprimento do dever legal (inciso III) (BRASIL, 1940).

Pois bem, a Carta Magna de 1988, promulgada após um período sórdido sob a ditadura de militares, instaurou um regime democrático, voltado a estabelecer e a garantir os direitos essenciais ao cidadão. Sendo assim, previu inúmeros direitos fundamentais, tais como o aqui em debate, e princípios constitucionais, sendo pertinentes para a discussão os três supracitados, quais sejam, separação dos Poderes, reserva do possível e previsão orçamentária.

Entretanto, justamente pelo seu caráter humanista, ao determinar que a centralidade do Estado Democrático deverá constituir-se em torno dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 acabou por propiciar situações que, na prática, podem ensejar colisões de valores e interesses.

Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão. (BARROSO, 2008, p. 321-322, grifo original).



Conforme Barroso, acima citado, o tema abordado abrange questões que ultrapassam as discussões atinentes a critérios econômicos e burocráticos. A situação discutida refere-se à vida de milhões de brasileiros, razão pela qual é imprescindível que as decisões judiciais tenham, no mínimo, cautela ao determinar que um ente federativo forneça certo medicamento, insumo ou procedimento cirúrgico a um particular em específico.

Antes de se proceder a uma análise mais exaustiva da questão, pertinente que se entenda como o direito à saúde alcançou tamanha relevância normativa. Para isso, imperioso que seja analisado o contexto histórico que precedeu ao advento da Constituição Federal de 1988.

3 O HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE

A elaboração e a realização de políticas públicas sociais, entre elas, as que compreendem o direito à saúde, estão diretamente interligadas à forma de governo. Como regra geral, quanto mais democrático o regime adotado pelo país, mais ênfase dar-se-á às ações que visem a assegurar determinado direito de cidadania.

Desde a chegada da corte portuguesa ao país até a promulgação do Texto Político de 1988, a saúde deixou de ser um direito inconcebível para se tornar uma garantia fundamental de todos os cidadãos.

3.1 O Brasil Colônia

A história da saúde no Brasil começa com a colonização portuguesa (século XVI), época na qual ainda prevaleciam os tratamentos realizados por curandeiros, tanto indígenas como negros.

A prática da medicina técnica era excepcional, poucos eram os profissionais dessa área atuando no Brasil, tendo-se em vista que não existiam universidades no território nacional. Com efeito, os médicos existentes vinham de Portugal, mas eram raros os profissionais que concordavam em deixar seu país. A ausência de infraestrutura e remuneração – considerando a miserabilidade da maior parte da população brasileira – transformavam a medicina em uma ficção.

Conforme Bertolli Filho (2008, p. 5-6):

A guerra, o isolamento e a doença colocavam em perigo o projeto de colonização e exploração econômica das terras brasileiras. Diante do dilema sanitário, o Conselho Ultramarino português – órgão responsável pela administração das colônias – criou ainda no século XVI os cargos de físico-mor e cirurgião-mor. Seus titulares foram incumbidos de zelar pela saúde da população sob domínio lusitano.



Essas funções, no entanto, permaneceram por longos períodos sem ocupantes no Brasil. Eram raros os médicos que aceitavam transferir-se para cá.

Não obstante a inexistência de médicos e o grande espaço territorial, as práticas utilizadas consistiam em tratamentos que, além de não curarem a patologia que acometia o enfermo, levavam-no, muitas vezes, a óbito.

Um dos métodos cuja utilização era corrente denominava-se sangria, que consistia na retirada do sangue do paciente. A pessoa era amarrada e sofria diversas escarificações, geralmente no lugar em que sentia dor, por onde o sangue escorria. Não é difícil entender as razões pelas quais muitos morreram em decorrência desse método, tendo-se em vista a utilização de materiais contaminados, sem qualquer tipo de esterilização, assim como em virtude da perda de grande quantidade de sangue.

3.2 O Brasil Imperial

Em 1808, com a chegada da Corte Portuguesa, algumas modificações foram feitas na área da saúde, visando ao aperfeiçoamento dos tratamentos, como a criação de algumas instituições voltadas a essa área. Iniciou-se o controle – ainda que precário – dos estabelecimentos comerciais e dos produtos que eram mercantilizados. No mesmo sentido, foram criadas universidades de medicina e o exercício profissional na área da saúde passou a ser fiscalizado.

A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março do aludido ano, previa, em seu art. 179, inciso XXIV, que nenhum tipo de trabalho, cultura, indústria ou comércio devia ser vedado, desde que não oferecesse afronta aos costumes públicos, à segurança e à saúde (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Todavia, nessa mesma época, a febre amarela assolou boa parte da população brasileira. A patologia tornou-se endêmica, especialmente no Rio de Janeiro, onde a densidade demográfica era maior. Durante diversos invernos, a epidemia mostrou-se presente no território nacional, obrigando o governo imperial a tomar providências, as quais podem ser consideradas pioneiras na área da saúde pública.

Em que pesem as medidas adotadas, o quadro sanitário do país continuava calamitoso. O problema da inexistência de profissionais especializados persistia, fato que ensejava a proliferação dos boticários. A esses cabia, inicialmente, a manipulação das fórmulas indicadas pelos médicos, todavia, na carência destes últimos, os boticários passaram a indicar suas próprias manipulações, sem possuírem o conhecimento técnico para tanto.



3.3 A República Velha

Entre 1889 e 1930 vigorou no Brasil a chamada República Velha, período no qual a presidência da então República dos Estados Unidos do Brasil era exercida pelas elites cafeeiras paulista e mineira. A Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro, surgiu com o propósito de modernizar o país, adotando, para tanto, a ideologia positivista.

Com a ascensão da ciência, a teologia deixou de ser a principal explicação para todos os fatos. “Nesse contexto, a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva e, por extensão, a defesa do projeto de modernização do país” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 12).

Entretanto, doenças como a febre amarela, varíola, malária e, posteriormente, a peste, continuavam acometendo a população, trazendo consequências nefastas não só para a coletividade, mas para a própria economia do país. O porto do Rio de Janeiro, um dos principais locais de chegada dos navios estrangeiros, passou a ser repudiado pelos comerciantes forâneos, ante a grave ameaça de transmissão das aludidas patologias.

Com efeito, o governo passou a investir na saúde, apesar de não ser esse o seu principal foco. A política de desigualdade, todavia, foi mantida, razão pela qual a população mais pobre continuou com um acesso precário às políticas sanitárias. A assistência farmacêutica de melhor qualidade era restrita àqueles que podiam pagá-la.

O Texto Político preocupou-se em adotar a essência liberalista, a fim de que houvesse uma ruptura positivista com o antigo regime. Nesse diapasão, o art. 72, inserido na Seção da Declaração dos Direitos, previu diversas garantias aos cidadãos, como a igualdade formal (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém póde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma cousa, senão em virtude de lei.

§ 2º Todos são iguaes perante a lei.

Apesar de ser um grande avanço para a inserção dos direitos sociais na legislação, analisando-se a Constituição Federal, percebe-se que não havia menção a esses direitos coletivos, tão pouco à saúde. Foi somente com a revolta militar de 1930, quando Getúlio Vargas assumiu o poder, que a assistência farmacêutica conquistou um espaço no texto constitucional.



3.4 A Era Vargas e o período da redemocratização

Foi durante a época denominada de Era Vargas, compreendida entre os anos de 1930 e 1945, que a saúde pública e demais direitos sociais foram reconhecidos e protegidos pela legislação constitucional. O Texto Político de 1934 demonstrava, ao menos na esfera formal, uma preocupação do governo com a assistência farmacêutica no país.

A saúde foi expressamente inserida no texto constitucional, em especial no inciso II do art. 10, que previa ser de competência concorrente da União e dos Estados o cuidado da saúde e da assistência públicas (2017, <http://www.planalto.gov.br>). No mesmo sentido, em 1930 foi criado o Ministério da Saúde e da Educação.

Entretanto, essas garantias sociais objetivavam mascarar o caráter autoritário do Governo, o qual foi realçado no ano de 1937, com a outorga de uma nova Constituição Federal. As medidas centralizadoras aproximaram o país de uma ditadura de fato. “Com isso pretendia-se, na verdade, garantir à burocracia federal o controle desses serviços, numa estratégia decorrente do centralismo político-administrativo imposto por Getúlio Vargas” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 30).

Foi somente no dia 29 de outubro de 1945, com auxílio do Auto Comando do Exército, que Getúlio Vargas foi deposto, retirando-se para São Borja, sua cidade natal. Iniciava-se, então, a tentativa de redemocratizar o país, com a realização de novas eleições.

Com Getúlio Vargas deposto, o Brasil teve que se readequar ao regime democrático, elaborando, para tanto, uma nova Constituição Federal, promulgada no ano de 1946. Todavia, a escassez dos recursos impedia com que as políticas públicas voltadas à assistência farmacêutica fossem aplicadas e disseminadas pelo país.

O mundo vivia os reflexos da Guerra Fria, época na qual os ideais liberais enfrentavam o socialismo. Nesse contexto, o aludido Texto Político, apesar de valorizar o trabalho humano, ainda mantinha certas prerrogativas que possibilitavam ao Estado o controle da economia.

O art. 141 da Constituição de 1946, que abordava os direitos e as garantias individuais, não fez qualquer menção expressa à saúde farmacêutica, mas assegurava a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Posteriormente, o art. 157, XIV, determinava que a legislação trabalhista deveria atender-se à assistência sanitária ao trabalhador, inclusive hospitalar e de caráter preventivo (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Todavia, em que pesem os preceitos supracitados e a criação de um ministério próprio para a saúde, no ano de 1953, as verbas irrisórias recebidas pela pasta e



a estrutura burocrática precária frustravam a realização de grandes providências. Somado à falta de recursos, outro infortúnio que vigorava era o da política demagógica, isto é, a preocupação central era angariar votos da população, sendo prometida uma atuação do governo que não se via na prática.

Como efeito disso, os problemas sociais, especialmente os vivenciados pelos cidadãos com menor poder econômico, continuaram presentes e calamitosos. Não obstante, o Golpe Militar de 1964 retirou ainda mais a responsabilidade dos entes públicos perante os direitos sociais, não corroborando com a solidificação do direito à saúde.

3.5 O Regime Militar e a atual conjuntura normativa constitucional

Com o encerramento do governo de João Goulart, eleito democraticamente, os militares tomaram a presidência do país, mediante uma série de eventos que, posteriormente, foram denominados de golpe militar. Pertinente que se destaque que, à época, vários segmentos da sociedade apoiaram a revolução.

Todavia, os novos detentores do poder presidencial passaram a exercê-lo de modo autoritário e centralizado. Os militares visavam à direção da sociedade e da economia, sendo necessária, para tanto, uma “desmobilização das forças políticas e o enfraquecimento das instituições que atuavam antes de 1964, substituindo-as por organismos e sistemas sob estrito controle do Estado” (BERTOLLI FILHO, 2008, p. 54).

Por conseguinte, é fácil compreender o motivo pelo qual a Constituição Federal de 1967 absteve-se de declarar a saúde como um direito social. A assistência farmacêutica, então, passou a ser entendida como um fenômeno individual, e não mais como coletivo. Nesse passo, o governo incentivou o exercício da medicina privada, fato que, por óbvio, não abrangia o amparo às classes mais hipossuficientes economicamente.

Entretanto, entre os dias 17 e 21 de março de 1986, aconteceu um marco imprescindível ao direito à saúde, qual seja, a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Foi nessa solenidade que o tema foi debatido, de fato, como um direito humano. É válida a citação de alguns trechos do relatório final dessa conferência:

Em primeiro lugar, ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem aos limites de uma reforma administrativa financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se está convencendo chamar a Reforma Sanitária.

[...]



Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humana em sua individualidade. (2017, <http://conselho.saude.gov.br>).

Foi nesse contexto histórico que se procedeu à elaboração do novo Texto Político, conhecido pelo seu caráter humanista. Conforme Teixeira da Silva (1990, p. 391):

A Constituição aprovada em 5 de outubro de 1988 apresenta 245 artigos e 70 disposições transitórias, tratando de vastíssima gama de assuntos. É a mais democrática Constituição brasileira e a com maior preocupação com os chamados direitos sociais. [...] Porém, a característica mais importante da Constituição de 1988, que lhe valeu o epíteto de “Constituição Cidadã”, foi a incorporação de uma série de direitos civis e sociais.

Um desses direitos sociais que se destacou foi justamente o direito à saúde, que, de suprimido durante o Regime Militar, passou ao patamar de garantia fundamental, imprescindível à dignidade do cidadão. Percebe-se, portanto, que a Carta Magna vigente utilizou como diretriz o Relatório Final da Conferência acima citada, determinando que a assistência farmacêutica será fornecida pelo Estado a todos os brasileiros.

Todavia, a previsão constitucional do art. 196, de que a saúde é um dever do Estado, não possui o condão de elidir a responsabilidade do próprio indivíduo e da sua família. Se, contudo, o cidadão não possuir condições financeiras de arcar com o tratamento do qual necessita, é imperioso que se recorra, primeiramente, ao seu núcleo familiar. Somente na impossibilidade desse de prover a assistência necessária é que se deve procurar o socorro público.

4 O DEVER DA FAMÍLIA EM PRESTAR ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Consoante já explanado, os entes federativos são responsáveis pelo fornecimento dos tratamentos médicos a toda população, independentemente das condições financeiras do paciente que procura o sistema público. Entretanto, conforme ensina Rogério Gesta Leal (2008, p. 53-54),

se a Administração Pública não construiu critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de perquirições envolvendo o oferecimento de



medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médico-ambulatoriais e cirurgias à população carente, então isto deverá ser feito na esfera da judicialização do debate, ao menos naqueles casos em que a periclitacão da vida é tal que se impõe esta intervençã, pois, caso contrário, a satisfacão de um problema imediato poderã inviabilizar centenas de outros tã importante e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, é inexorável, sã finitos – e ainda sem falar dos demais responsáveis por tal mister.

Administrativamente, qualquer cidadão tem o direito de acesso à saúde pública, mesmo que possua um plano particular de assistêcia médica. Os planos privados servem como uma ajuda suplementar, não retirando a possibilidade do indivíduo de procurar o sistema público.

Todavia, na seara judicial, imprescindível que sejam observados alguns limites ao deferimento da assistêcia farmacêutica, tema que será abordado no próximo capítulo. O que se destaca, neste momento, é que não cabe ao judiciário condenar a União, um Estado ou um Município ao fornecimento de determinado tratamento médico quando o próprio cidadão possui capacidade econômica para custeá-lo, sob pena de esgotamento do erário e falência do sistema.

Por conseguinte, imperioso que, no prisma judicial, seja realizada uma averiguaçã da situaçã financeira do autor da demanda e da sua família, que também é responsabilizada constitucional e infraconstitucionalmente à assistêcia em debate.

4.1 A responsabilidade constitucional do núcleo familiar

A Carta Magna de 1988 dedicou um capítulo às questões atinentes à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, que compreende os artigos 226 ao 230. Analisando-se o primeiro dos preceitos citados, percebe-se que a família é considerada como a base da sociedade, motivo pelo qual demanda uma proteçã especial do Estado (BRASIL, 1988).

Em seguida, o art. 227 arrola alguns direitos das crianças, dos jovens e dos adolescentes que sã deveres do Estado, da sociedade e da família. Entre essas garantias, encontram-se positivados os direitos à vida e à saúde (BRASIL, 1988).

Com efeito, considerando o teor do disposto no § 1º do art. 1º do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013), está assegurada a assistêcia farmacêutica, nos termos do referido art. 227, às pessoas com até vinte e nove anos de idade. Essa assistêcia, por sua vez, não compete apenas ao Estado, mas sim à própria família do indivíduo e à sociedade, formando uma tríplice responsabilidade (2017, <http://www.planalto.gov.br>).



No mesmo diapasão, o art. 229 preceitua que os pais têm o dever de assistir os filhos menores de idade, estando intrínseco o encargo dos genitores de oferecer garantias à prevenção e ao tratamento de doenças que possam acometer seus filhos. O mesmo dispositivo legal determina, também, que aqueles com mais de dezoito anos têm o dever de ajudar seus genitores na carência, enfermidade ou velhice destes (BRASIL, 1988).

Por fim, sinala-se a proteção garantida aos idosos por meio do disposto no art. 230, cuja responsabilidade também é tríplice, da família, do Estado e da sociedade. Nesse passo, depreende-se que a saúde das pessoas com mais de sessenta anos também é objeto de salvaguarda especial do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, conclui-se que a saúde não é obrigação exclusiva do Estado, pois o núcleo familiar do indivíduo enfermo é igualmente incumbido. Enquanto que há a tríplice responsabilidade em relação às pessoas idosas e às com até vinte e nove anos, os pais que não tiverem capacidade econômica de sustentarem-se deverão ser amparados pelos seus filhos.

Todavia, o assunto não se esgota no prisma constitucional, na medida em que é no próprio sistema jurídico que os vínculos parentais estão definidos. Com efeito, deve-se recorrer à legislação infraconstitucional para que seja possível a aplicação das diretrizes acima explanadas nas demandas judiciais que envolvam o objeto em discussão. Antes, contudo, pertinente que seja realçado o entendimento do Estado do Rio Grande do Sul, o qual positivou o encargo familiar em tela.

4.2 A legislação do Estado do Rio Grande do Sul

Em relação à responsabilidade do próprio cidadão e do seu núcleo familiar, imperioso destacar que:

O Estado do Rio Grande do Sul introduziu em sua Constituição a participação do indivíduo e de sua família no custeio da saúde pública, sendo que, com base nestes pressupostos, foi editada a Lei-RS nº 9.908/93, determinando que o Poder Público estadual deve fornecer medicamentos especiais ou excepcionais aos seus cidadãos, desde que comprovem o seu estado de carência e também de sua família. (LEAL, 2008, p. 65).

A Constituição Estadual em comento, em seu art. 241, parágrafo único, estipulou que a responsabilidade dos entes federativos na promoção, proteção e recuperação da saúde não exclui a do próprio indivíduo e nem a da sua família (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

No mesmo sentido, a Lei-RS nº 9.908/93, por meio do parágrafo único do art. 2º, prevê que o cidadão somente receberá de forma gratuita os medicamentos do



Estado caso comprove, por escrito, a sua condição de pobre e a da sua família. Por conseguinte, verifica-se que o Estado do Rio Grande do Sul preocupou-se, de modo expresso, não só com a verificação da insuficiência financeira do indivíduo, mas com a do seu núcleo familiar também (2017, <http://www.al.rs.gov.br>).

Em que pese o texto normativo supracitado tratar de medicamentos excepcionais, é possível que essa condição seja adotada como parâmetro para o fornecimento de qualquer tipo de tratamento, sejam medicamentos, insumos ou procedimentos cirúrgicos. A Constituição e a Lei Estadual em comento devem ser interpretadas conforme a Carta Magna, a fim de que a família seja igualmente responsabilizada no fornecimento da assistência farmacêutica, de acordo com as suas condições financeiras.

4.3 A legislação civil e estatutária

Tendo-se como base as diretrizes expostas, passa-se à análise dos deveres familiares previstos no Código Civil. Com efeito, destaca-se que o art. 1.694 possibilita aos parentes, companheiros ou cônjuges que peçam alimentos uns aos outros, a fim de que possam manter um modo de vida compatível com a sua condição social (BRASIL, 2002).

Sendo assim, entende-se que a qualquer pessoa dentro do núcleo familiar pode ser imposta a obrigação de prover auxílio a outrem, desde que possua condições financeiras para tanto. Corroborando com o exposto, o art. 1.696 estipula que o direito de alimentos é recíproco entre os genitores e os filhos, podendo ser estendido a todos os ascendentes, conforme o grau mais próximo de parentesco (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, o artigo subsequente prevê que, na ausência de ascendentes, a responsabilidade em relação à prestação alimentícia recai aos descendentes – consoante a ordem de sucessão – e, na falta desses, aos irmãos. Outrossim, até mesmo na desconstituição do núcleo familiar, como no divórcio, poderá haver a fixação de pensão alimentar em favor de um dos cônjuges, quando esse necessitar, na forma do art. 1.704 (BRASIL, 2002).

Percebe-se, então, que o Código Civil preocupou-se em determinar os mais diversos casos de responsabilidade parental, a fim de que nenhum membro da família fique desamparado. Mas o que, de fato, está inserido nessa obrigação alimentar? Spengler (2002, p. 19) ensina que “a prestação alimentícia que é inerente ao ser humano traz em seu bojo conceito mais elástico do que o simples alimentar, no sentido vulgar da palavra”. Aprofundando a discussão à seara judicial, Gonçalves (2014, p. 503) explica que:

A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao



sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.

Quanto ao *conteúdo*, os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação (CC, arts. 1.694 e 1.920, grifo original).

Desse modo, verifica-se que a abrangência dos alimentos é extensa, alcançando, também, objetos prescindíveis à vida do alimentando, mas necessários à sua condição social. Por consequência lógica, não restam dúvidas que a assistência farmacêutica está inclusa nesse dever.

Não obstante, sinala-se que a proteção especial conferida àqueles que ainda não atingiram a maioria e aos idosos, positivada no Texto Político, também é reiterada pela legislação infraconstitucional. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – estabelece, em seu art. 3º, que o direito à vida e à saúde constituem-se em deveres de responsabilidade do Estado, da sociedade e da família, de forma prioritária (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Nesse mesmo diapasão, o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 – prevê a tríplice responsabilidade nas questões atinentes à vida e à saúde. Isto é, à sociedade, ao Estado e à família incumbe a obrigação de prestar auxílio àquele com mais de sessenta anos, compreendendo, portanto, o amparo sanitário (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Corroborando com o acima explanado, o art. 2º, § 2º, da Lei 8.080/90 – conhecida como a Lei Orgânica do SUS –, é expresso ao assentar que a obrigação estatal não exclui a das próprias pessoas, das empresas e das suas famílias (2017, <http://www.planalto.gov.br>).

Diante de tudo que foi elucidado, depreende-se que não compete somente ao Estado o dever de garantir ao cidadão o direito à saúde, pois essa obrigação também recai na família do enfermo. Por conseguinte, nas demandas judiciais com esse objetivo deve ser verificada a possibilidade de o requerente arcar com os custos do seu tratamento, seja por meios próprios ou com assistência familiar.

Não obstante, os magistrados devem, do mesmo modo, atentar-se aos demais preceitos normativos passíveis de colidirem-se com a garantia farmacêutica. Nesses casos, a aplicação integral de cada norma fica comprometida, devendo haver uma análise aprofundada sobre cada caso concreto, em nome da saúde do demandante e, também, da dos demais cidadãos que utilizam o sistema público.

5 OS LIMITES À APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

Consoante já explanado, a judicialização do direito à saúde não segue as mesmas diretrizes das políticas públicas que implementam a assistência sanitária no âmbito



administrativo. Distintamente do Sistema Único de Saúde – SUS, o Poder Judiciário aprecia casos concretos e individualizados – a chamada microjustiça –, razão pela qual se questiona se os magistrados seriam capazes de verificar e compreender os reflexos globais que essa destinação do erário a um indivíduo enseja.

Em que pese essa discussão, não se questiona, no presente trabalho, a possibilidade do judiciário atuar em demandas que envolvam a saúde, mas sim quais são as limitações a essa atuação. Nesse passo, pertinente frisar que direitos fundamentais e princípios constitucionais possuem a mesma hierarquia jurídica. Por conseguinte, Barroso (2008, p. 324-325) ensina que, no caso de colisão entre as normas supracitadas,

não podem elas ser aplicada na modalidade *tudo ou nada*, mas sim de acordo com a *dimensão de peso* que assume na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à *ponderação* dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (Grifos originais).

Como visto, apesar de a dignidade da pessoa humana ser impetrada como fundamento do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser sempre visada, a sua aplicação não é irrestrita. Comumente, decisões judiciais invocam alguns princípios constitucionais como objeções à execução ilimitada do direito à saúde, dentre dos quais se destacam três, a seguir expostos.

5.1 O princípio da separação dos Poderes

Previsto no art. 2º da Carta Magna, o princípio da separação dos Poderes prevê a coexistência harmônica entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (BRASIL, 1988). Para tanto, cada um desses possui atribuições próprias, podendo exercer algumas atividades que ultrapassam as suas competências somente em casos excepcionais, os quais são previstos na própria Constituição Federal.

Por conseguinte, vislumbra-se que não é permitida aos Poderes Executivo e Legislativo a desobediência de uma decisão judicial. Contudo, o Texto Político também prevê que o Poder Judiciário não possui competência para interferir nas leis instituídas e na atuação da administração pública.

Ora, tendo-se em vista o acima elucidado, como pode, então, haver decisões judiciais que ordenam a um ente público o fornecimento de determinado tratamento



sanitário negado junto ao SUS? A resposta ainda é passível de discussão, mas o entendimento predominante é que a atuação dos magistrados, nos casos em tela, ocorre em nome da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando todo o contexto narrado no presente trabalho, entende-se que a tutela jurisdicional não pode ser afastada.

No momento em que uma decisão judicial determina a disponibilização de um medicamento, procedimento cirúrgico ou insumo ao Estado (*lato sensu*), há uma clara interferência do Judiciário nos demais Poderes. Em primeiro lugar, salienta-se que ao Executivo cabe a elaboração e a realização das políticas públicas destinadas à garantia do direito à saúde, nos termos do art. 196 da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Conforme elucidado anteriormente, as aludidas políticas públicas são orientadas pelo método denominado de medicina com base em evidência, visando à disponibilização de tratamentos eficazes e que combatam patologias comumente encontradas na população. Ou seja, à administração pública cabe a árdua tarefa de distribuir os recursos finitos em meio a necessidades ilimitadas. Dessa forma, as listas que preveem os medicamentos e demais tratamentos fornecidos pelo sistema público são elaboradas mediante uma análise racional, discricionária e, acima de tudo, cautelosa.

Nesse diapasão, se um pedido administrativo de fornecimento de assistência farmacêutica é indeferido, é porque não contempla os requisitos previstos para tanto. Tais condições – e aqui se ingressa na questão da interferência do Judiciário no Poder Legislativo – são positivadas em preceitos normativos infraconstitucionais. Mas o que interessa, neste ponto, é que se veda ao julgador a modificação da norma para que seja abrangido um caso que não era visado pelo legislador no momento da confecção do preceito legal.

Como visto, a elaboração das leis que abordam o direito à saúde e a confecção das políticas públicas voltadas a esse tema são tarefas que competem aos Poderes legitimados pelo voto popular. Os deputados e os senadores que compõem o Congresso Nacional e os chefes de governo são eleitos pelo povo. Diante disso, Barroso (2008, p. 334-335) explica que

não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.



Entretanto, em que pesem todos esses argumentos, prevalece o entendimento que, quando um direito fundamental for violado, como o direito à saúde, o Judiciário deverá intervir, com o intuito de garanti-lo. Essa concepção ganha ainda mais respaldo quando o caso for de afronta ao mínimo existencial do homem, fato que ocorre quando há violação à assistência sanitária.

5.2 O princípio da reserva do possível

Estritamente ligada ao aspecto financeiro, a crítica atinente à reserva do possível adota a concepção de que não há recursos públicos suficientes para atender a totalidade das necessidades sociais. Outrossim, além dessa demanda pública ser considerada como ilimitada, sabe-se que a prestação dos direitos sociais exige uma expressiva distribuição de recursos materiais e humanos.

Todavia, diante do teor do art. 5º, § 1º da Constituição Federal – aplicação imediata das normas que preveem direitos e garantias fundamentais –, tem-se que cabe ao próprio Poder Público o ônus de provar a inexistência de verba capaz de atender o disposto em uma decisão judicial (BRASIL, 1988). A questão fica ainda mais complexa quando se tem em mente que a alocação de recursos públicos para o tratamento de um indivíduo não causa grandes abalos ao erário. Entretanto, se considerada a totalidade dos processos judiciais cujo objeto é a saúde, assim como a demanda administrativa, percebe-se que o montante destinado a esse segmento é gigantesco.

Como visto, a arguição da reserva do possível não possui o condão de afastar a tutela jurisdicional da saúde, mas reflete em um importante limite à atuação do Judiciário nos casos em tela. Corroborando com o assunto, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 44) destacam que:

Não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc.

Por conseguinte, vislumbra-se que a condenação de um ente federativo ao fornecimento de determinado tratamento sanitário deve sopesar os mais distintos reflexos materiais e financeiros que, invariavelmente, ocorrem. Esse ponto assume maior relevância quando o tratamento pleiteado não integra as listas do SUS, casos nos quais a sequela financeira é ainda mais impactante.



5.3 Princípio da previsão orçamentária

A necessidade de haver previsão orçamentária para o início de programas ou projetos, realização de despesas e remanejamento de despesas públicas está prevista, respectivamente, nos incisos I, II e VI do art. 167 da Carta Magna. Ademais, sabe-se que a administração pública somente está autorizada a agir quando assim determinado por lei, consoante prevê o princípio da legalidade, esculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nessa senda, ao ser condenado à disponibilização de determinado medicamento, insumo ou procedimento cirúrgico, o ente federativo contraria as regras orçamentárias supracitadas. Ocorre que, os aludidos preceitos normativos, na essência, visam ao planejamento das despesas realizadas pela própria administração pública. Sendo assim, o Judiciário não está diretamente proibido de emitir decisões que possam vir a desconfigurar as previsões orçamentárias.

No mesmo sentido, assim como ocorre com os demais princípios constitucionais acima explanados, a necessidade de haver orçamento prévio não se configura como fundamento para indeferir um pedido judicial de tratamento farmacêutico. Como, então, esses preceitos legais devem ser aplicados no caso concreto? A resposta consubstancia-se em outro princípio basilar do direito, previsto de maneira expressa no Código de Processo Civil, em seu art. 8º, qual seja, o princípio da proporcionalidade (BRASIL, 2015).

5.4 Princípio da proporcionalidade

Consoante já explanado, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais estão em constante confrontação, limitando-se reciprocamente, uma vez que não possuem hierarquia jurídica distinta. Portanto, nos casos de colisão entre esses, não há como afastar totalmente a incidência de um, devendo-se buscar um desfecho que concilie os interesses tensionados.

Outrossim, é de se destacar que o direito à saúde, por ser imprescindível ao mínimo existencial do homem, possui um grau de cogência quase que absoluto. Analisando-se por esse aspecto, entender-se-ia que a assistência farmacêutica não poderia ser limitada por questões econômicas ou formalísticas. Ocorre que, na essência, os princípios constitucionais acima citados visam a evitar que o tratamento de um indivíduo – que recorreu ao Judiciário – afete a eficácia dos tratamentos destinados a toda população. Ou seja, a discussão é a respeito do interesse individual *versus* o interesse coletivo.

Por conseguinte, entende-se como indispensável a aplicação do princípio da proporcionalidade nas demandas judiciais que envolvam o direito à saúde. Mas de qual forma, então, empregá-lo no caso concreto? Para melhor elucidar a resposta,



pertinente que as ações em discussão sejam divididas em três grupos: o primeiro abrangendo os casos em que o tratamento pleiteado é previsto nas listas do SUS; o segundo englobando as situações em que o sistema público apresenta tratamento alternativo ao postulado; e o terceiro grupo referente aos casos em que o SUS não contempla o tratamento pleiteado e nem um substitutivo.

O primeiro grupo, em tese, não envolve conflito de interesses entre a parte demandante e o ente requerido, uma vez que o tratamento buscado já é previsto na seara administrativa. Com efeito, ao deferir um desses pleitos, não há a criação de uma política pública por parte do Judiciário, mas sim a determinação para que seja cumprida aquela já existente. Dessa forma, não se está diante de afronta aos princípios constitucionais supracitados, uma vez que já há a previsão normativa para o fornecimento da assistência sanitária requerida e a reserva orçamentária para tanto.

No segundo caso, contudo, o desenvolvimento da lide requer uma ampla dilação probatória, tendo-se em vista que cabe ao autor a comprovação de que o tratamento disponibilizado pelo SUS é ineficiente para o seu quadro clínico, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Sendo assim, cabe ao demandante o ônus de demonstrar que a sua patologia exige o tratamento com um fármaco, procedimento cirúrgico ou insumo específico, em detrimento daquele fornecido no sistema público.

Sinala-se que o escopo primordial das ações judiciais cujo objeto é o direito à saúde é a promoção do bem-estar físico, mental e social. Por essa razão, se a necessidade de utilização de um tratamento alternativo ao disponibilizado na rede pública não for sobejamente comprovada, não cabe ao magistrado deferir aquele em detrimento deste.

No tocante ao terceiro grupo, imperioso que se subdivida em outros dois segmentos: o primeiro referente aos tratamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, e o segundo atinente aos que, embora registrados, não são fornecidos pelo sistema público e também não apresentam tratamento alternativo.

Conforme determina o art. 12 da Lei Federal nº 6.360/76, nenhum produto farmacêutico poderá ser posto à venda ou entregue ao consumo sem o registro prévio no Ministério da Saúde, ainda que importado. Esse registro, por sua vez, é de competência da ANVISA, autarquia vinculada à aludida pasta (2017, <http://www.planalto.gov.br>). Portanto, entende-se que esses produtos também não poderão ser disponibilizados ao cidadão por ordem judicial.

Em relação ao segundo segmento, entretanto, é necessário frisar que a medicina não é estanque. Novos métodos farmacêuticos são criados continuamente, ritmo que a burocracia administrativa não consegue acompanhar. Desse modo, tratamentos que já são disponibilizados pelo setor privado há tempo, podem não estar previstos



nas listas do SUS. Sobre o tema, relata o Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 52):

Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de [...] peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado. (Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 17/03/2010, DJ 30/04/2010, p. 52).

Com efeito, deslumbra-se que o fato de o tratamento não estar previsto nas listas do Poder Público e também não possuir substitutivos não significa, necessariamente, que o pleito judicial pelo seu fornecimento será improcedente. O que ocorre, nesses casos, é que recai, ao autor, um ônus probatório excessivo, pois deve comprovar a imprescindibilidade da medicação postulada, tendo-se em vista que, em geral, os tratamentos não previstos nas listas estatais apresentam valores volumosos. Tal quantia, por sua vez, se aplicada em políticas públicas, seria capaz de custear inúmeros tratamentos de patologias mais simples, mas talvez tão letais quanto a do cidadão que recorreu ao Judiciário.

Nesse diapasão, percebe-se que, com exceção dos tratamentos que já são previstos nas listas do SUS – que prescindem de maiores provas –, cada caso levado à apreciação judicial deve ser analisado individual e pormenorizadamente. Deve-se, de início, averiguar a condição financeira do demandante e da sua família, conforme a legislação vigente, na medida em que, se possuírem capacidade para adquirir o respectivo tratamento, o Estado – *lato sensu* – não pode ser condenado a fazê-lo.

Após, necessária a verificação da imprescindibilidade do tratamento requerido para a saúde do demandante, assim como da possibilidade de substituição desse por um que seja disponibilizado pelo SUS, alternativa que se mostra, indiscutivelmente, menos onerosa ao Estado. Na ausência de um recurso terapêutico substitutivo, o particular deve carrear aos autos uma prova ainda mais contundente.

Ante o exposto, frisa-se que o tema abordado nesse trabalho exige uma vasta instrução probatória, cominada com uma atuação prudente e racional dos magistrados, os quais devem ter em mente que a saúde constitui-se numa demanda ilimitada em meio a recursos finitos.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 63, p. 320-344, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2008.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Conceitos gerais sobre medicamentos**. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/profissionais/conceitos.htm>>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

_____. Código Penal (1940). **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, RJ, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

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

_____. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 mai. 2017.



_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

_____. Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8ª, 1986, Brasília. **Anais...** Brasília, DF. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2017.

DANTAS, Humberto. **Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?** São Paulo: Paulus, 2006.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. de. **A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/16694>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, p. 50-69, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 237-254.

MENDES, Gilmar. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Julgado em 17/03/2010. DJ 29/04/2010, p. 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição Estadual (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, RS, 1989. Disponível em <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1993. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. Porto Alegre, RS, 1993. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=1468>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ROMA, Zillá Oliva. Da farmacialização do Judiciário: breves considerações. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 270, p. 279-310, 2017.



SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 13-50.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Brasil, em direção ao século XXI. In: LINHARES, M. Y. (Org.). **História Geral do Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990. p. 385-445.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Alimentos: da ação à execução**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



A CRESCENTE RELEVÂNCIA DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Alessandra Tworkowski¹

Elis Cristina Uhry Lauxen²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de questões cada vez mais presentes no cotidiano que, contudo, ainda são carentes de conhecimento, reflexão ou regulação. Cuidase de dúvidas e problemas relacionados à própria vida e ao viver, especialmente por conta da ação humana. Esse contexto engloba desde aspectos elementares até problemas complexos, relacionados às transformações sociais e ao desenvolvimento da ciência e da técnica.

Com efeito, são muitos os problemas e assuntos polêmicos que interferem no meio ambiente e nos seres vivos, de modo individual ou coletivo. Para ilustrar, é possível apontar questões como: intervenções no embrião humano, reprodução humana assistida, clonagem, aborto, eutanásia, distanásia, ortotanásia, cuidados paliativos, suicídio, saúde pública, relação médico-paciente, consentimento informado, questões de gênero, engenharia genética, pesquisas com seres humanos, confidencialidade, privacidade, big data, pesquisas com animais, maus-tratos e proteção aos animais, transgenia, sustentabilidade, etc. Os assuntos citados, entre tantos outros existentes, requerem orientações éticas e jurídicas em busca de adequação das condutas a seres adotadas nas respectivas situações.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Médicas, na linha de pesquisa em Bioética, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito, na linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Centro de Pesquisa Experimental do Hospital de Clínicas de Porto Alegre - LAPEBEC/HCPA. Docente do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Ética, Bioética e Biodireito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Principais áreas de atuação: Bioética e Biodireito, Direito Ambiental e Urbanístico, Direito Contratual e Responsabilidade Civil, Direito Empresarial e Cambiário, Direito Internacional Público e Privado.



Nessa linha, a presente pesquisa busca perquirir acerca do seguinte problema: qual a importância da Bioética e do Biodireito no contexto da sociedade contemporânea? O estudo busca promover o conhecimento e a compreensão acerca das mencionadas áreas do conhecimento, assim como demonstrar sua relevância e complementaridade. Parte-se da hipótese de que a Bioética e o Biodireito contribuem para promover reflexões éticas, identificar a existência e/ou a carência de legislação, bem como demonstrar a necessidade de construção e aplicação de parâmetros acerca de determinados temas.

Para desenvolver o objetivo proposto, é utilizado o método hermenêutico, mediante um processo de investigação, interpretação e compreensão dos temas que serão tratados no trabalho. O estudo é realizado mediante pesquisa bibliográfica a partir do referencial teórico, de normas legais e deontológicas, assim como de jurisprudência acerca do assunto.

Em busca da melhor compreensão, inicialmente são apresentadas as origens, a definição e o papel da Bioética e do Biodireito. A seguir, o estudo demonstra a relevância da interdisciplinaridade e os modelos de Bioética. Para ilustrar a aplicação prática das áreas do conhecimento em epígrafe, a pesquisa aborda questões relacionadas às intervenções genéticas em seres humanos. Por fim, o estudo trata das perspectivas da Bioética e do Biodireito no panorama da sociedade hodierna.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

Os termos “Bioética” e “Biodireito” ainda são alienígenas ao conhecimento de muitos. Todavia, a atuação das respectivas ciências é crescente, especialmente no contexto da sociedade atual, em que as ações humanas promovem transformações cada vez mais velozes, que influenciam a vida e o viver dos seres vivos. Inicialmente, portanto, é relevante apresentar brevemente as origens, a definição e a função das referidas áreas, para a melhor compreensão do assunto.

A palavra Bioética foi utilizada pela primeira vez em 1926, pelo alemão Fritz Jahr, que a caracterizou não apenas em relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos, como o reconhecimento de obrigações éticas. Os respectivos escritos foram encontrados por Rolf Löther, na Universidade de Humboldt, na Alemanha e, posteriormente, divulgados por Eve-Marie Engels e José Roberto Goldim, antecipando, assim, em 47 anos o surgimento da Bioética. Vale destacar que anteriormente acreditava-se que o termo teria sido utilizado pela primeira vez em 1971, por Van Rensselaer Potter (GOLDIM, 2006).

Além dos aspectos ecológicos acima mencionados, o desenvolvimento da Bioética foi muito influenciado por questões relacionadas à vida e à saúde humana. Na década de 1970, André Hellegers criou o Instituto Kennedy e, com o objetivo de



expandir a moral hipocrática para uma ética mais ampla, também atribuiu o termo Bioética. Já no final da década de 1980, Potter enfatizou a característica interdisciplinar da Bioética, denominando-a, Global. As reflexões bioéticas passaram a abranger também o solo, além das plantas, animais e seres humanos (GOLDIM, 2009).

Outros eventos também contribuíram para o desenvolvimento da Bioética, especialmente em razão de pesquisas com seres humanos. Na medida em que ocorreram transformações no meio ambiente e na sociedade, do desenvolvimento das tecnologias e, mais especificamente, das biotecnologias, surgiram novos desafios. Juntamente com ponderações éticas, tornou-se necessária a implementação da noção de responsabilidade, assim como o estabelecimento e aplicação de regras no âmbito jurídico, resultando no Biodireito.

Em meio à evolução, especialmente do desenvolvimento biotecnológico, a Bioética procura refletir sobre a vida, abrindo perspectivas de esperança. Um dos maiores objetivos da Bioética é a discussão sobre os cuidados à saúde, bem como os problemas éticos das ciências da vida, buscando a proteção da vida humana e do ecossistema vital (JUNGES, 1999).

A Bioética é definida por José Roberto Goldim (2009) como uma “reflexão complexa, compartilhada e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver”. Como observa o autor, é compartilhada por utilizar as diferentes interfaces para realizar diálogos mutuamente enriquecedores. Além disso, é interdisciplinar por possibilitar contar com os conhecimentos advindos de diferentes áreas do saber. E, por fim, é complexa, pois inclui vários aspectos envolvidos no seu objeto de atenção.

De acordo com Heck (2005), a Bioética lida com situações que ocorrem ao longo da vida, por exemplo, doação e transplante de órgãos, contudo, o elemento determinante é caráter de fronteira da ciência, como nas complexas questões de início e fim de vida. A Bioética trata de temas como nascer ou não nascer (aborto), morrer ou não morrer (eutanásia, distanásia, ortotanásia, cuidados paliativos), saúde e doença (ética médica, procedimentos terapêuticos), etc. Além disso, a Bioética ocupa-se com as inovações da ciência, tratando das questões polêmicas das intervenções genéticas, clonagem. A Bioética trata também da depredação da natureza extra-humana e agressões do equilíbrio sistêmico das espécies (ecologia).

Como bem observa Goldim (2009), a Bioética não pretende dar respostas ou tomar decisões. A Bioética auxilia na busca de justificativas para a adequação das ações, servindo como um elemento a mais na busca de uma reflexão adequada sobre os problemas apresentados.

Releva notar que a Bioética surge do encontro da ética com as questões relacionadas à vida e ao viver dos seres vivos. Por sua vez, no que diz respeito à elaboração e aplicação de normas com relação aos temas objeto de reflexão da



Bioética, adentra-se na seara do Biodireito.

Na medida em que o progresso promove a inovação de tecnologias, o aumento do conhecimento do ser humano em estar disposto a procurar seu bem-estar traz o risco do imponderável da agressão à natureza, bem como à própria espécie humana. E, o grande problema de invenções sem nenhum tipo de controle, consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais (SANTOS, 2001).

O Biodireito, conforme define Heloiza Helena Barboza (2009), é a “denominação atribuída à disciplina no estudo do Direito, integrada por diferentes matérias, que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”.

Na medida em que o progresso promove a inovação de tecnologias, o aumento do conhecimento do ser humano em estar disposto a procurar seu bem-estar traz o risco do imponderável da agressão à natureza, bem como à própria espécie humana. E, o grande problema de invenções sem nenhum tipo de controle, consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais (SANTOS, 2001).

Assim, o Biodireito é um ramo do Direito, que recebe influências das discussões realizadas no âmbito da Bioética. Reflete acerca do estabelecimento de limites jurídicos às práticas biomédicas, dando início à sua regulamentação, seja no ordenamento jurídico nacional ou no âmbito internacional, que incorporam valores partilhados por diferentes culturas e sociedades (MÖLLER, 2009).

Determinados conhecimentos científicos e tecnológicos e suas possíveis aplicações, quando seus efeitos afetam um conjunto de seres humanos atuais e futuras gerações, de acordo com Letícia Möller (2009), geram uma dimensão global e internacional, ultrapassando a esfera de autodeterminação coletiva ou individual de uma sociedade. Assim sendo, a regulação normativa é essencial.

Portanto, a Bioética tem o papel fundamental de estimular as reflexões, os processos de tomada de decisão e adequação das ações que envolvem a vida e o viver. Por sua vez, o Biodireito tem o papel fundamental de tratar especialmente da regulação de tais condutas e da aplicação prática.

3 A INTERDISCIPLINARIDADE

A interdisciplinaridade é fundamental no âmbito do objeto de estudo da presente pesquisa. Com efeito, a Bioética e o Biodireito têm a interdisciplinaridade inerente ao seu próprio conteúdo, desenvolvimento e âmbito de aplicação.

Conforme mencionado anteriormente, a Bioética pode ser entendida como uma “reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre as adequações das ações que envolvem a vida e o viver”. A interface entre as diferentes disciplinas e áreas



do conhecimento permite ampliar as múltiplas perspectivas de compreensão de problemas complexos (GOLDIM, 2009).

As questões referentes a interdisciplinaridade, já estavam presentes no início das discussões mais sistemáticas acerca da Bioética. Van Potter, no artigo publicado em 1970, afirmou que a Bioética pode ser chamada de ética interdisciplinar. Os problemas propostos para reflexão Bioética quando discutidos dentro de uma perspectiva interdisciplinar, ficam mais claros (GOLDIM, 2006).

Como bem observa Giselda Hironaka (2003) “a Bioética é interdisciplinar por excelência”, possibilitando a interface entre ciências como a Biologia, a Ecologia, a Economia, a Filosofia, a Teologia, a Psicologia, a Antropologia, a Política e o Direito, além de outras. Esse grande conjunto disciplinar representa uma ciência sem limitação e fronteiras. Na própria concepção de Bioética, mesmo se houvesse apenas a preocupação de se apresentar uma concepção eminentemente jurídica, pelo viés próximo do Biodireito, sempre repercutem dados e problemas advindos de outras áreas e ambientes que não podem deixar de ser considerados.

A mencionada autora pondera ainda, que por vezes é necessário adaptar as informações externas às necessidades do pensamento jurídico. O inverso também acontece, por vezes é necessário adaptar o pensamento jurídico e, especialmente, a prática jurídica, a princípio que não têm origem no próprio Direito. É o mesmo que ocorre no âmbito da Bioética (HIRONAKA, 2003).

Segundo Goldim (2002), a memória é um dos fundamentos da interdisciplinaridade. A Bioética aborda os novos problemas de forma contemporânea, de modo que seria inadequada a simples repetição das respostas tradicionais. Por isso, o movimento dialético, referente à interdisciplinaridade, permite analisar o antigo para torná-lo novo, tendo em mente sempre a importância de resgatar e revisitar nossas experiências.

Ademais, determinados temas, ao serem observados por uma disciplina isolada, apresentam um grau de complexidade que a torna limitada. A interdisciplinaridade é uma forma de reaproximação, ou seja, esta tem como objetivo unir os conhecimentos de diferentes áreas para discutir determinados temas (PEREIRA, 2008).

Para que a interdisciplinaridade ocorra, de acordo com Valdemarina Souza (1996), é necessária a existência de uma linguagem comum, objetivos comuns, domínio dos conteúdos específicos de cada um dos participantes, reconhecimento da necessidade de considerar diferenças existentes e elaboração de uma síntese complementar. Ademais, ela necessita da troca de saberes e opiniões e só ocorre quando existe interação de pessoas.

De acordo com os problemas apresentados, buscam-se fundamentos nas áreas do Direito, Filosofia, Antropologia, Sociologia, Biologia, Medicina, entre outras, conforme o objeto de aplicação da Bioética e do Biodireito. Ocorre, assim,



uma interface entre múltiplas disciplinas e áreas de conhecimento, que possibilita importantes reflexões sobre o tema tratado (GOLDIM, 2009).

Portanto, a interdisciplinaridade na Bioética e no Biodireito é de suma importância, uma vez que estabelece a ponte entre a ciência e a humanidade, permitindo a interação de diferentes formas de conhecimento e, conseqüentemente, a complementação de pensamentos.

4 MODELOS DE APLICAÇÃO

Em seu campo de aplicação, a Bioética segue determinadas linhas de atuação na prática, também chamadas de modelos. É importante salientar, contudo, que não se tratam de paradigmas sem comunicação, mas sim de fundamentos e parâmetros que se complementam, especialmente diante das crescentes necessidades da sociedade e, que, por fim, poderão nortear as questões a serem enfrentadas no âmbito do Biodireito.

Inicialmente, pode-se falar do modelo casuístico, que busca soluções concretas para os dilemas. Além disso, a casuística é baseada na experiência obtida através da história de casos paradigmáticos e similares e do desenvolvimento de máximas que advêm desses casos (JUNGES, 1999).

O modelo não é aceito de maneira unânime. A crítica mais radical ao método casuístico é que origina um conservadorismo social e um convencionalismo ético, tentando resolver um novo caso ou dilema com a taxionomia de soluções já estabelecidas. Segundo essa linha de pensamento, o modelo refina os “pré-conceitos” estabelecidos, não os confrontando criticamente (JUNGES, 2005).

Em decorrência das críticas ao modelo casuístico, surge o modelo hermenêutico. A hermenêutica é um complemento necessário da casuística para que não esteja a serviço do conservadorismo econômico-político e de um convencionalismo ético-cultural. Por essa razão, a hermenêutica torna-se uma dimensão essencial à própria Bioética, no sentido de que essa não pode ser apenas reduzida na solução de casos e dilemas (RODRIGUES, 2002).

Essa segunda face da Bioética, ou seja, o modelo hermenêutico, busca interpretar os pressupostos culturais do uso das biotecnologias. Assim, de acordo com o entendimento de Rodrigues (2002), este modelo apresenta um caráter subjetivo e um objetivo, e tenta traduzir a necessidade de interpretação para toda a experiência realizada. Trata-se de um modelo que observa mais pressupostos do que resultados, de modo que abordagem casuística e hermenêutica se complementam (JUNGES, 1999).

Outro modelo utilizado pela Bioética é o modelo principialista. Esse paradigma é baseado em princípios para a sua aplicação. Os principais princípios utilizados são a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça. As bases do principialismo



foram lançadas por Tom Beauchamp e James Childress, no livro “Princípios de Ética Biomédica” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

Segundo José Roque Junges (1999), o modelo principialista peca por ecleticismo, deontologismo e racionalismo. Segundo o autor, existe a falta de uma teoria que dê unidade sistêmica aos princípios e, essa falta, cria problemas práticos e teóricos, uma vez que não consegue abranger todas as demandas da sociedade.

Assim, seria necessário um sistema ético comum que interligasse os princípios, ajudando a determinar o que é mais apropriado, complementando-os com a perspectiva teleológica que se baseia na virtude e na experiência. Ademais, seria necessário formular uma categoria de pessoa que sirva de horizonte de compreensão para a Bioética (JUNGES, 1999).

Por fim, destaca-se o modelo da Bioética Complexa, criado por José Roberto Goldim e implementado no Hospital de Clínicas de Porto Alegre há mais de 20 anos. O modelo busca integrar diferentes referenciais teóricos, como o principialismo, os Direitos Humanos, as virtudes, a alteridade, assim como a experiência advinda de casos relacionáveis ao problema a ser abordado na realização de consultorias (GENRO; FRANCESCONI; GOLDIM, 2014).

Conforme explica José Roberto Goldim (2009), a Bioética acaba refletindo sobre situações de complexidade sempre crescente, partindo-se de problemas. O importante é identificar adequadamente os problemas a serem abordados, as circunstâncias e os fatos envolvidos, as alternativas e suas respectivas consequências, para o devido processo de reflexão e de tomada de decisão.

Os modelos ou parâmetros mencionados, servirão para nortear as discussões e proposições nos problemas apresentados e, também, para nortear a fundamentar a atuação no âmbito do Biodireito. Como observado inicialmente, um não exclui o outro, são complementares e poderão ser utilizados conforme a seara do problema apresentado. De todo modo, é fundamental que sejam observados e considerados os diferentes aspectos mencionados, visando sempre, contudo, um objetivo comum, na aplicação aos casos concretos.

5 QUESTÃO PRÁTICA: INTERVENÇÕES GENÉTICAS EM SERES HUMANOS

A Bioética e o Biodireito, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, aplicam-se de modo crescente em vários contextos. De modo a ilustrar sua aplicação prática, apresenta-se como exemplo a intervenção genética em seres humanos.

Os avanços científicos da engenharia genética, conforme pondera Adela Cortina (2009), provocam esperança, mas, ao mesmo tempo, receios, uma vez que



a humanidade se depara com a possibilidade de alterar o patrimônio genético das futuras gerações.

Nesse sentido, Élda Séguin (2001) observa que antes de sua execução, todas as propostas de pesquisas com seres humanos deverão ser submetidas à aprovação de um ou mais comitês independentes de revisão ética e científica. Outrossim, para que ocorra a intervenção genética em seres humanos, é necessário o consentimento livre e esclarecido do paciente ou de seu representante legal, evitando abusos e garantindo o “exercício regular do direito” dos respectivos profissionais.

Releva notar a necessidade de elaboração de parâmetros acerca da utilização de novas técnicas da biotecnologia em seres humanos. A tabela anexa, publicada por Araki e Ishi (2014) e analisada por Elis Cristina Lauxen e José Roberto Goldim (2015) em estudo acerca dos aspectos éticos e jurídicos das intervenções genéticas em seres humanos, ilustra diretrizes acerca de modificações genéticas no âmbito da reprodução humana em diferentes países.

O mencionado estudo demonstra que na maioria dos países, mediante legislação e diretrizes específicas, são proibidas pesquisas científicas que possam realizar ingerências na genética humana. Neste contexto, é relevante salientar que a legislação brasileira é incipiente com relação ao tratamento normativo das questões relacionadas à incidência dos avanços biotecnológicos em seres humanos.

Assim, conforme explicam Elis Cristina Lauxen e José Roberto Goldim (2015), no Brasil, na ausência de legislação específica sobre pesquisa em seres humanos e reprodução humana assistida, as diretrizes orientadoras são as Resoluções do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e do Conselho Federal de Medicina (CFM).

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa como fundamento da República, impondo ao Poder Público tanto atuações positivas para a concretização da dignidade como limites de interferência na esfera privada, vedando, ainda, a coisificação de seres humanos. O referido princípio constitucional constitui o valor-fonte de todo o ordenamento jurídico (RAMOS, 2009).

Ademais, importante mencionar, que no ano de 2017 sobreveio Relatório da Academia Nacional das Ciências e da Academia Nacional de Medicina dos Estados Unidos, que vem sendo utilizado atualmente como diretriz sobre o CRISPR-Cas9.

O CRISPR-Cas9 funciona como uma tesoura molecular que, consegue cortar partes indesejadas do genoma e substituí-las por novos pedaços de ADN, de forma seletiva. Ou seja, está relacionada à remoção de genes que causam doenças hereditárias, como, por exemplo, a diabetes (STEENHUYSEN, Julia).

O mencionado Relatório considera a possibilidade realista quanto aos avanços científicos trazidos pela edição de genes em células humanas reprodutivas. Segundo Julia Steenhuisen (2017), trata-se de possibilidade que abre novas fronteiras na Medicina, devido à capacidade de alterar genes de forma rápida e eficiente e é uma



posição mais branda sobre o uso de uma tecnologia de edição genética conhecida como CRISPR-Cas9.

Considerando a importância que as intervenções genéticas têm nos seres humanos, precipuamente quanto aos limites de aplicação, é necessário partir do problema, identificando a questão a ser analisada, as circunstâncias, alternativas e consequências. Para tanto, é fundamental, analisar os fatos, o equilíbrio entre os riscos e os benefícios de aplicação as respectivas técnicas, juntamente com os princípios bioéticos, o princípio da dignidade da pessoa humana, as diretrizes acima especificadas e os casos paradigmáticos.

6 PERSPECTIVAS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

A Bioética e o Biodireito buscam proteger a vida e o seu desenvolvimento. Desde as reflexões éticas acerca dos problemas apresentados para o processo de tomada de decisão, assim como a construção e aplicação de diretrizes jurídicas, especialmente diante das mudanças e inovações decorrentes das ações humanas no meio ambiente, nos seres vivos e no próprio ser humano.

Considerando que as ciências em estudo buscam a adequação das ações que envolvem a vida e o viver dos seres vivos. Relevado, ainda, que as situações relacionadas decorrem de aspectos elementares e fundamentais e, em grande parte, das novas possibilidades de ingerência no meio ambiente, nas plantas, em animais e no próprio ser humano, tornam-se necessárias providências tanto no âmbito da Ética como do Direito.

Diante desse contexto, a Bioética e o Biodireito, assim como a Ética e o Direito, são complementares e cada vez mais necessários para a proteção dos princípios e direitos fundamentais. Basta acompanhar as situações que ocorrem diariamente para verificar, aos olhos leigos, que é preciso um acompanhamento seguro e norteador que o Direito por si só não conseguirá garantir.

À Bioética, de acordo com Giselda Hironaka (2003), cabe o papel de registrar inquietações, levantar questões pertinentes, alinhar as possibilidades de acerto e de erro decorrentes do desempenho não autorizado e não regulamentado de práticas biomédicas e biotecnológicas que possam interferir, de qualquer maneira, na vida humana, ou seja, na dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, Daniela Beccari (2005) enfatiza que, com a finalidade de proteger a vida, sem desacelerar o progresso da ciência, as pesquisas avançadas sobre o ser humano e a aplicação dessas descobertas fizeram surgir conflitos jurídicos não imaginados pelo legislador, reclamando o nascimento de normas jurídicas para solucionar tais situações.



Um dos grandes desafios do século XXI será desenvolver uma Bioética que resgate e valorize a dignidade da pessoa humana, considerando-a como um novo paradigma biomédico humanista, corrigindo os exageros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, dando-lhe, assim, uma visão alternativa que possa ajudar a garantir uma vida digna para todos (DINIZ, 2002).

Em que pese os benefícios promovidos pelas intervenções genéticas, os riscos e o desconhecimento de limites são motivos de inquietações e divergências, uma vez que os avanços da Biotecnologia podem gerar crescentes e significativas transformações na vida e na saúde dos humanos (LAUXEN; GOLDIM, 2015). Portanto, além de análise das situações concretas, são necessárias reflexões e a construção de diretrizes norteadoras para as respectivas intervenções.

Releva notar ainda, que conforme pondera José Roque Junges (1999), a constituição de um Biodireito que trate dos problemas Bioéticos na sua especificidade, exige uma reformulação das próprias categorias jurídicas constitutivas.

A propósito, é necessária a compreensão do próprio status do ser humano, especialmente no que diz respeito ao embrião, de modo a promover a análise acerca das ingerências realizadas pelas ações humanas. Ainda, verifica-se que é preciso resgatar uma visão mais ecocentrista, que busca a proteção de todos os seres vivos, tanto no âmbito interno como em nível global.

Ao tratar das perspectivas dos campos da Bioética e do Biodireito, Giselda Hironaka (2003) observa que é possível lidar tanto com modalidades de preservação e/ou garantias de direitos como com formas de solução de conflitos, que são a consequência dos avanços da tecnologia biológica e das mudanças da própria estrutura social.

A Bioética e o Biodireito buscam encontrar um equilíbrio entre o que deve ser feito e o que a ciência pode fazer, frente aos avanços tecnológicos. Colocam a vida humana como meio principal de proteção e como base para a formulação de normas e princípios que regem o Direito (SOUZA, 2009). Ademais, visam promover proteção para além dos ordenamentos das sociedades nacionais, gerando uma dimensão internacional (MÖLLER, 2009).

Portanto, é crescente a atuação da Bioética e do Biodireito diante da complexidade da sociedade. Ademais, as respectivas áreas ocupam-se tanto dos problemas que geram consequências para as gerações atuais quanto às gerações futuras. Nesse contexto, ambas contribuem de modo complementar para nortear as condutas relacionadas à vida e ao viver dos seres vivos e do meio ambiente.



7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações da sociedade, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, os avanços na área da saúde, as intervenções humanas no próprio ser humano e no meio ambiente são cada vez mais velozes e abrangentes. Diante deste contexto, verifica-se a necessidade de análise dos aspectos éticos e jurídicos dos problemas que permeiam as ações e condutas que envolvem a vida e o viver.

Assim, a presente pesquisa perquiriu acerca da relevância da Bioética e o Biodireito nesse contexto. Após analisar as origens, a definição e o papel das referidas áreas do conhecimento, a importância da interdisciplinaridade e os modelos de aplicação, o estudo de questão prática, assim como uma análise das perspectivas de atuação das áreas de conhecimento em epígrafe, é possível concluir que a Bioética e o Biodireito são complementares e sua atuação torna-se cada vez mais importante no âmbito da sociedade contemporânea, assim como para as gerações futuras.

O estudo e as reflexões na perspectiva da Bioética contribuem para a adequação das condutas de conformidade à ética, mediante a utilização de princípios norteadores e referenciais que contribuem para a compreensão, a tomada de decisão e a melhor adequação das ações que envolvem a vida e o viver. Ademais, a Bioética fornece elementos ao Biodireito que, por sua vez, atuará na construção, interpretação e aplicação de diretrizes acerca dos problemas existentes, em atenção aos seres humanos e demais seres vivos, assim como ao meio ambiente.

Em suma, a Bioética e o Biodireito, além de promover reflexões éticas e jurídicas, contribuem de modo relevante nos processos de tomada de decisão, na construção, interpretação e aplicação de diretrizes norteadoras acerca de problemas complexos que surgem no cotidiano da vida e do viver dos seres vivos em geral. Portanto, verifica-se a importância do conhecimento e da compreensão das mencionadas ciências, assim como a crescente relevância da atuação das mencionadas ciências no âmbito da adequação das ações que envolvem a vida e o viver.

REFERÊNCIAS

- ARAKI, M.; ISHI, T. International regulatory landscape and integration of corrective genome editing into in vitro fertilization. **Reproductive Biology and Endocrinology**, 12, p.108, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009. p. 101.
- BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.



BECCARI, Daniela Cristina Dias. Bioética e Biodireito: Respeitando o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. **Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba**, fev./2006. Disponível em: <http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21875:bioetica-e-biodireito-respeitando-o-direito-a-vida-e-a-dignidade-da-pessoa-humana&catid=46:artigos&Itemid=483>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Resolução n. 340, de 8 de julho**. 2004. Disponível em: <<http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2004/reso340.doc>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. **Subsídios para construção da Política Nacional de Saúde Ambiental**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/subsi_miolo.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CORTINA, A.; MARTÍNEZ, E. **Ética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

COSTA, César Augusto. Bioética e meio ambiente: implicações para uma ética da libertação. **Revista Brasileira de Educação Ambiental**, Rio Grande, 2013, p. 31-46, v. 8. Disponível em: <<http://www.sbectur.org.br/revbea/index.php/revbea/article/view-File/1821/2608>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENGELHARDT JR., Hugo Tristram. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

GENRO, B. P.; FRANCESCONI, C. F. M.; GOLDIM, J. R. Bioética Clínica: vinte anos de experiência no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre: v. 58, p. 83-88, 2014. Disponível em: <http://www.amrigs.org.br/revista/58-01/0000087395-15_1332_Revista%20AMRIGS.pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre: v. 53, p. 58-63, 2009. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/complexamrigs09.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Bioética e Interdisciplinaridade. **Portal de Bioética da UFRGS**, Porto Alegre: 2002. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. Bioética: origens e complexidade. **Revista HCPA**, v. 26, p. 86-92, 2006. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/complex.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. **Clonagem**: aspectos biológicos e éticos. Porto Alegre: 2003. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/clone.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

HECK, José N. Bioética: contexto histórico, desafios e responsabilidade. **Revista ethica**, Florianópolis: 2005, p. 123-139, v. 4. Disponível em: <<https://periodi-cos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/16127/14665>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante. **Jus**



Navigandi, Teresina: 2003, ano 7, n. 66. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4193/bioetica-e-biodireito>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

JUNGES, José Roque. Bioética como casuística e como hermenêutica. **Revista Brasileira de Bioética**, São Leopoldo, 2005, p. 28-42, vol. 1. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/library/modulos/varias_bioeticas/arquivos/Varias_Casuistica.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LAUXEN, E. C. U.; GOLDIM, J. R. Intervenções Genéticas em Seres Humanos: aspectos éticos e jurídicos. **Revista Barbarói** (UNISC. Online), Santa Cruz do Sul: 2015, p. 202-226, v. 45. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/6861>>. Acesso em: 24 out. 2017.

LOYOLA, Maria Andréa. **Bioética**: reprodução e gênero na sociedade contemporânea. Brasília: Letras Livres, 2005.

MÖLLER, Leticia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um Biodireito mínimo universal. **Revista Panóptica**, 2009, p. 72-93, v. 16. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_4.2_2009_72-93/76>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do direito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 23-53.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. Bioética e biodireito: um desafio interdisciplinar em nome da garantia e da proteção à vida. **Publica Direito**, 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/henrique_mioranza_koppe_pereira.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2018.

RAMOS, Daltos Luiz de Paula. **Bioética**: pessoa e vida. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2009.

RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito**: alimentos transgênicos. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, Simonia. Bioética: a baliza entre o direito, o avanço biocientífico e a vida humana. **Revista Intersaberes**, Curitiba: 2009, ano 4, n. 7, p. 54-68. Disponível em: <<file:///C:/Users/Registro%20de%20Im%C3%B3veis/Downloads/178-372-1-SM.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

SOUZA, Valdemarina B. de Azevedo e. **Participação e interdisciplinaridade**: movimentos de ruptura/construção. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STEENHUYSEN, Julia. Relatório brando com edição genética de embriões humanos. **Jornal Público**, 2017. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/02/14/ciencia/noticia/relatorio-brando-com-edicao-genetica-de-embrioes-humanos-1762048>>. Acesso em: 12 jun. 2018.



Tabela 1 - Políticas sobre modificação genética da linhagem germinativa para a reprodução humana

(continua)

Jurisdição	Postura regulatória com relação à modificação genética da linhagem germinativa	Legislação ou diretrizes relevantes	Observações
África do Sul	Ambígua	Lei da saúde nacional (2003, alterada em 2013)	Embora a clonagem reprodutiva seja proibida, a legalidade de outras formas de modificação genética da linhagem germinativa não é clara na lei.
Alemanha	proibitiva	Lei de proteção ao embrião (1990)	Alterar artificialmente a informação genética de um gameta humano e usar um gameta humano com informação genética artificialmente alterada para fertilização, são proibidos.
Argentina	ambígua	Decreto 200/1997: proibição de experimentos de clonagem humana	Embora não exista uma lei que regule as tecnologias de reprodução assistida (Hevia and Vacaflor. 2013. Suffolk Transnational Law Rev. 36, p60), a posição sobre a modificação genética da linhagem germinativa (excluída a clonagem reprodutiva) é ambígua no decreto.
Austrália	proibitiva	Lei sobre proibição de clonagem humana para reprodução e sobre a regulação da pesquisa com embriões humanos (2006)[lei que traz alterações às leis anteriores, de 2002]	São proibidos: (a) criar ou desenvolver intencionalmente um embrião humano por meio de um processo que não seja a fertilização de um óvulo humano por um espermatozoide humano e (b) embriões humanos que contêm material genético fornecido por mais de duas pessoas
Áustria	proibitiva	Lei sobre reprodução humana medicamente assistida (1992, 2004)	Qualquer intervenção que envolva a linhagem germinativa humana é proibida.
Bélgica	proibitiva	Lei sobre pesquisa com embriões in vitro (2003)	É proibido implantar embriões expostos a pesquisa que afete a integridade do embrião em humanos.
Brasil	proibitiva	Lei de Biossegurança (2005)	É proibida engenharia genética em gametas humanos, zigotos humanos ou embriões humanos.
Bulgária	proibitiva	Lei da saúde da Bulgária (SG n. 70/10 2004)	Uma intervenção com intuito de modificar o genoma humano é permitida apenas com objetivos preventivos ou terapêuticos e não com objetivos de introduzir uma modificação no genoma da progeneratura.
Canadá	proibitiva	Lei sobre reprodução humana assistida (2004)	É proibido alterar o genoma de uma célula de um ser humano ou in vitro de forma que a alteração seja capaz de ser transmitida a descendentes.
Chile	ambígua	Lei n. 20.120 sobre pesquisa com humanos e seu genoma, e a proibição da clonagem humana (2006)	Terapia genética em células somáticas pode ser autorizada somente para tratamento de doença ou para prevenir sua ocorrência. A posição sobre modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é ambígua na lei.
China	proibitiva	Diretrizes sobre tecnologias de reprodução humana assistida (2003)	São proibidas a utilização de plasma de óvulo humano e tecnologia de transferência nuclear com objetivos reprodutivos e a manipulação de genes em gametas, zigotos e embriões humanos com objetivos reprodutivos.



Tabela 1 - Políticas sobre modificação genética da linhagem germinativa para a reprodução humana

(continuação)

Jurisdição	Postura regulatória com relação à modificação genética da linhagem germinativa	Legislação ou diretrizes relevantes	Observações
Colômbia	proibitiva	Código Penal (lei n. 599 de 2000)	Embora a manipulação genética para prevenção e tratamento de doenças genéticas, deficiências ou influência genética seja permitida, a posição sobre a modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é ambígua na lei.
Coreia do Sul	proibitiva	Lei de bioética e segurança (2008)	É proibida a terapia genética em espermatozoides, óvulos, embriões ou fetos.
Costa Rica	proibitiva	Decreto n. 24029-S – Regulação sobre reprodução assistida (1995)	São proibidas todas as formas de manipulação dos códigos genéticos dos embriões assim como experimentos com embriões.
Dinamarca	proibitiva	Lei sobre fertilização assistida pertinente ao tratamento, diagnose e pesquisa médicos (1997, alterada em 2003)	Implantar um óvulo humano fertilizado no útero de uma mulher é proibido se o óvulo for geneticamente alterado (modificado) e essa alteração provavelmente danificou o óvulo em seu ulterior desenvolvimento.
Eslováquia	ambígua	Lei da assistência médica n. 277/1994	Embora pesquisa com desígnios médicos com embriões e fetos humanos possa ser permitida, a postura sobre modificação genética da linhagem germinativa não é clara na lei.
Espanha	proibitiva	Lei 14/2006 sobre técnicas de reprodução humana assistida	São proibidas técnicas reprodutivas que não sejam inseminação artificial, fertilização in vitro, injeção intracitoplasmática de espermatozoides com gametas próprios ou de doador, transferência de embrião pré-implantacional e transferência intrafalopiana de gameta.
Estados Unidos da América	proibitiva	Diretrizes do Instituto Nacional de Saúde para pesquisa que envolva moléculas de ácido nucleico recombinantes ou sintéticas (2013)	Atualmente propostas de ensaios clínicos para alterações da linhagem germinativa não serão aceitas pelo Comitê Consultivo de ADN Recombinante (RAC) do Instituto Nacional de Saúde (NIH). A FDA (Food and Drug Administration) também regula o estudo clínico.
Finlândia	proibitiva	Lei sobre pesquisa médica (488/1999, 295/2004, 794/2010)	Pesquisa com embriões e gametas para modificar propriedades genéticas é permitida se a pesquisa objetiva curar ou prevenir uma doença hereditária grave. Entretanto, os embriões que foram usados para pesquisa não podem ser implantados em um corpo humano.
França	proibitiva	Lei de bioética (2004, emendada em 2009)	Produzir modificação nas características genéticas com o objetivo de modificar a descendência de uma pessoa é proibido, sem prejuízo quanto à pesquisa para a prevenção e tratamento de doenças genéticas.
Grécia	ambígua	Lei n. 3305 – Aplicação da reprodução medicamente assistida (2005)	A pesquisa embrionária pode ser permitida se o seu objetivo for obter conhecimento importante e relevante para a implantação bem sucedida de óvulos fertilizados e para o nascimento de crianças saudáveis. Entretanto, a posição sobre a modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é ambígua na lei.



Tabela 1 - Políticas sobre modificação genética da linhagem germinativa para a reprodução humana

(continuação)

Jurisdição	Postura regulatória com relação à modificação genética da linhagem germinativa	Legislação ou diretrizes relevantes	Observações
Holanda	proibitiva	Lei com regras relacionadas ao uso de gametas e embriões (2002)	A modificação deliberada do material genético do núcleo de células de linhagem germinativa humanas com as quais a gravidez pode ser iniciada, é um ato proibido.
Índia	proibitiva	Diretrizes éticas para pesquisa biomédica com participantes humanos (2006) – Conselho Indiano de Pesquisa Médica	Terapia de linhagem germinativa, terapia genética para aprimoramento e engenharia genética eugênica são proibidas.
Irlanda	proibitiva	Guia sobre conduta profissional e ética para profissionais médicos, sétima edição, 2009, Conselho de Medicina	Uma vez que criar embriões especificamente para pesquisa é proibido, modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é também interpretada como proibida.
Islândia	ambígua	Lei sobre fertilização artificial e uso de gametas e embriões humanos para pesquisa com células-tronco (55/1996)	Pesquisa, experimentos e procedimentos com embriões de fertilização in vitro para melhorar o entendimento sobre as causas das doenças congênitas e abortos espontâneos podem ser permitidos. Entretanto, a posição sobre a modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é ambígua na lei.
Israel	proibitiva	Lei sobre proibição de intervenção genética (clonagem humana e manipulação genética de gametas) (1999, renovada em 2004, 2009, e válida até 23 de maio de 2016)	Usar células reprodutivas que passaram por deliberada modificação genética permanente (terapia genética de linhagem germinativa) para causar a criação de uma pessoa, é um ato proibido.
Itália	proibitiva	Lei sobre procriação medicamente assistida (2004)	Manipulação embrionária e modificação genética com fins reprodutivos ou de pesquisa terapêutica são proibidas.
Japão	proibitiva	Diretrizes sobre pesquisa clínica relativa a terapia genética (2002, alterada em 2004, 2008)	É proibido pesquisa clínica que conduza deliberadamente ou que possa conduzir à modificação genética de células germinativas ou embriões humanos.
Lituânia	proibitiva	Lei sobre ética da pesquisa biomédica (VIII-1679/2000, alterada em 2007)	O uso de embriões para pesquisa é restrito a estudos não-interventivos.
México	proibitiva	Lei geral de saúde (1997)	Embora a reprodução assistida seja permitida, o uso de tecidos embrionários ou de tecidos fetais para pesquisa é proibido e interpretado como vedado com relação à modificação genética da linhagem germinativa.



Tabela 1 - Políticas sobre modificação genética da linhagem germinativa para a reprodução humana

(continuação)

Jurisdição	Postura regulatória com relação à modificação genética da linhagem germinativa	Legislação ou diretrizes relevantes	Observações
Nova Zelândia	proibitiva	Lei sobre tecnologia de reprodução humana assistida (2004)	É proibido implantar em um ser humano um gameta, um embrião humano ou um embrião híbrido que tenham sido geneticamente modificados
Peru	ambígua	Lei geral de saúde (26842/1997)	Embora seja proibida a fertilização de oócitos humanos com fins outros que não a procriação, a posição sobre a modificação genética da linhagem germinativa é ambígua na lei.
Portugal	proibitiva	Lei sobre procriação medicamente assistida (32/2006)	A modificação genética da linhagem germinativa para reprodução é proibida, pois a criação de embriões humanos para pesquisa é proibida.
Reino Unido	proibitiva	Lei sobre fertilização humana e embriologia (1990, alterada em 2008) • Regulações sobre fertilização humana e embriologia (fins de pesquisa) (2001)	É proibida a reprodução ao empregarem-se gametas ou embriões que não sejam: Um óvulo permitido: (a) que foi produzido pelos ou extraído dos ovários de uma mulher e (b) cujo ADN nuclear ou mitocondrial não foi alterado. Esperma permitido: (a) que foi produzido pelos ou extraído dos testículos de um homem e (b) cujo ADN nuclear ou mitocondrial não foi alterado. Um embrião permitido se: (a) ele foi criado pela fertilização de um óvulo permitido por esperma permitido (b) nenhum ADN nuclear ou mitocondrial de célula alguma do embrião foi alterado e (c) nenhuma célula tenha sido acrescentada a ele por outro meio que não a divisão das células do próprio embrião.
República Tcheca	proibitiva	Convenção para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana concernente à aplicação da biologia e da medicina: Convenção sobre direitos humanos e biomedicina(96/2001) • Lei sobre pesquisa com células-tronco embrionárias e atividades relacionadas, e que traz alterações a algumas leis relacionadas (2006)	Uma intervenção que pretenda modificar o genoma humano é permitida apenas se tiver fins preventivos, diagnósticos ou terapêuticos e somente se seu objetivo não for modificação alguma no genoma de descendente algum. A lei permite o uso de embriões em pesquisa apenas para a instituição de células-tronco embrionárias.



Tabela 1 - Políticas sobre modificação genética da linhagem germinativa para a reprodução humana

(conclusão)

Jurisdição	Postura regulatória com relação à modificação genética da linhagem germinativa	Legislação ou diretrizes relevantes	Observações
Rússia	ambígua	Lei sobre a regulação estatal no âmbito das atividades de engenharia genética (1996, alterada em 2000, 2008, 2010) • Lei de proteção à saúde dos cidadãos da Federação Russa (22.07.1993.Reg. No5487- I) • Ordem 67 do Ministério da Saúde da Federação Russa (Reg. No4452 24.04.03)	É necessário um profissional médico de terapia genética somática para se obter uma autorização federal. Além disso, tecnologias de reprodução assistida que são estipuladas pela ordem 67 são permitidas em estabelecimentos licenciados. A pesquisa embrionária é legal. Entretanto, a modificação genética da linhagem germinativa para reprodução não é tratada pela legislação nem pela ordem 67.
Singapura	proibitiva	Lei sobre clonagem humana e outras práticas proibidas (2004)	É proibido desenvolver embriões humanos criados por meio que não seja a fertilização de um óvulo humano com esperma humano.
Suécia	proibitiva	Lei da integridade genética (2006)	São proibidos experimentos com objetivos de pesquisa ou tratamento que ocasionam alterações genéticas que podem ser herdadas por humanos.
Suíça	proibitiva	Constituição Federal (1999)	São proibidas todas as formas de clonagem e de interferência com o material genético de células reprodutivas e embriões humanos.

Fonte: LAUXEN e GOLDIM, 2015.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE DANO DECORRENTE DA MOROSIDADE E DO ERRO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Anielli de Matos Kaempfer¹

Ana Helena Karnas Hoefel Pamplona²

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa elucida os principais aspectos concernentes à responsabilidade civil do Estado, especificamente quanto aos casos em que a morosidade na prestação jurisdicional e o erro judiciário ensejam danos materiais ou morais aos particulares.

A tutela jurisdicional é um dever do Estado com os cidadãos, devendo tal serviço público ser prestado de maneira eficiente, concretizando os direitos destes no plano prático, quando existentes. Nesse sentido, tem-se como finalidade primordial, realizar uma análise acerca da existência de responsabilidade estatal nos casos em que a morosidade e o erro geram prejuízo àqueles que pleiteiam o serviço judiciário.

No primeiro item da pesquisa, aborda-se o conceito amplo de responsabilidade civil do Estado, bem como a sua evolução histórica até o estágio vigente no ordenamento jurídico. Ademais, mostra-se importante abordar os pressupostos para a configuração dessa responsabilidade e do conseqüente dever estatal de reparar os danos causados ao jurisdicionado.

Dessa forma, o segundo item alude ao dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional efetiva aos cidadãos, trazendo o conceito de jurisdição e a distinção entre as funções judicial e jurisdicional. Do mesmo modo, busca-se definir o conceito de morosidade no andamento processual, relacionada à violação do princípio da razoável duração do processo. O erro judiciário também é tratado nesse capítulo,

1 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal. Subcoordenadora do Curso de Direito de Capão da Canoa da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professora do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.



atrelado aos atos praticados pelos magistrados e pelos serventuários da justiça.

Posteriormente à verificação das questões introdutórias acerca do tema, o terceiro capítulo parte para uma análise prática da responsabilidade estatal e a sua natureza objetiva ou subjetiva, de acordo com cada caso, através do estudo de julgados proferidos por Tribunais brasileiros. Ainda, busca-se averiguar se o juiz e os demais agentes da justiça podem ser pessoalmente responsabilizados pelos danos que causarem a terceiros, bem como quais são as causas excludentes e atenuantes capazes de eximir a responsabilidade do Estado, ou diminuí-la.

Destarte, ressalta-se a relevância do presente artigo, diante da atual situação do sistema judiciário brasileiro, que se encontra abarrotado de processos, dificultando a eficiência na tramitação destes. O crescente número de ações judiciais propostas, relacionado à impossibilidade do Poder Judiciário em acompanhar tal crescimento com a provisão de um maior número de colaboradores, resulta em um andamento extremamente vagaroso e, por vezes, falho.

É possível perceber a existência de um descontentamento da sociedade em relação ao Poder Judiciário brasileiro e aos seus integrantes, decorrente da atual situação da tramitação dos processos. Em virtude disso, buscar-se-á compreender a aplicação da responsabilidade civil do Estado em relação ao problema explanado, nos casos em que o mau funcionamento da justiça acarreta prejuízos aos jurisdicionados.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Anteriormente à análise específica do tema proposto, isto é, a responsabilidade do Estado em caso de dano decorrente da morosidade e do erro na prestação jurisdicional, é mister compreender as questões introdutórias concernentes à responsabilidade civil estatal, com a finalidade de abalizar o contexto em que se insere o assunto.

2.1 Definição

A responsabilidade extracontratual do Estado pode ser definida como a “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”, consoante os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 698).

Em complemento ao conceito anteriormente apresentado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 1009) aduz que se trata da obrigação estatal de “reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem”, decorrentes dos mesmos comportamentos administrativos apontados por Di Pietro.



O termo “responsabilidade extracontratual” é utilizado ao abordar a incumbência de reparação por parte do Estado em caso de dano para delimitar o assunto ao âmbito da responsabilidade civil, afastando-o da responsabilidade contratual, que é própria dos contratos administrativos (DI PIETRO, 2012, p. 698).

Nesse sentido, prudente ressaltar que a responsabilidade objeto da presente pesquisa é civil, em razão de referir-se à obrigação de reparação dos danos patrimoniais causados por agentes públicos, que se consuma por meio da indenização, conforme preceitua Hely Lopes Meirelles (2010, p. 680).

Diferentemente dos demais doutrinadores, Meirelles (2010, p. 680) utiliza a expressão “responsabilidade da Administração Pública”, justificando seu posicionamento nos seguintes termos:

Preferimos a designação responsabilidade civil da Administração Pública ao invés da tradicional responsabilidade civil do Estado, porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política. Os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil [...]. Mais próprio, portanto, é falar-se em responsabilidade da Administração Pública do que em responsabilidade do Estado, uma vez que é da atividade administrativa dos órgãos públicos, e não dos atos do governo, que emerge a obrigação de indenizar.

De outra banda, Di Pietro (2012, p. 697) entende como equivocada a concepção oferecida por Meirelles, com o fundamento de que a responsabilidade estatal abarca as funções administrativa, jurisdicional e a legislativa, embora a decorrente dos comportamentos da Administração Pública seja a mais frequente, em detrimento das demais.

Em consonância com as considerações previamente expostas, resta estabelecida a definição geral de responsabilidade do Estado, isto é, essencialmente, a obrigação de reparar os danos causados a terceiros, por ações ou omissões imputáveis a agentes públicos.

2.2 Evolução histórica

O tema responsabilidade civil do Estado sofreu inúmeras alterações no decorrer do tempo, até alcançar o estágio vigente no atual ordenamento jurídico, qual seja, o da responsabilidade objetiva.

Inicialmente, a teoria da irresponsabilidade subsistiu na duração dos Estados Absolutistas, em que prevalecia a soberania do rei perante os seus súditos, impedindo que estes pudessem buscar qualquer tipo de indenização oriunda de



danos gerados por comportamentos estatais. Ainda, responsabilizar o Estado por seus atos representaria uma equiparação dos súditos em relação ao rei, afrontando a soberania deste (DI PIETRO, 2012, p. 699).

Suplantada a teoria da irresponsabilidade, surgem as teorias civilistas, em que a primeira fase é formada pela subteoria dos atos de império e de gestão. De acordo com Di Pietro (2012, p. 699-700), o ato de império era imposto de forma coercitiva ao particular, enquanto o de gestão era praticado em prol do patrimônio público. Quanto à segunda fase, tem-se a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, sendo necessário comprovar a culpa.

Após esse período, a jurisprudência francesa influenciou o surgimento das teorias publicistas. A primeira delas é a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, em que ocorreu a desvinculação da culpa do agente estatal, devendo ser considerada a culpa do serviço público em si, reservando a identificação do funcionário causador do dano (DI PIETRO, 2012, p. 701).

A segunda teoria publicista é a do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva, a qual ampliou a proteção do administrado (MELLO, 2012, p. 1022). Nesse período não é mais necessária a comprovação da culpa, apenas a verificação do nexo causal entre a prestação do serviço público e o dano sofrido (DI PIETRO, 2012, p. 701).

A subdivisão da teoria do risco em administrativo e integral é explanada por Meirelles (2012, p. 682), de modo que no primeiro o dever de reparação decorre apenas do ato lesivo causado pela Administração ao particular; o segundo é desprezado na prática, visto que preconiza a obrigação de indenizar todo e qualquer dano gerado a um terceiro, pelo Poder Público.

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, acentua-se que as Constituições de 1824 e 1891 não mencionavam qualquer previsão acerca da responsabilização estatal.

Com o advento do Código Civil de 1916, restou estabelecido que as pessoas jurídicas de direito público teriam responsabilidade civil decorrente dos atos dos seus representantes que, nessa qualidade, gerassem danos a particulares. De acordo com Di Pietro (2012, p. 703), a redação do artigo era imprecisa, entretanto, permitiu que os doutrinadores da época passassem a defender a responsabilidade objetiva.

Posteriormente, as Constituições de 1934 e 1937 estabeleceram, ambas do mesmo modo, a responsabilidade solidária entre a Fazenda Pública e o funcionário, em caso de danos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de cargos (MAZZA, 2016, p. 386).

A responsabilidade solidária restou substituída pela responsabilidade objetiva, através da promulgação da Constituição de 1946, que previu expressamente acerca



da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno em caso de danos gerados a particulares (NOHARA, 2011, p. 753).

Por fim, instituída a Constituição Federal de 1988, sobreveio o artigo 37, § 6º (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), estabelecendo que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ademais, o Código Civil de 2002 institui, no artigo 43 (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>), que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros [...]”.

As legislações civil e constitucional mencionadas asseguram, também, o direito regressivo do Estado em desfavor do causador do dano, nos casos de dolo ou culpa, o que será abordado de maneira específica em item próprio.

2.3 Pressupostos para a configuração da responsabilidade civil do Estado

A responsabilização do Estado fundamenta-se no ato ou comportamento estatal, no dano e no nexo causal, com o amparo do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, bem como do artigo 43 do Código Civil de 2002. Presentes esses três pressupostos, dá-se causa à obrigação de reparar o dano causado ao particular.

A fim de reforçar a sua caracterização, Mello (2012, p. 1022) declara que a responsabilidade objetiva “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem”. O autor dispõe, ainda, que na modalidade objetiva, é suficiente a comprovação da mera relação de causalidade entre o ato estatal e o dano causado.

Inicialmente, o ato do Estado significa “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las”. (CARVALHO FILHO, 2017).

Com base no referido dispositivo constitucional, Nohara (2011, p. 757) aborda a definição de dano como “o prejuízo ou ofensa causada a bem jurídico tutelado pelo ordenamento”. De acordo com Rafael Maffini (2008, p. 211), não há restrições para compreender a natureza do dano, ou seja, os danos patrimoniais e os morais são passíveis de indenização, sendo possível, inclusive, cumular ambos para indenização.

Finalmente, o terceiro pressuposto para a configuração da responsabilidade do



Estado é o nexu de causalidade ou nexu causal. Conforme elucida Nohara (2011, p. 759), “nexu significa vínculo ou ligação. Causalidade implica a relação de causa e efeito”, devendo ser um antecedente necessário e adequado para que haja o resultado danoso oriunda da ação estatal.

Além do mais, complementa-se que para a verificação da responsabilidade objetiva, deve-se deixar de lado as indagações a respeito do dolo ou culpa do agente, bem como da licitude ou ilicitude da atividade estatal. Com a demonstração do nexu causal, o Estado deve reparar o dano (MEDAUAR, 2012, p. 403).

2.4 O dever de indenizar e a reparação do dano

A previsão legal do dever de indenizar, em sentido amplo, está elencada no artigo 5º, X, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Especificamente em relação aos danos causados por agentes estatais, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>) dispõe acerca da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público, bem como das de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que é reforçado pelo Código Civil, no artigo 43 (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>), conforme mencionado anteriormente.

Partindo de tal pressuposto, as pessoas jurídicas de direito público interno estão relacionadas no artigo 41 do Código Civil (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>), quais sejam: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas; por fim, as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Em regra, o ressarcimento ao ofendido ocorrerá por meio de indenização em pecúnia, entretanto, ressalta-se que a compensação pecuniária nem sempre será a mais apropriada, podendo, por vezes, a reparação do dano ocorrer através de uma obrigação de fazer ao Estado (JUSTEN FILHO, 2016).

Nesse sentido, a reparação do dano ao particular lesado pelo Estado ocorrerá no âmbito administrativo, quando houver entendimento entre as partes, e o Poder Público reconhecer a sua responsabilidade. Caso isso não ocorra, a vítima da lesão deverá ingressar com uma ação indenizatória, visando obter o seu ressarcimento (DI PIETRO, 2012, p. 720).

No que concerne à propositura da ação indenizatória contra o Estado, buscando a reparação dos danos, o interessado tem o prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910 de 1932 (BRASIL, 1932, <<http://www.planalto.gov.br>>).



gov.br>), e do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, desde 2012, de acordo com a observação apresentada por Mazza (2016, p. 401-402).

Em suma, diante das considerações acerca da responsabilidade civil do Estado apresentadas neste capítulo, infere-se que a doutrina atual, após longa e gradual evolução, é pacífica quanto à aplicação da responsabilidade objetiva para a reparação do dano, bastando que o prejudicado comprove a concomitância dos pressupostos para tanto.

3 TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O Estado é legalmente incumbido de prestar aos indivíduos uma tutela jurisdicional satisfatória, possibilitando o seu acesso à justiça. No entanto, apesar das previsões legais existentes no sentido de garantir uma célere e efetiva atuação do Poder Judiciário na condução dos processos, é comum verificar certa demora na tramitação processual, bem como a ocorrência de erros judiciários.

3.1 A tutela jurisdicional e as distinções entre função judicial e função jurisdicional

Com a finalidade de partir para as particularidades concernentes aos danos causados pela demora e pelas falhas na prestação jurisdicional, é importante definir o conceito de tutela jurisdicional, bem como distinguir a função judicial da função jurisdicional.

Inicialmente, menciona-se o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nesse sentido, verifica-se que o cidadão possui o direito de obter do Estado uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, que é exercido através da propositura de ação. A adequação da tutela jurisdicional pressupõe a estruturação do processo de acordo com o caso concreto levado à juízo, com a aplicação das técnicas processuais adequadas, cabendo ao juiz realizar essa adaptação com base na legislação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 678-679).

Outrossim, é de extrema importância abordar o conceito de jurisdição e a sua relação com as referidas funções. Para tanto, José Afonso da Silva (2009, p. 553) descreve a jurisdição como a função inerente ao Poder Judiciário, destinada à composição de conflitos de interesses dos jurisdicionados, de acordo com o caso concreto, sendo realizada através de um processo judicial, detendo o monopólio da jurisdição.



Em relação aos atos praticados no Poder Judiciário, conceituam-se como atos judiciais ou judiciários como aqueles administrativos de apoio, desenvolvidos no Poder Judiciário. Ou seja, assim como os outros Poderes, o Judiciário possui funções típicas e atípicas, sendo a sua função típica a de julgar, e aquelas atípicas referem-se, por exemplo, aos atos administrativos necessários ao exercício da função. Nestes, enquadram-se os atos administrativos praticados por qualquer agente do Estado (CARVALHO FILHO, 2017).

De outro modo, os atos jurisdicionais aludem àqueles perpetrados pelos magistrados durante o exercício de sua função, isto é, “os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças” (CARVALHO FILHO, 2017).

Nohara (2011, p. 790) assegura que a função judicial representa um serviço público, tendo em vista que este representa toda atividade desempenhada pelo Estado, podendo ser administrativas, legislativas ou judiciárias. A autora informa que o Estado disponibiliza esse serviço ao cidadão, sendo aquele exclusivamente encarregado de sua prestação, devendo prezar pela perfeição em seu funcionamento.

Por conseguinte, depreende-se que os atos jurisdicionais e judiciais apresentam sentidos diversos, em que pese alguns juristas utilizem tais expressões como sinônimos. Em razão dos conceitos distintos, conseqüentemente, acarretam conseqüências jurídicas diversas entre si, conforme aludido.

3.2 A morosidade no andamento processual e o princípio da razoável duração do processo

Ao discorrer a respeito da morosidade na prestação jurisdicional, percebe-se o confronto existente entre essa demora no andamento dos processos, em relação à previsão constitucional de razoabilidade para a duração dos mesmos.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 5º, LXXVII (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sob a ótica da legislação infraconstitucional, o artigo 139, II, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>) estabelece como um dos deveres do magistrado na condução do processo, velar pela duração razoável deste, em consonância com o preceito constitucionalmente previsto.

Tal dispositivo legal está incluído no rol constitucional de direitos e garantias individuais, do qual emana o princípio da razoável duração do processo, podendo-se afirmar que este “reflete o sentimento comum das pessoas no sentido de que a



justiça lenta é justiça negada” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 677-678).

A noção da existência de um andamento processual lento, comum no Poder Judiciário brasileiro, implica na compreensão do real significado da expressão “razoável duração do processo”. Nesta seara, Silva (2010, p. 432) ilustra a razoabilidade como uma “textura aberta”, a qual deixa ampla margem de apreciação, resultando na necessidade de analisar sempre as condições existentes no caso concreto em discussão, por exemplo, a intensa demanda de trabalho dos juízes.

Em que pese a referida expressão seja tomada de indeterminação, é forçoso haver uma análise casuística para apurar se houve ofensa ao princípio constitucional ora estudado. Para tanto, verificam-se de forma pormenorizada as situações específicas do caso concreto. Dessa forma, é possível verificar, de forma extremamente subjetiva, a existência ou não de violação ao princípio constitucional ora estudado, de acordo com a “proporcionalidade entre os meios processuais adotados e a prestação da tutela jurisdicional, que é a própria finalidade da atividade judiciária” (FALCÃO, 2016, p. 191).

É imprescindível advertir que a garantia constitucional de um processo com duração razoável não pode ser considerada como um sinônimo de celeridade, visto que o tempo é inerente ao processo, repelindo a ideia de “instantaneidade”. Dessa forma, esse lapso temporal entre a propositura de uma demanda judicial e o seu termo final, deriva da necessidade de garantir os direitos das partes envolvidas, especialmente ao contraditório e à ampla defesa, também previstos na Constituição Federal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 678-679).

Quanto aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, o Ministro Alexandre de Moraes (2012, p. 113) enuncia que a Reforma do Judiciário, inserida através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, trouxe instrumentos com o intuito de garantir maior celeridade, transparência e controle da função judicial, como um dos exemplos, menciona a vedação de férias coletivas nos juízos de segundo grau. Contudo, o autor faz uma ressalva quanto à necessidade de haver alterações infraconstitucionais no âmbito processual, afastando “tecnicismos exagerados”.

Por conseguinte, depreende-se que a morosidade da tramitação dos processos judiciais afronta o princípio constitucional da duração razoável do processo, no entanto, no âmbito prático é complexa a aferição do real significado da vaga expressão utilizada pelo legislador, fazendo-se necessária uma análise do caso concreto e de suas circunstâncias específicas.

3.3 O erro na prestação jurisdicional

O erro judiciário pode ser conceituado como um equívoco na apreciação dos fatos ou do direito aplicável, ensejando a prolação de uma sentença suscetível de



uma revisão, a qual pode, inclusive, ser rescindida em caso de dolo ou fraude do magistrado. Além disso, o erro ora estudado pode ocorrer por ato praticado pelo juiz e pelos serventuários da justiça, no desempenho das atividades iminentes ao funcionamento do aparato judiciário (NOHARA, 2011, p. 791).

Nesse sentido, o dever de indenizar do Estado em caso de erro judiciário está previsto no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), dispondo que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

O artigo 630 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>) estabelece que “o tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”, ressalvando a hipótese prevista em seu § 2º, alínea a, de que “se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder”, a indenização não será devida pelo Estado.

Ainda, Cavalcanti (1992, <<http://www2.senado.leg.br>>) amplia as consequências jurídicas do mau funcionamento da justiça – cujo conceito é mais amplo que o de erro, podendo este estar englobado naquele – aos seus serventuários e auxiliares, e não apenas ao julgador.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE DANO DECORRENTE DA MOROSIDADE E DO ERRO NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No presente capítulo, aplicar-se-ão os conceitos e as teorias anteriormente abordados, de modo a verificar a possibilidade de responsabilizar o Estado por danos oriundos da morosidade e do erro judiciário, frequentes no trâmite processual do Poder Judiciário brasileiro.

4.1 A morosidade processual e o entendimento jurisprudencial prevalente de não responsabilização do Estado

A discussão acerca da responsabilidade estatal em caso de dano causado pela morosidade na prestação jurisdicional ainda enseja divergências doutrinárias sobre o seu caráter objetivo ou subjetivo, prevalecendo o primeiro. Ainda, verifica-se que há um resistente posicionamento da jurisprudência brasileira no sentido da inexistência de responsabilização do Estado nesses casos.

O doutrinador Mello (2012, p. 1029) entende que a responsabilidade estatal decorrente de omissão a qual está presente nos casos em que “o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente”, tem natureza subjetiva, devendo



restar comprovado que o Estado descumpriu determinado dever ao qual estava submetido por lei. Segundo o autor, a obrigação de reparar esse tipo de evento danoso refere-se à possibilidade de que o mesmo seja evitado por uma atuação diligente do Estado.

No entanto, Enio Moraes da Silva (2006, <<http://www2.senado.leg.br>>) compreende o assunto em questão pela perspectiva da responsabilidade objetiva, seguindo a perspectiva de entendimento dos Tribunais brasileiros:

No caso de descumprimento da garantia da razoável duração do processo, o dever de indenizar do Estado, consoante nosso entendimento, está embasado na responsabilidade objetiva. **Cabe ao prejudicado demonstrar apenas os três pressupostos configuradores da responsabilidade do Estado já mencionados, aplicados à hipótese ora em análise, quais sejam, a existência do dano, o comportamento lesivo do poder público (a morosidade da justiça) e o correspondente nexos de causalidade.** (Grifo próprio).

Contudo, embora o posicionamento da maioria dos autores mencionados nesta pesquisa seja no sentido da responsabilização do Estado, nos casos em que a demora na prestação do serviço judiciário gera dano ao particular, o entendimento prevalente na jurisprudência brasileira não segue a mesma concepção. Os julgadores refutam que o Estado seja responsabilizado pelo motivo ora estudado, especialmente pelo ininteligível conceito de razoável duração do trâmite processual.

Com a finalidade de elucidar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto, analisar-se-á o importante e recente julgado 114.250-5/RN (BRASIL, 2018, <<http://www.stf.jus.br>>), proferido sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Inicialmente, a parte autora, recorrente na decisão ora analisada, propôs ação indenizatória contra a União, pretendendo a reparação do dano causado pela morosidade na prestação jurisdicional, a qual foi julgada improcedente, mantida pela decisão de segundo grau. O referido dano, segundo a alegação da parte autora, resultou a morte da sua genitora, devido à apreciação tardia do recurso com pedido de antecipação de tutela recursal, nos autos de uma ação para o fornecimento de medicamentos.

Em um primeiro momento, a decisão aborda a regra geral de não responsabilizar o Estado por atos jurisdicionais, salvo nas hipóteses de dolo ou culpa do magistrado. A iniciar a verificação de como se desenvolveu o processo, o julgador relata que, após a publicação da sentença de primeiro grau, não houve morosidade no feito. No entanto, o lapso temporal entre a chegada dos autos à Turma Recursal e o primeiro andamento no processo totalizou 48 (quarenta e oito) dias, sendo possível verificar o retardo para apreciação do pleito antecipatório pelo colegiado.



Contudo, embora houvesse uma tramitação processual violadora do princípio da razoável duração do processo, não se verificou o nexo de causalidade entre o dano gerado – falecimento da demandante dos medicamentos – e a conduta estatal, o que impossibilita a configuração de responsabilidade do Estado.

Essa ausência da relação de causalidade no caso em tela, foi fundamentada sob os seguintes aspectos: no ano de 2012, em que ocorreu o fato em análise, a Turma Recursal na qual tramitou o pedido antecipatório contou com a distribuição de mais de quinze mil processos; e os juízes que lá atuavam não eram permanentes naquele momento, ou seja, operavam nas suas respectivas Varas Federais e na Turma de forma cumulativa.

Ademais, observa-se a falta de provocação da parte autora para que fossem tomadas providências para o julgamento da antecipação da tutela recursal pretendida, com fundamento do artigo 143, II, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>), que concede ao magistrado o prazo de dez dias para se pronunciar a respeito da demora. Ainda, não se verifica qualquer representação da recorrente junto à Corregedoria da Justiça Federal da 5ª Região para a tomada de eventual medida.

Partindo para uma análise sob a perspectiva do Direito Tributário, é imprescindível discutir – mesmo que de maneira inconclusiva, por ora – acerca da recente e aguardada decisão com repercussão geral proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR (BRASIL, 2017, <<http://www.stf.jus.br>>), apresentado em 2007.

O acórdão declara a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS – imposto oriundo da circulação de mercadoria ou prestação de serviço, no conceito de faturamento – na base de cálculo do PIS e da COFINS, que são, basicamente, tributos a serem pagos pelas pessoas jurídicas previstas nas respectivas leis específicas, conforme é possível compreender na referida decisão.

Sob esse aspecto, a Ministra Relatora Cármen Lúcia vota de maneira a demonstrar que o ICMS não está englobado na definição de faturamento. Nesse sentido, após prolongada discussão entre os Ministros, decide-se pelo provimento do Recurso Extraordinário para excluir da base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, declarando a sua inclusão como inconstitucional. Contudo, restou pendente a deliberação acerca da modulação dos efeitos dessa decisão, a qual determinaria o período de início destes.

A regra é que as declarações de inconstitucionalidade pronunciadas pelo Supremo Tribunal Federal têm efeitos *ex tunc*, isto é, desde o momento em que surgiu a norma inconstitucional. Com a modulação dos efeitos, a Corte estabelecerá que os mesmos incidam a partir do momento que entenderem como adequado, o que representará a eficácia *ex nunc* (FACHINI, 2018, <<https://www.jus.com.br>>).



De um lado, haverá o impacto financeiro causado à União, em razão das restituições aos contribuintes, caso não haja a modulação. De outro, se a Corte decidir pela modulação dos efeitos da decisão, haverá enriquecimento ilícito do Estado, que “não pode se valer da própria torpeza, ou seja, editar lei inconstitucional e, após, sob o argumento da segurança jurídica, requerer que a receita que indevidamente ingressou em seus cofres não seja restituída aos contribuintes” (FACHINI, 2018, <<https://jus.com.br>>).

Até o momento, não há previsão para o julgamento dos embargos opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional opostos em 2017, ressaltando-se que o Recurso foi interposto em 2007. Verifica-se que, enquanto inexistir decisão derradeira acerca do tema, os contribuintes estarão sendo prejudicados por essa morosidade, visto que permaneceram realizando as contribuições indevidas durante todo o período mencionado.

Desse modo, após o trânsito em julgado da decisão, será possível discutir a viabilidade da responsabilização estatal, em razão da lentidão para a decisão ora estudada, acarretando consequências financeiras significativas aos contribuintes (2018, <<https://www.jus.com.br>>).

Por conseguinte, verifica-se que o moroso trâmite recursal nesse caso, ensejou a necessária continuidade da contribuição indevida, cujos valores correspondentes poderiam estar impulsionando a economia nacional, através de aplicações pelos contribuintes, especialmente no setor privado.

Embora ainda não haja uma decisão final, buscou-se apenas levantar um questionamento que poderá ser objeto de inúmeras ações indenizatórias por parte dos contribuintes, os quais, independentemente da possível modulação dos efeitos, já foram lesados por dispor de valores indevidos durante o vagaroso julgamento do Recurso Extraordinário em questão.

Assim, verifica-se que a morosidade processual pode carregar consequências que transcendem à esfera individual do jurisdicionado, incidindo sobre o coletivo, apesar de o entendimento dos Tribunais ser contundente – ao menos por ora – quanto à não responsabilização do Estado por atos jurisdicionais em casos além daqueles previstos na lei constitucional.

4.2 O erro judiciário e as hipóteses ensejadoras da responsabilidade objetiva ou subjetiva do Estado

O artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>) estabelece, conforme já mencionado no decorrer da presente pesquisa, que o Estado indenizará o jurisdicionado que houver sido condenado em virtude de erro judiciário.



De modo semelhante, o artigo 630 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br>>) reconhece o direito a uma justa indenização a requerimento do interessado, por prejuízos sofridos, ressalvadas as hipóteses em que o erro ou a injustiça decorrem de ato ou falta imputável ao impetrante, bem como nos casos em que a acusação é meramente privada, nos termos do seu parágrafo segundo.

Contudo, tal erro refere-se unicamente à função jurisdicional desenvolvida pelo magistrado, ressaltando que não são considerados os erros oriundos da atividade administrativa realizada no Poder Judiciário, que possuem natureza geral para a incidência da responsabilidade, de acordo com Almeida (2012, <<http://www2.senado.leg.br>>).

Com a finalidade de melhor compreender essa diferenciação entre o erro judiciário sob os aspectos administrativo e jurisdicional, analisar-se-á o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, oriundo do Agravo Regimental 832.581/SC (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>) que manteve a decisão que reconheceu a existência da responsabilidade objetiva do Estado por erro judiciário em processo trabalhista.

O reconhecimento do referido erro deve-se à penhora *online* realizada através de um Cadastro de Pessoa Física diverso daquele pertencente à executada no processo, tratando-se de um terceiro equivocadamente incluído como integrante do polo passivo da ação.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso negou provimento ao agravo, em razão da necessidade de reapreciação do contexto fático-probatório do processo de origem, mas mencionou aspectos da decisão recorrida, distinguindo as hipóteses em que o erro judiciário é capaz de ensejar responsabilidade estatal, diferenciando o erro *in judicando* e o erro *in procedendo*.

O erro *in judicando*, de acordo com o ensinamento do julgador, refere-se aos atos diretamente relacionados à função jurisdicional do juiz, com a efetiva aplicação do direito material ao caso concreto. Tal modalidade de erro gera o dever de reparação do Estado ao jurisdicionado lesado, nos casos excepcionais de responsabilização por ato judicial, incluindo a previsão do artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), de condenação por erro judiciário, cuja responsabilidade decorre da análise de culpa ou dolo do juiz, portanto, de natureza subjetiva.

De outra banda, o erro *in procedendo* está relacionado aos atos em que não há aplicação do direito material, ou seja, aqueles administrativos necessários à condução dos processos judiciais. Sob essa perspectiva, o erro judiciário dessa natureza enseja a responsabilização estatal equiparada ao ato administrativo, previsto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), impondo-



se a responsabilidade objetiva.

Nesse aspecto, depreende-se que a responsabilidade do Estado em caso de erro judiciário deve ser analisada sobre dois vieses distintos: o da responsabilidade objetiva e o da subjetiva. Quanto ao aspecto subjetivo, verifica-se a sua ocorrência nos casos que é necessária a comprovação do dolo ou culpa do julgador. Por outro lado, a modalidade objetiva decorre de atos inerentes à atividade administrativa do Poder Judiciário, própria do trâmite processual.

Sob essa perspectiva, examinar-se-á o acórdão da apelação cível nº 70077097046 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<http://www.tjrs.jus.br>>), julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, que reconheceu a ocorrência de responsabilidade estatal de natureza objetiva, por erro cometido na esfera judiciária.

Inicialmente, a decisão relata o equívoco cartorário cometido nos autos de um processo criminal, que ocorreu pela juntada da certidão de antecedentes de um homônimo do réu, acarretando o reconhecimento de uma reincidência ao demandado, o qual foi condenado a uma pena privativa de liberdade, com início em regime semiaberto. No entanto, o indivíduo, embora tenha cometido um ato ilícito, não possuía antecedentes criminais, tendo sido injustamente privado de sua liberdade, visto que na ausência desse equívoco do serviço judiciário, teria o benefício processual da substituição da pena por restritiva de direitos, ou seja, iniciaria o cumprimento pelo regime aberto.

A pretensão da ação firmou-se estritamente na juntada equivocada feita pelo cartório, anexando aos autos certidão de antecedentes do homônimo do autor, ensejando a manutenção da condenação do Estado a indenizar o jurisdicionado pelo erro de natureza administrativa cometido pelo cartório da vara competente, havendo, inclusive, a majoração do *quantum* indenizatório.

No que tange à modalidade subjetiva da responsabilidade do Estado por erro judiciário, o Supremo Tribunal Federal não apresenta dúvidas acerca da necessidade de comprovação de eventual dolo ou fraude praticado pelo juiz sentenciante.

A decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário nº 990.490/PR (BRASIL, 2016, <<http://www.stf.jus.br>>), delibera acerca da irresignação do recorrente quanto ao desprovimento de recurso interposto junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo. A ação anterior possuía natureza indenizatória, fundada no suposto erro cometido pelo magistrado ao julgar procedente uma representação em caso de estupro, condenando o réu no processo de origem, mesmo existindo dúvidas acerca do consentimento da vítima.

Nesse contexto, o Ministro posiciona-se de acordo com o categórico entendimento da jurisprudência sobre a responsabilidade do Estado nos casos de ação fundada em ato propriamente jurisdicional, isto é, decorrente da função típica



do juiz, proferindo o seguinte:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Pátrios é no sentido de que a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é subjetiva, e restringe-se às hipóteses em que se demonstre a ocorrência de dolo, fraude ou culpa grave, o que não é o caso dos autos. [...] A irresignação não merece prosperar, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais só é possível nas hipóteses previstas em lei, sob pena de amesquinamento da atividade soberana do Estado na aplicação do ordenamento jurídico e na imposição da justiça. (Grifo próprio).

Destarte, depreende-se que para a verificação da responsabilidade do Estado em caso de dano decorrente de erro judiciário, é necessário averiguar se este decorre do exercício da função jurisdicional pelo magistrado ou de atividade administrativa necessária à tramitação processual, praticada pelos agentes integrantes do Poder Judiciário. Na primeira hipótese, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa do juiz; na segunda, haverá a responsabilidade objetiva do Estado, demonstrando a relação de causalidade entre a conduta do agente – juiz, serventuário ou outro membro do Poder Judiciário – e o dano causado.

4.3 Responsabilidade pessoal do juiz e demais agentes da Justiça relacionada ao direito de regresso do Estado

A responsabilidade civil e pessoal do juiz está elencada no artigo 143 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, <<http://www.planalto.gov.br>>), o qual estabelece que aquele responderá por perdas e danos nos casos em que proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções, bem como quando restar configurada recusa, omissão ou retardo injustificado para ordem de providência a ser tomada de ofício ou a requerimento da parte.

O caput do artigo 143 do Código de Processo Civil, determina expressamente que o juiz será responsabilizado regressivamente pelos danos que causar. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é claro ao julgar o Recurso Extraordinário 228.977-2/SP (BRASIL, 2002, <<http://www.stf.jus.br>>), cujo entendimento permanece sendo empregado pela Corte, assentando a impossibilidade de postular diretamente em face do juiz que supostamente tenha lesado o jurisdicionado através de sua decisão judicial.

O recurso foi interposto por um juiz de uma comarca do Estado de São Paulo, o qual teve contra si imputada a responsabilidade civil em ação indenizatória proposta pelo Prefeito Municipal que teria sofrido danos à sua imagem, devido a palavras



ofensivas utilizadas na decisão do magistrado. Ou seja, no acórdão, o Tribunal de Justiça imputou a responsabilidade civil diretamente ao magistrado.

Consequentemente, o recorrente insurgiu-se quanto à decisão, fundamentando o pleito na responsabilidade exclusiva do Estado, com a violação ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>), que dispõe que o Estado responderá por atos de seus agentes, assegurado o direito de regresso em caso de dolo ou culpa.

O recurso foi provido pelo Ministro Relator Néri da Silveira, com a afirmação de que a autoridade judiciária não pode ser responsabilizada por atos jurisdicionais e, embora seja um agente público, o magistrado enquadra-se na espécie de agente político, com atribuições constitucionais e dotado de liberdade para o exercício de sua função.

Sob essa perspectiva, a parte supostamente lesada – Prefeito Municipal – deveria ter ajuizado a ação indenizatória em face da Fazenda Estadual, a qual é responsável pelos danos causados por seus agente, no exercício da função pública.

Nesse sentido, além do artigo constitucional que garante o direito de regresso ao Estado, o artigo 122, § 2º da Lei nº 8.112/1990 (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>), que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos, estabelece que “tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”.

A doutrinadora Nohara (2011, p. 766) declara que a ação regressiva do Estado em face de agente público que tenha agido dolosa ou culposamente, não se trata de um mero direito, mas sim de um dever estatal. Dessa forma, a conduta do agente que causou danos a terceiros acarreta consequências diretas ao erário público, com a condenação do Estado para reparar o prejuízo causado ao jurisdicionado, no caso de atos provenientes do Poder Judiciário.

Por conseguinte, conforme mencionado, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é sólido quanto à legitimidade passiva do Estado, o qual, havendo sentença condenatória transitada em julgado, deve promover ação de regresso contra o agente estatal, a fim de restituir ao erário público os valores despendidos a título de indenização.

4.4 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade civil do Estado por mau funcionamento da justiça

A responsabilidade estatal pode ser afastada por causas excludentes ou atenuantes desta. Quanto à modalidade objetiva, as referidas causas podem atingir o nexo de causalidade, rompendo a ligação com a conduta danosa. Di Pietro (2015, p. 794-795) elenca como causas excludentes a força maior, a culpa da vítima e a culpa



de terceiros; como atenuante, aponta a culpa concorrente da vítima.

Resumidamente, a força maior pode ser definida como episódio imprevisível, que transcende a vontade das partes, atribuída, em regra, a fenômenos e catástrofes naturais. Ressalta-se que o caso fortuito não é considerado causa excludente, pois deriva de casos em que a lesão ocorre por ato humano ou por falha da Administração, devendo o Estado ser responsabilizado em reparar os danos causados ao particular (DI PIETRO, 2015, p. 795).

Em relação à culpa da vítima, faz-se necessário verificar se a mesma é de exclusividade desta, o que eximirá o Estado de indenizar o prejudicado; caso a culpa seja concorrente com a do Estado, incidirá a atenuação da responsabilidade, a qual será compartilhada entre ambas as partes, refletindo no valor a ser pago a título de indenização (DI PIETRO, p. 795).

No que tange à culpa de terceiros, afirma-se que a conduta causadora de dano não pode ser atribuída nem ao Estado nem à parte prejudicada, mas a um terceiro. Dessa forma, relacionando a hipótese aos atos provenientes do Poder Judiciário, tem-se que pessoa alheia pode ter dado causa à morosidade processual, ou provocado eventual erro judiciário, afastando-se ou atenuando a responsabilidade estatal (SILVA, 2006, <<http://www2.senado.leg.br>>).

De outra banda, no tocante aos casos em que a responsabilidade estatal possui natureza subjetiva, o Estado eximir-se-á quando não houver dolo ou fraude do agente causador, sendo estes os requisitos para a sua configuração. Ademais, tal modalidade de responsabilidade ocorre quando o Estado não evita um dano ao qual estava incumbido de evitar (MELLO, 2012, p. 1041).

Com base no estudo realizado, infere-se que a responsabilidade estatal por atos provenientes da atuação do Poder Judiciário, especificamente em relação à morosidade processual e ao erro judiciário, é cautelosamente analisada pelo julgador quando é objeto de ação indenizatória proposta pelo jurisdicionado lesado.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou, precipuamente, compreender e analisar a responsabilidade civil do Estado, sob a perspectiva jurisdicional, isto é, buscou-se verificar a sua existência quando a morosidade processual e o erro judiciário, através da atuação do magistrado ou dos demais integrantes do Poder Judiciário, geram danos ao jurisdicionado.

Posteriormente à referida análise, depreende-se que Estado será civilmente responsabilizado apenas nas estritas hipóteses previstas em lei, devendo reparar os prejuízos causados ao particular lesado. Isto é, em regra, a morosidade processual



não ensejará a responsabilização estatal, pela indeterminação do princípio da razoável duração do processo; quanto ao erro judiciário, este será reparado em caso de dolo ou culpa do julgador, ou na hipótese de ato danoso de natureza administrativa praticado no Poder Judiciário.

Inicialmente, buscou-se conceituar de forma geral a responsabilidade civil do Estado, a qual possui, como regra, natureza objetiva, bastando que o lesado comprove a concomitância dos seus pressupostos configuradores, quais sejam: o ato ou comportamento estatal, o dano e o nexo de causalidade, para obter do Poder Público eventual indenização pelos prejuízos causados. Contudo, percebe-se que até atingir esse atual estágio, houve uma gradual evolução histórica e legislativa acerca do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Após uma compreensão global a respeito do assunto, partiu-se para as especificidades do estudo proposto. Abordou-se o dever estatal de prestar uma tutela jurisdicional efetiva ao cidadão, distinguindo os atos judicial e jurisdicional, e as suas consequências diversas. Ainda, fez-se oportuno conceituar e apresentar os enquadramentos legais da morosidade no andamento processual e do erro judiciário, bem como rebater os argumentos de uma parte da doutrina que entende pela não responsabilização estatal em caso de falha na prestação jurisdicional.

Em seu capítulo final, a pesquisa resumiu-se a analisar a aplicação prática do tema, através de julgados proferidos pelos Tribunais brasileiros. Nesse sentido, a morosidade processual, em regra, não enseja responsabilidade estatal, pois não se enquadra nas estritas hipóteses trazidas na lei; e o erro judiciário pode ser verificado sob os aspectos objetivo e subjetivo, a depender das circunstâncias envolvidas no caso concreto. Por fim, buscou-se averiguar a possibilidade de o juiz e os demais agentes da justiça serem pessoalmente responsabilizados pelos danos que causarem, verificando-se que os mesmos somente responderão, em ação regressiva, caso ajam com dolo ou culpa; ainda, abordou-se a possibilidade de excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado por atos praticados na prestação jurisdicional.

Infere-se que para que o jurisdicionado obtivesse a reparação dos danos causados pela morosidade processual, violadora do princípio da razoável duração do processo, bastaria a comprovação dos requisitos objetivos anteriormente mencionados. Todavia, o posicionamento jurisprudencial prevalente é pela não responsabilização do Estado, devido à indeterminação da expressão “razoável duração”, e à análise casuística do processo.

De modo diverso, a jurisprudência observa se o erro judiciário decorre de um ato administrativo ou jurisdicional. O primeiro é praticado por agente integrante do Poder Judiciário, acarretando em uma responsabilização estatal de ordem objetiva, se preenchidos os pressupostos para tanto; o segundo decorrente do exercício da função típica do juiz, de natureza subjetiva, devido à necessidade da ocorrência de



dolo ou fraude em seu comportamento, o que raramente é verificável na prática.

Atualmente, conforme explicitado, a responsabilidade do Estado por atos judiciais é de complexa verificação, pautando-se pela regra geral de não responsabilização, exceto nos casos em que há dolo ou culpa do agente, bem como nas hipóteses de dano causado por ato administrativo praticado no Poder Judiciário, por exemplo, atos cartorários de impulsão processual.

Por conseguinte, depreende-se que a responsabilidade civil do Estado na prestação jurisdicional é limitada aos casos especificados no decorrer da pesquisa. Não obstante, deve-se discutir acerca da extensão dessas hipóteses, pois, em que pese seja necessário haver cautela por parte dos julgadores ao decidirem pela responsabilização estatal, a ampliação das causas ensejadoras desta, teria o condão de proporcionar melhorias ao serviço judiciário, garantindo ao jurisdicionado o seu direito de receber uma tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor Luís de. A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono Análise nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. **Revista de informação legislativa**, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Decreto nº 20.910. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 jan. 1932. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 228.977-2/SP**. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, 5 mar. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário 114.250-5/RN**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2018.



_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 2 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 832.581/SC**. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 990.490/PR**. Relator: Dias Toffoli. Brasília, DF, 13 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. (Coord.). **Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 1. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://www.proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

FACHINI, Laura Stefenon. Modulação temporal de efeitos no PIS/COFINS. **Revista Jus Navigandi**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68037>>. Acesso em: 2 set. 2018.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (enfoque no direito brasileiro). **Revista Jurídica Luso Brasileira**, 2016. Disponível em: <<http://www.cidp.pt>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. et. al. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível 70077097046**. Relator: Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre/RS, 30 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 03 set. 2018.



SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Enio Moraes da. A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado. **Revista de informação legislativa**, 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.



A LEGALIDADE DAS LISTAS DE ESPERA PARA O ACESSO DE CRIANÇAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL PÚBLICA

Debora Voelz¹

André Viana Custódio²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o direito de acesso à educação infantil pública, sendo um estudo sobre a legalidade das listas de espera.

Nesse sentido, objetiva-se estudar a legalidade das listas de espera para acesso à educação infantil pública na legislação e na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O método de abordagem utilizado para a concretização da pesquisa foi o dedutivo e o método de procedimento o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada nas bibliotecas físicas e virtuais oferecidas pelo Curso de Direito, pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC e outras bases de dados de pesquisa científica. A pesquisa documental envolveu a pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, posições do Ministério Público do Rio Grande do Sul e dos municípios do estado em seus respectivos sítios eletrônicos.

Dessa forma, a primeira parte analisa o direito fundamental à educação infantil no marco normativo do Direito da Criança e do Adolescente.

A segunda parte tem como propósito discutir a utilização de listas de espera como requisito de acesso à educação infantil pública no contexto das políticas de atendimento às crianças.

As terceira e quarta partes tratam da pesquisa sobre a proteção judicial do

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS

2 Orientador, Professor do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Pós-Doutor pela Universidade de Sevilha/Espanha (US), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).



direito à educação infantil, com estudos de casos em relação às listas de espera na educação infantil municipal, às posições do Ministério Público e do Poder Judiciários sobre as listas de espera para acesso à educação infantil.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, visto que a educação é direito fundamental social garantido aos cidadãos em diversos dispositivos legais, especialmente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O direito à educação é perspectiva de direito humano, sendo a educação uma das mais importantes fontes para o desenvolvimento justo da pessoa.

Assim, com o presente estudo, busca-se contribuir para o aprimoramento de políticas públicas de educação, na atuação do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, bem como à área de estudo no Direito da Criança e do Adolescente.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

2.1 O contexto histórico do acesso de crianças à educação infantil

A história da educação no Brasil iniciou-se no século XVI, com a chegada dos padres jesuítas ao território, os quais possuíam a incumbência da catequização da população indígena nativa.

Os primeiros a receberem instrução foram os índios, sendo os ensinamentos sobre leitura, escrita e a língua, com os recursos provindos dos dízimos recolhidos ao Rei (LIMA, 2003).

Embora servisse como uma política para aceite dos portugueses em território brasileiro, o início da educação no Brasil se deu com o início da colonização. Porém, com a expulsão dos jesuítas do território brasileiro, a educação tornou-se privilégio das classes mais poderosas.

Após um período de privações, somente em 1822, com a proclamação da independência brasileira, é que se voltou a falar em educação à população, “chegando-se até a uma lei do mesmo ano, que estabeleceu a criação de escolas primárias em todas as cidades, vilas e povoados, e escolas secundárias nas cidades e vilas mais populosas” (LIMA, 2003, p. 55).

Todavia, em que pese a educação, de forma ampla e geral e mesmo que de maneira muito rasa, surgir no país desde o início de sua colonização, as creches somente começaram a aparecer por volta das primeiras décadas do século XX. “Foi a partir das lutas sociais ocorridas nas duas primeiras décadas do século XX que a situação vivenciada pelas crianças se transformou em uma questão social”



(ARANTES, 2011, p. 25, <<https://repositorio.unesp.br>>).

Essas instituições não foram inicialmente criadas com o objetivo de desenvolvimento pleno e saudável da criança, mas sim como uma forma de acalmar o povo que se revoltava com as condições de trabalho e sobrevivência à época.

Tais locais eram vistos como uma maneira de permitir que os pais exercessem suas atividades laborais de forma plena, não existindo a preocupação quanto à qualidade do espaço, ensino e lazer que eram disponibilizados às crianças que ali permaneciam.

Embora as lutas dedicadas à educação infantil brasileira, “o estágio dessas lutas não permitiu que a educação fosse conquistada como direito inscrito na legalidade estatal” (ARANTES, 2011, p. 28, <<https://repositorio.unesp.br>>).

Em relação à educação infantil, em que pese o direito educacional de forma geral já ser reconhecido na primeira constituição brasileira, a garantia de acesso de crianças à educação infantil, somente foi positivada na Constituição de 1988, que estabeleceu a tríplice responsabilidade compartilhada e a prioridade absoluta aos direitos fundamentais, inclusive à educação (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Para regulamentar o disposto na Constituição, em 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), onde a educação infantil foi garantida como um direito da criança e um dever do Estado em seus artigos 53 e 54.

Na mesma linha da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, estabeleceu as diretrizes básicas da educação nacional, sendo no artigo 29 positivada a finalidade da educação infantil, qual seja, o desenvolvimento integral nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social em complemento às ações da família e da comunidade (BRASIL, 1996, <<https://www.planalto.gov.br>>), dividindo a educação infantil em duas etapas: as creches, oferecidas para crianças de zero a 03 anos, de forma facultativa, e a pré-escola, oferecida às crianças de 04 a 05 anos, de forma obrigatória.

Por fim, a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 aprovou o Plano Nacional da Educação – PNE, fixando, assim, metas e estratégias à educação básica brasileira.

Assim, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como o Plano Nacional de Educação, constituem grandes avanços históricos na garantia de acesso de crianças à educação infantil pública.



2.2 O direito à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente

O Direito da Criança e do Adolescente é constituído por princípios e normas decorrentes dos direitos fundamentais, especialmente no artigo 227 da Constituição Federal que prevê os princípios da proteção garantista e do caráter vinculante, da prioridade absoluta, da tríplice responsabilidade compartilhada e da proteção especial (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>). Tais princípios servem como norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, passando, a partir do artigo 227 da Constituição, crianças e adolescentes a serem sujeitos de direitos que devem ser assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade.

Assim, em consonância aos princípios, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, criou e deu providências ao Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a zelar pela proteção integral de crianças e adolescentes, substituindo o antigo Código de Menores.

Buscando a efetivação do princípio da prioridade absoluta, o legislador, no parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>) trouxe um rol exemplificativo para compreensão dessa garantia, bem como para servir de preceito nas resoluções de conflitos.

O princípio da prioridade absoluta “reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos necessários [...]” (CUSTÓDIO, 2009, p.35).

O Estatuto da Criança e do Adolescente buscou trazer o direito à educação como direito universal a todas as crianças e adolescentes, positivando de maneira que fosse possível a exigência de sua efetivação pelo Estado.

No tocante ao direito à educação infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no artigo 54, inciso IV, o dever do Estado em assegurar “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>).

O Estatuto visa o cumprimento do preceito constitucional na forma de assegurar às crianças o desenvolvimento integral, garantindo o direito à educação desde os primeiros meses de idade nas creches.

Reforçou-se ainda mais a responsabilidade do Estado na garantia do acesso de crianças à educação pública e gratuita nas creches, responsabilidade essa que, pela Constituição Federal, foi delegada prioritariamente aos municípios.

Diante das situações em que podem ocorrer ofensas aos direitos assegurados às crianças e adolescentes, o Estatuto (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>) dedicou o capítulo VII para proteção judicial dos direitos individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes que porventura tenham sido violados. O artigo 208, inciso



III, traz que as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança referente ao não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche e pré-escola serão processadas por rito estabelecido no próprio Estatuto.

Com essa disposição, o Estatuto da Criança e do Adolescente procura não somente assegurar direitos, mas também contribuir para que esses possam ser efetivados de forma integral, que, se não feitos de forma administrativa pelo Poder Público Executivo, possam ser asseguradas pelo Poder Judiciário através das ações.

Verifica-se que, no que diz respeito à educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou reforçar os direitos já contidos na Constituição Federal, bem como criar maneiras e obrigatoriedade de execução de políticas públicas a fim de possibilitar a garantia à efetivação desse direito.

2.3 A garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas públicas municipais de atendimento

Diante do direito à educação ser direito fundamental universal assegurado pela Constituição Federal, se tem que o acesso de crianças à educação infantil pública e gratuita é direito público subjetivo e, portanto, não deve sofrer qualquer tipo de restrição.

“A característica de um direito público subjetivo é a possibilidade de seu titular poder exigir, a qualquer tempo, a intervenção estatal no sentido de fornecer todas as condições necessárias para o exercício do direito” (COSTA, 2006, p. 1708).

Sendo o direito à educação direito público subjetivo, para sua concretização são necessárias, por parte do Estado, a elaboração e efetivação de políticas públicas de forma a abranger o maior número de sujeitos possíveis.

Pode-se, de modo muito sucinto, dizer que políticas públicas são os atos praticados pelo Estado tendo por objetivo suprir uma demanda ou interesse da população.

O constituinte delegou aos municípios a competência da manutenção do ensino infantil (creches e pré-escola), bem como do ensino fundamental (do primeiro ao nono ano), sendo a segunda em concorrência com o Estado. Desse modo, cabe ao poder público municipal a elaboração de políticas públicas de atendimento à educação infantil.

Dentro da organização do poder público municipal, para exercer as funções legislativas e consultivas no que se refere à gestão educacional de sua competência, são criados os Sistemas Municipais de Ensino compreendidos pelas escolas mantidas pelo poder público municipal, escolas da rede privada e dos órgãos municipais de educação (secretarias municipais de educação e conselhos municipais de educação),



conforme estabelece o artigo 18, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (BRASIL, 1996, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Dentro dos sistemas municipais de ensino, o órgão gestor responsável pela articulação, implantação e implementação de políticas públicas municipais de atendimento à educação de crianças e adolescentes são as secretarias municipais de educação. Elas são responsáveis pela organização administrativa das escolas municipais (geralmente de ensinos infantil e fundamental), bem como pela análise das demandas sociais e dos meios capazes de supri-las.

Cada município estabelece, por meio de legislação local, as competências específicas das secretarias municipais de educação, todavia, sabe-se que no campo das políticas públicas, essa é a pasta responsável dentro da administração municipal pelas políticas públicas de atendimento educacional, abarcando, inclusive, a educação infantil.

Não há como estabelecer um rol das políticas públicas de atendimento à educação infantil, visto que elas devem ser elaboradas e executadas de acordo com a demanda da população local, contudo, pode-se afirmar que, além das peculiaridades territoriais, são políticas públicas de atendimento à educação infantil, principalmente, as ações que visem inserir todas as crianças interessadas em vagas em creches da rede municipal de ensino, bem como a qualidade do atendimento prestado nesses educandários, sendo a principal meta da educação infantil a universalização, ou seja, assegurar que todas as crianças em idade escolar frequentem a escola.

Essa é a concepção válida desde que se entendeu que a educação infantil não é mero cuidado de crianças, mas consiste em processos educativos fundamentais ao desenvolvimento infantil.

Ainda, de acordo com o artigo 14, II, da Lei supracitada (BRASIL, 1996, <<https://www.planalto.gov.br>>), fazem parte do sistema municipal de ensino os Conselhos Municipais de Educação, órgão responsável pelo controle e normatização da legislação e das políticas públicas municipais educacionais.

Cabe ainda a atuação dos Conselhos Municipais de Educação no planejamento e avaliação das políticas educacionais, bem como no estabelecimento do diálogo entre a sociedade e o poder público.

À vista disso, os Conselhos Municipais de Educação possuem funções deliberativas, propositivas, mobilizadoras, consultivas, normativas e fiscalizadoras dentro do Sistema Municipal de Educação.

Desse modo, tendo em vista as competências atribuídas aos órgãos citados, bem como que o direito à educação infantil é direito fundamental social que não deve receber nenhum tipo de restrição ao seu acesso, as políticas públicas de atendimento,



elaboradas e executadas pelos órgãos, servem para garantia do acesso ao direito fundamental à educação, sem qualquer distinção ou restrição por parte do Estado, especialmente do poder público municipal.

3 AS LISTAS DE ESPERA NAS POLÍTICAS DE ATENDIMENTO NA EDUCAÇÃO INFANTIL

3.1 As listas de espera e as políticas de atendimento à educação infantil

A Constituição Federal (BRASIL, 1988, <<https://www.planalto.gov.br>>), nos artigos 30 e 211, §2º, traz como competente para manutenção da educação infantil os municípios, cabendo a esses assegurar às crianças de 0 (zero) a 03 (três) anos o acesso à educação infantil gratuita.

A Lei n. 13.005 (BRASIL, 2014, <<https://www.planalto.gov.br>>), que aprovou o Plano Nacional da Educação – PNE, instituiu na Meta 1, bem como as estratégias para sua efetivação, dentre elas: definir regime de colaboração entre os entes federativos, priorizar educação infantil e promover a busca ativa de crianças em idade de educação infantil.

Essas estratégias servem para pôr em prática o desejado pela Meta 1 e são forma de nortear e organizar as políticas de atendimento de cada município.

Os municípios também criaram os seus Planos Municipais de Educação, estabelecendo, a partir do Plano Nacional, as metas de acordo com suas as peculiaridades.

Contudo, apesar da criação dos Planos Municipais de Educação, grande parte dos municípios não possui a capacidade de absorção total da demanda nas creches públicas, em partes, por falta de planejamento financeiro e de prioridade com a educação infantil, criando-se, então, listas de espera para aguardo de vaga na educação infantil.

Não há dados concretos e exatos de quando essas listas surgiram, todavia, sabe-se que essa prática iniciou com o aumento da inserção da mulher no mercado de trabalho, que, com o decorrer dos anos, deixou de realizar apenas o trabalho doméstico e passou a instituir no mercado de trabalho.

As listas de espera, sem a análise da sua legalidade, fazem parte das políticas de atendimento à educação infantil, visto que são utilizadas como uma forma de organização da oferta do serviço.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a política de atendimento está disposta a partir do artigo 86 (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), onde está estabelecido que a “política de atendimento dos direitos da criança e do



adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.”. As políticas de atendimento às crianças e adolescentes, incluindo-se a educação infantil pública, cabem ao Poder Executivo de acordo com as competências estabelecidas para as unidades federativas.

Dessa forma, o direito à educação infantil, assegurado como direito constitucional, para sua efetivação, necessita da elaboração de políticas públicas e de atendimento para que seja garantido a todos, sem qualquer distinção, por parte do poder executivo municipal, órgãos de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, bem como de toda sociedade civil.

3.2 Os critérios de classificação e publicização das listas de espera

A criação das listas de espera para acesso à educação infantil é prática de diversos municípios, criando-se, em diversas vezes, um número considerável de crianças e familiares aguardando o acesso ao direito à educação infantil pública.

Destaca-se que a criação de tais listas é uma prática ilegal que viola os direitos de crianças e diversas vezes são toleradas pelos órgãos de proteção e garantia dos direitos da criança com prioridade absoluta.

A espera para a concretização de direito fundamental constitui uma violação de direitos e quando esta violação tem como titulares as crianças constituem-se numa violação irreparável. Contudo, através de decretos ou leis municipais, flagrantemente inconstitucionais, são criados critérios de seleção e/ou preferência para acesso às vagas disponíveis na rede pública de ensino.

Como se trata de assunto do âmbito municipal e o presente artigo não possui a intenção de realizar pesquisa específica em determinado município, não se pode delimitar quais são esses critérios de seleção e/ou preferência.

Todavia, é possível afirmar que, por boa parte dos municípios, trata-se de preferência às crianças que a família possua baixa renda, com alto risco de violação de direitos, filhos de mães adolescentes que frequentam a escola ou filhos cuja mãe possua emprego formal declarado.

É possível afirmar que, embora o direito à educação não sofra restrição pelo texto constitucional ou legislações infraconstitucionais, é adotada pelos municípios a prática ilegal da criação de listas de espera para acesso à educação infantil público, com a submissão de critérios de seleção e preferência, violando, assim, o direito fundamental básico à educação.

Ainda, apesar da discussão sobre a legalidade de tais listas de espera, essas devem seguir os princípios impostos à Administração Pública, em especial o princípio da publicidade.



3.3 Os procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil

Quando se trata dos procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais, o Conselho Tutelar tem importante papel na busca da efetivação do direito à educação. Disciplinado pelo artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), é órgão permanente e autônomo, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente.

Dentro de suas atribuições, o Conselho Tutelar, conforme o artigo 136, inciso III, alínea a, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pode “promover a execução de suas decisões, podendo para tanto requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança” (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>).

Considerando que a negativa de vaga em educação infantil, caracteriza a violação de direito da criança, nos termos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), e, portanto, há pressuposto de atuação do Conselho Tutelar, esse, no âmbito da política de proteção, poderá adotar medidas administrativas como requisição de serviços de educação infantil, medida esta de cumprimento obrigatório por parte da administração pública, mediante requisição formal, deliberada pelo Colegiado do Conselho Tutelar, remetida ao Prefeito ou ao gestor responsável pela área de educação no município.

O artigo 208, III, do Estatuto (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>) trouxe a ação de responsabilidade por ofensa ao direito de atendimento em creche e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

Assim como os demais direitos instituídos, seja pela Constituição Federal ou demais legislações, o direito à educação infantil ou à disponibilização da vaga, cabe a sua judicialização como forma de obrigar o Poder Público a cumprir com seu dever constitucional.

“Quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são de responsabilidade do Estado” (TAVARES, 2017, p. 767-768).

Outro ponto importante trazido no capítulo VII é o disposto no artigo 210 (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), que considera legitimados para propositura das ações cíveis de interesses coletivos ou difusos, em regime de concorrência, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios, bem como as associações legalmente constituídas há, pelo menos, um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Estatuto.



O Estatuto da Criança e do Adolescente garantiu que os direitos de crianças e adolescentes fossem buscados não somente por esses, através da representação, mas criou uma série de legitimados a fim de que eles fossem resguardados.

O Estatuto (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>), em seu artigo 145, trouxe aos estados e ao Distrito Federal a possibilidade da criação de varas especializadas e exclusivas da infância e juventude, cabendo ao Poder Judiciário o estabelecimento da proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive plantões.

O objetivo de tal disposição é o atendimento à proteção integral, por meio de uma equipe multidisciplinar e especializada na matéria. Assim, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, por meio de uma série de ações e procedimentos garantem o acesso às crianças na educação infantil pública.

4 A PROTEÇÃO JUDICIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE AS LISTAS DE ESPERA

4.1 As listas de espera na educação infantil municipal: estudos de casos

Os municípios são a forma de descentralização administrativa do Estado e têm a maior participação política do cidadão, devendo interagir e ser valorizados pelos Estados (TAVARES, 2017).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Constituição Federal, buscou essa descentralização, especialmente no Título das Políticas de Atendimento, o qual dispõe que as políticas de atendimento devem ocorrer de forma conjunta.

A descentralização do atendimento às crianças e aos adolescentes é uma das determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente e, dessa forma, a criança ou o adolescente pode ficar mais próximo de sua família (COSTA; PORTO, 2013).

Em que pese às disposições constitucionais e infraconstitucionais, há crianças que desejam ser colocadas na educação infantil pública e por falta de vagas não são inseridas, não havendo priorização dos recursos e descumprimento das metas do Plano Nacional de Educação. Diante disso, parte dos municípios do Estado criam as chamadas listas de espera para acesso à educação infantil pública, as quais são ilegais, tendo em vista os dispostos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Plano Nacional de Educação.

Uma das principais alegações dos municípios para criação das listas é a insuficiência orçamentária, que impede a abertura de novas vagas ou compra das vagas em escolas particulares. Tal alegação constitui violação do princípio da



prioridade absoluta de crianças e adolescentes, conforme trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, tal alegação não pode ser argumento para violação de direitos fundamentais de crianças uma vez que os direitos dessas não estão vinculados aos critérios da reserva do possível, pois devem ser cumpridos obrigatoriamente e imediatamente.

Diante do relatado acima, buscou-se por municípios que possuem tais legislações criando critérios para seleção e disponibilização das vagas na educação infantil.

O Município de Santa Cruz do Sul, através do Decreto Municipal nº 9.908, de 17 de outubro de 2017 (SANTA CRUZ DO SUL, 2017, <<https://www.santacruz.rs.gov.br>>), normatizou a central de vagas e regulamentou os critérios prioritários para o acesso às vagas na educação Infantil na rede de escolas municipais e nas instituições credenciadas ao Município.

Dentre as disposições do referido Decreto, o artigo 4º estabelece os critérios de prioridade para distribuição das vagas na educação infantil pública, como residir no Município, ser encaminhado por órgão competente em razão de vulnerabilidade social, filho de mãe adolescente e grau socioeconômico da família.

Ainda, o § 3º do artigo 5º do Decreto Municipal nº 9.908, dispõe que “a inscrição não caracteriza garantia de vaga imediata, mas somente por meio dela as crianças serão chamadas para o preenchimento das vagas disponíveis” (SANTA CRUZ DO SUL, 2017, <<https://www.santacruz.rs.gov.br>>).

De forma, o Município de Santa Cruz do Sul, ao estabelecer critérios de priorização de disponibilização de vagas na educação infantil pública, buscou a organização do atendimento no município, mas, também, restringiu o acesso à educação de crianças que não se enquadram nos critérios estabelecidos.

No mesmo contexto da legislação do Município de Santa Cruz do Sul, a Lei Municipal nº 5.793/2013, do Município de Canoas (CANOAS, 2013, <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/canoas>>), criou critérios, bem como exigiu inscrição prévia para acesso à educação infantil, contudo, a Lei foi considerada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado em desfavor do Município e da Câmara de Vereadores de Canoas (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<https://www.tjrs.jus.br>>). Tal ação, bem como o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado, será tratada no tópico correspondente à respectiva posição.

Quanto às alegações dos Municípios, conforme se verifica da defesa apresentada pelo Município de Canoas, nos autos da ação que lhe foi movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, de acordo com o Acórdão do Reexame necessário



nº 70011117165, proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<https://www.tjrs.jus.br>>) foi no sentido da insuficiência financeira e da impossibilidade de suportar a demanda em razão da insuficiência de vagas.

Outra tese usada pelo Município de Montenegro, nos autos da ação movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em seu desfavor, conforme o Acórdão do Agravo de Instrumento nº 70013005954, proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<https://www.tjrs.jus.br>>) foi da impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito de questões próprias do Poder Executivo, a quem compete a distribuição dos recursos.

Dessa forma, diante da doutrina, das legislações municipais editadas sobre o assunto, bem como das alegações nas demandas judiciais, pode-se dizer que a posição dos municípios do Rio Grande do Sul, em relação às listas de espera para acesso às escolas municipais de educação infantil é no sentido de que tal procedimento visa organizar o orçamento municipal e que o Poder Judiciário e o Ministério Público não poderiam interferir em tal situação, uma vez que violaria o princípio da separação dos poderes em razão de ordenar a distinção de verba pública a casos não previstos na Lei Orçamentária.

4.2 A posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dada a importância do Ministério Público na defesa dos direitos, inclusive de crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente dedicou o Capítulo V para tratar de suas competências e atribuições.

O artigo 211 do Estatuto (BRASIL, 1990, <<https://www.planalto.gov.br>>) confere ao Ministério Público, União, estados, municípios, Distrito Federal e aos territórios a possibilidade de tomar compromisso de ajustamento de conduta, em relação à existência de violação de direitos por descumprimento da legislação, sendo que tal documento terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Com relação à posição do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP/RS ao direito à educação infantil e, conseqüentemente, às listas de espera para acesso à educação infantil, conforme pesquisa na sua página na internet, o ente ministerial tem atuado, administrativamente, no sentido de atendimento, por parte dos municípios, das demandas de vaga em creche, bem como na diminuição ou



extinção das listas de espera.

O MP/RS tem firmado Termos de Ajustamento de Conduta com os municípios nos quais existam a demanda represada por vagas na educação infantil, para que se tenha a implementação de políticas públicas que visem o atendimento integral das crianças. Ainda, caso haja o inadimplemento das obrigações pactuas, é arbitrada multa diária.

O Termo de Ajustamento de Conduta firmado nos autos do Inquérito Civil nº 00864.00087/2011 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2015, <<https://www.mprs.mp.br>>) entre o Ministério Público e o Município de Unistalda estabeleceu cláusulas obrigacionais para que o município tomasse providências, inclusive orçamentárias, para que atendesse até o ano de 2016 50% das crianças residentes naquela localidade, bem como estabeleceu multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por vaga não ofertada.

O Município de Xangri-Lá, nos autos do Inquérito Civil nº 00949.00009/2007, também firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2008, <<https://www.mprs.mp.br>>), estabelecendo cláusulas no sentido de ações para extinção das listas de espera, e fixando multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, no caso de descumprimento.

Na mesma esteira dos Municípios de Unistalda e Xangri-lá, o MP/RS firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o Município de Chapada nos autos do Inquérito Civil nº 00742.00020/2012 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2012, <<https://www.mprs.mp.br>>), no sentido de extinção da lista de espera por vagas na educação infantil pública.

Os Termos de Ajustamento de Conduta trazidos acima são exemplificativos, uma vez que são diversos e firmados entre o Ministério Público do Rio Grande do Sul e os municípios do Estado.

Além de sua atuação na forma administrativa, o MP/RS também atua através da judicialização das demandas de vaga em creche por meio das Ações Cíveis Públicas.

Na Ação Civil Pública ajuizada em desfavor do Município de Santo Antônio da Patrulha, visando à disponibilização da vaga em creche municipal, conforme o Acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº 70008934168 (RIO GRANDE DO SUL, 2004, <<https://www.tjrs.jus.br>>), o Ministério Público alegou que “o direito à cidadania, compreende o direito à creche e pré-escola, sendo evidente o risco de dano em manter crianças de tenra idade em ambiente sem qualquer amparo.”.

Ainda, conforme Acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos autos do Agravo de Instrumento nº 70066218645



(RIO GRANDE DO SUL, 2015, <<https://www.tjrs.jus.br>>), o Ministério Público também ajuizou Ação Civil Pública contra o Município de Campo Bom, requerendo a disponibilização de vaga em escola próxima à residência da criança ou, caso a disponibilização da vaga ocorresse em escola distante, também o fornecimento do transporte, sendo mantida a decisão da primeira instância que concedeu os pedidos.

Dessa forma, diante das atribuições constitucionais e infraconstitucionais do Ministério Público, bem como as ações administrativas, através dos Inquéritos Cíveis e judiciais, através das Ações Cíveis Públicas, pode-se afirmar que a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação ao direito à educação infantil e as listas de espera para acesso às vagas em creche é de que tal direito fundamental social não deve sofrer restrições, bem como no sentido de impor aos municípios do Estado que criem políticas públicas para atendimento integral da demanda e extinção das listas de espera.

4.3 A posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera

O Judiciário, em sua atribuição constitucional, quando provocado, deve assegurar que não haja nenhuma violação de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dedicou o título VI para tratar do acesso à justiça, das varas da infância e da juventude, do juiz e dos serviços auxiliares, no que diz respeito à tramitação de demandas que envolvam crianças e adolescentes. Tais disposições mostram a importância do Poder Judiciário, em especial das varas da infância e da juventude, na efetivação dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes.

No que se refere ao posicionamento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera, o Órgão manifesta-se que o direito à educação infantil pública não pode sofrer nenhum tipo de restrição por parte do poder público municipal, que deve assegurar o direito sem qualquer requisito prévio.

No Acórdão proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação nº 70076498179 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<https://www.tjrs.jus.br>>), os Desembargadores, por unanimidade, entenderam que é desnecessária a inscrição prévia em lista de espera para obtenção de vaga em educandário da rede pública municipal de ensino, uma vez que se trata de garantia constitucional.

No mesmo sentido, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 70073865412 (RIO GRANDE DO SUL, 2018, <<https://www.tjrs.jus.br>>), reconheceu, por unanimidade,



o dever dos municípios em fornecer a vaga em creche pública não podendo a norma orçamentária se sobrepor à norma constitucional.

Ademais, conforme Acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado em desfavor do Município e da Câmara de Vereadores de Canoas (RIO GRANDE DO SUL, 2015, <<https://www.tjrs.jus.br>>), por unanimidade, os desembargadores declararam inconstitucional a Lei Municipal nº 5.793/13, que criava critérios de seleção e preferência para distribuição das vagas na educação infantil, tais como: prioridade às crianças vinculadas a famílias de menor poder aquisitivo, comprovação de renda de ambos os pais ou responsáveis, comprovação de insuficiência de recursos, bem como o sorteio de vagas.

Da análise das decisões é possível afirmar que, no mesmo entendimento do Ministério Público Estadual, a posição da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é que a educação infantil é direito que não deve sofrer restrições, de que não há a necessidade da criança aguardar em lista de espera para fornecimento da vaga, devendo o município disponibilizá-la tão logo seja solicitada, bem como de que são inconstitucionais legislações que criam critérios ou requisitos para distribuição das vagas nas escolas municipais de educação infantil.

5 CONCLUSÃO

As primeiras creches surgiram somente no século XX, com o propósito de acalmar a população que era intolerante à exploração do trabalho, elas são assistencialistas e destinadas para que os pais pudessem realizar suas atividades laborais.

A educação infantil foi trazida pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social, criando uma obrigação positiva por parte do Estado na promoção de políticas públicas para o desenvolvimento de condições reais de acesso à educação infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação vieram para reafirmar o disposto na Constituição, podendo-se afirmar que, analisando o contexto histórico da educação infantil no Brasil, com o passar das décadas o país evoluiu e criou mecanismos e exigência desse direito, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

Com relação à educação infantil no Direito da Criança e do Adolescente, a teoria da proteção integral traz que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e gozam de prioridade absoluta na efetivação desses em todas as esferas.



Quanto à garantia de acesso universal à educação infantil nas políticas públicas municipais de atendimento, o poder público, dentro de suas atribuições, deve verificar as demandas locais e elaborar e executar políticas públicas para supri-las. Tais ações devem ser realizadas em conjunto com o sistema de garantias de direitos e de educação.

Como política de atendimento à educação infantil destaca-se a Meta 1 do Plano Nacional de Educação, a qual criou estratégias para concretização do direito à educação infantil, bem como norteou a organização das políticas de atendimento em cada município.

Em alguns municípios, as listas de espera para acesso à educação infantil fazem parte dessas políticas, criando critérios para disponibilização das vagas como condição econômica da família ou do trabalho dos pais. Contudo, não se pode aceitar tais listas, uma vez que a educação infantil constitui direito da criança, tutelando seu desenvolvimento educacional, independentemente de qualquer requisito.

Ainda em relação aos critérios de classificação, bem como à publicização das listas de espera, em que pese o texto constitucional não traga nenhuma restrição ao direito à educação infantil, diversos municípios criam, através de decretos ou leis municipais, critérios de seleção e/ou preferência para acesso às vagas disponíveis na rede pública de ensino. Todavia, tais critérios acabam por se constituir em uma violação de direitos, pois a Constituição Federal ou leis infraconstitucionais não trazem nenhuma distinção para o exercício do direito à educação infantil, devendo os administradores públicos prezarem pelo cumprimento da obrigação constitucional.

Com relação aos procedimentos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil, o Conselho Tutelar possui importante papel na busca de concretização do direito, com atribuição para requisitar administrativamente a vaga ao Executivo e, no caso da negativa, informar o Ministério Público.

Portanto, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações infraconstitucionais, por diversos procedimentos e ações, criaram mecanismos para garantia de acesso à educação infantil nas escolas municipais de educação infantil.

Ainda, foi verificado que uma das principais alegações dos municípios é a insuficiência orçamentária que impede a criação de novas vagas na rede pública ou a compra de vagas na rede privada, todavia, tal alegação constitui violação do princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Como estudos de casos, analisou-se o Decreto Municipal nº 9.908, do Município de Santa Cruz do Sul, o qual normatizou a central de vagas e regulamentou os critérios prioritários para o acesso às vagas na educação infantil do Município, e que restringe o acesso à educação de crianças que não se enquadram no estabelecido, tornando-se totalmente ilegal. Também o Município de Canoas, através da Lei Municipal



nº 5.793/2013, criou critérios para acesso à educação infantil, contudo, tal Lei foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Ademais, foi averiguado que a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera afirma que o direito à educação infantil não deve sofrer restrições, bem como atribui aos municípios do Estado o dever de criação de políticas públicas para atendimento integral da demanda, visando extinção das listas de espera, conforme demonstrado pelos diversos termos de ajustamento de conduta propostos.

Por fim, da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação às listas de espera, pode-se afirmar que o entendimento do Tribunal é no sentido de que a educação infantil é direito que não deve sofrer restrições, de que não há necessidade do aguardo em lista de espera para fornecimento da vaga, devendo o município disponibilizá-la tão logo seja solicitada, bem como de que são inconstitucionais legislações que criam critérios ou requisitos para distribuição das vagas nas escolas municipais de educação infantil. Portanto, conclui-se pela ilegalidade a necessidade de aguardo em lista de espera para acesso à educação infantil pública.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. **Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**. 2011. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br>>. Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 set. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

_____. Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

CANOAS. **Lei nº 5.793, de 04 de dezembro de 2013**. Altera a Lei nº 5.456, de 17 de dezembro de 2009, que dispõe sobre a matrícula em vagas públicas para os níveis



de ensino infantil e fundamental regulares de educação no município de Canoas. Canoas, RS, 04 dez. 2013. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br>>. Acesso em: 22 de abr. 2018

COSTA, M. M. M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: REIS, J. R. Dos (Org.); LEAL, R. G. (Org.). **Direitos sociais & políticas públicas**: desafios contemporâneos. t. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1709-1729.

_____.; PORTO, R. T. C. **Revisando o ECA**: notas críticas e observações relevantes. Curitiba: Multideia, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Termo de Ajustamento de Conduta IC. 00949.00009/2007**. Capão da Canoa, 06 de maio de 2008. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Termo de Ajustamento de Conduta IC. 00742.00020/2012**. Carazinho, 27 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Termo de Ajustamento de Conduta IC.00864.00087/2011**. Santa Maria, 13 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://transparencia.mprs.mp.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564**. Proponente: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Município de Canoas e Câmara de Vereadores do Município de Canoas. Interessado: Procurador-Geral do Estado. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Porto Alegre, 21 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70008934168**. Agravante: Município de Santo Antônio da Patrulha. Agravado: MP. Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco. Porto Alegre, 21 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70013005954**. Agravante: M.M. Agravado: C.T. Agravado: MP. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 30 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70066218645**. Agravante: M. C. B. Agravado: M.P. Interessado: C. H. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 22 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70073865412**. Apresentante: J. A. D. Apelante: M. A. G. Apelado: MP. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 30 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr.2018.



_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076498179**. Apelante: M. P. A. Apelado: K. P. P. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 08 de março de 2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Reexame Necessário nº 70011117165**. Apresentante: J. V. I. J. C. Autor: MP. Réu: M.C. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SANTA CRUZ DO SUL. **Decreto Municipal nº 9.908, de 17 de outubro de 2017**. Normatiza a Central de Vagas e regulamenta os critérios prioritários para o acesso às vagas na Educação Infantil na Rede de Escolas Municipais e nas instituições credenciadas ao Município de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, RS, 17 out. 2017. Disponível em: <<http://www.santacruz.rs.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DA EXPOSIÇÃO INDEVIDA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

*Karina Côrtes da Costa*¹

*Veridiana Maria Rehbein*²

1 INTRODUÇÃO

A imprensa desempenha um relevante papel na sociedade, pois é um instrumento veiculador de fatos e notícias que ocorrem diariamente, sendo a divulgação de determinada informação a que pode salvar vidas, como no caso de alertar sobre possíveis catástrofes naturais ou manter a população informada como no caso do cenário político do país, garantindo, assim, o pleno exercício democrático.

Além disso, a mídia impulsiona o desenvolvimento cultural, define conceitos e com o avanço da tecnologia nos últimos anos, adquiriu meios de comunicação mais sofisticados e a forma de comunicar se modernizou. As informações de todas as partes do mundo chegam aos indivíduos com maior rapidez, tornando a sociedade mais informada e atualizada e, portanto, contribuindo para a formação da personalidade das pessoas.

A tecnologia proporcionou aos meios de comunicação a possibilidade de acessar e formular as notícias com maior facilidade e, dependendo do modo como for divulgada, poderá induzir à convicção e crenças da sociedade. Porém, mesmo tendo a liberdade de informar, a imprensa deve primar pela verdade e transparência, pois é formadora de opinião pública.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1994) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2002). Advogada desde 1995 e Professora Universitária desde 2003. Atualmente é professora da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul e CEISC - Cursos Preparatório Ltda. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Consumidor, Direito Ambiental e Urbanístico, Autocomposição Judicial e Responsabilidade Civil. Coordenadora dos projetos de Extensão desenvolvidos pela Universidade de Santa Cruz do Sul denominados Balcão do Consumidor Itinerante e Tratamento das Situações de Superendividamento dos Consumidores, no período compreendido entre setembro de 2009 e dezembro de 2015. Conciliadora certificada pela AJURIS - Escola Superior da Magistratura em 29 de maio de 2013. Mediadora Judicial em formação desde 2014.



Nota-se que a busca pelo ganho financeiro induz ao entretenimento sem conteúdo, sem critério de interesse público, como cultura, lazer, economia e a divulgação rápida de matérias sensacionalistas que priorizam altos índices de audiência e, conseqüentemente, o lucro. Logo, para poder alcançar vultosos rendimentos a busca pela verdade dos fatos fica prejudicada.

Muitas vezes, dependendo do fato ocorrido ou da necessidade de divulgação rápida, os elementos das informações divulgadas nem sempre são verídicos, ocasionando desvio de limites éticos e morais pela imprensa e ofensa ao princípio da dignidade humana.

Mesmo que os meios de comunicação tenham a liberdade de poder informar e a sociedade tenha o direito de ser informada, não pode ser feito de forma abusiva, pois esses excessos podem causar prejuízos de caráter moral e também material às pessoas citadas.

O presente estudo versa sobre a reparação civil por danos causados em decorrência da exposição indevida nos meios de comunicação, pois todo o cidadão tem direito a ter preservada sua dignidade, honra, imagem e privacidade dos excessos abusivos da mídia, que exerce forte influência nas decisões sociais e que deveria buscar cada vez mais a imparcialidade em suas divulgações, para proteção de toda a sociedade.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PESSOA EXPOSTA NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 o ordenamento jurídico concedia proteção preeminente ao patrimônio, porém, a partir da carta magna, o homem passou a ser o centro da atenção, onde se alteou a dignidade humana e com isso concedeu-se a ele vários direitos e garantias fundamentais, que são os maiores valores do homem.

Consagrou-se uma nova concepção humanista do direito civil com a proteção do sujeito por sua condição de pessoa e não mais por seu patrimônio. A Constituição Federal de 1988, mesmo que tardiamente, incorporou o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio central e estimulou a interlocução entre o direito público e o direito privado. Em um segundo momento, especialmente a partir dos anos 1990, esse movimento de constitucionalização do direito privado passou a repercutir nas decisões dos tribunais superiores, um exemplo desse processo de humanização foi o avanço na responsabilidade civil a partir de entendimentos que conferem maior proteção à vítima.

O ser humano tem direito a uma vida digna e ao bom convívio com todos, para isso acontecer é necessário que o ordenamento jurídico busque e proteja



estes direitos, que são fundamentais para o bem comum. Esses direitos e garantias fundamentais correspondem às necessidades especiais do ser humano e também protegem o cidadão das ações dos seus iguais e do Estado. Mesmo que este cidadão tenha cometido ato ilícito, deve ter seus direitos protegidos e resguardados, a repressão estatal deve observar o estrito cumprimento do dever legal e a imprensa, por sua vez, não pode abusar do direito de informar.

O princípio constitucional da dignidade humana inspira os direitos fundamentais, mesmo que alguns desses direitos não tenham uma ligação direta com ele, este vai criar preceitos para limitar o poder, prevenindo a arbitrariedade e a desigualdade (MENDES; BRANCO, 2012).

A dignidade humana é um preceito que deve abranger a coletividade, pois vai nortear as condutas do Estado perante as pessoas e também de indivíduo com indivíduo, delimitando as condutas que podem ser praticadas, conforme as circunstâncias e o ambiente cultural (BAHIA, 2017).

Segundo Bittar (2015) é de extrema importância desenvolver a consciência da população em relação à dignidade humana, assim garantindo aos cidadãos sua autonomia e o progresso da cultura. Para isso, também é relevante o acesso aos direitos da personalidade, com a população informada sobre sua existência e capazes de requerê-los perante a menor possibilidade de ameaça.

A personalidade é uma das características da pessoa humana e não é um direito, mas as pessoas terão direitos que serão transmitidos pela personalidade, pois ela ratifica os direitos e deveres que dela irradiam, além disso, a personalidade concede o direito de a pessoa “defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra [...]” (TELLES JR., 1977 apud DINIZ, 2014, p. 132).

Conforme Bittar (2015) os direitos da personalidade foram promovidos pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no artigo 12, posteriormente, no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 e no Pacto Internacional das Organizações das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos. No direito interno, além de expressamente elencados no artigo 5º da Constituição Federal, tem-se um capítulo no Código Civil de 2002 dedicado aos direitos da personalidade: Capítulo II: dos direitos da personalidade, artigos 11 ao 21.

Para proteger seus bens mais preciosos, como a vida e os atributos da personalidade, como a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade e a honra, o sujeito deve usufruir do direito da personalidade. Esses direitos derivados da personalidade são muito importantes e têm grande destaque na Carta Magna, então uma ofensa a estes seria um elemento qualificador de dano que pode levar a uma possível reparação por dano moral e material através da reponsabilidade civil (DINIZ, 2014).



2.1 Direito à imagem

Para Miragem (2015) a imagem tem duas concepções, uma delas é a projeção social das características do indivíduo para sociedade, sendo esta percebida pelos demais e que não pode ser confundida com honra. E a outra concepção é da imagem física, podendo ser retratada em pinturas, esculturas ou fotografias, além de abranger também as imagens obtidas por filmagens, representação cênica e encenação.

É necessário compreender que o conceito de imagem não é só o de reprodução da imagem física, mas também haverá reprodução de imagem quando houver a expressão da personalidade daquela pessoa. A divulgação da imagem não é somente ter sua imagem física exposta, mas também as características morais, que são as características da personalidade (FERRARI, 2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).

No que tange ao direito à proteção da imagem, importa esclarecer que os direitos de personalidade podem ser percebidos e tratados sob dois aspectos: um negativo, de proteção contra qualquer ofensa ou ameaça; e um positivo, relacionado à possibilidade, mesmo que relativa, de disponibilidade desses direitos, como ocorre justamente na cessão do direito de imagem.

A imagem destaca-se como um dos direitos da personalidade mais desrespeitados pelo seu uso indiscriminado, principalmente pela publicidade para efeitos de divulgação com finalidade econômica. Havendo a disposição contratual, onde o indivíduo escolhe de que forma e quais partes de seu corpo serão divulgadas, e a divulgação acontecendo dentro de seus limites, não há que se falar em danos, porém, muitas vezes, o veículo excede os limites contratuais e divulga em desconformidade com o que foi pactuado (BITTAR, 2015).

No uso da imagem não pode haver nenhum ato que importe em prejuízo aos demais direitos da personalidade, como a honra, a intimidade e a privacidade, tanto antes quanto depois da sua divulgação. Em razão das novas tecnologias, principalmente com o uso da internet, o controle da exploração excessiva da imagem tem se tornado cada vez mais difícil, em razão das suas infinitas possibilidades de utilização (BITTAR, 2015).

Além do Código Civil de 2002, encontra-se o direito de imagem protegido também pelo Conselho da Justiça Federal/STJ, no seu enunciado 278 que foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil, “a publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes à determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação ao direito da personalidade” (BRASIL, 2006, <<http://www.cjf.jus.br>>).

Este também é o entendimento de Miragem (2015), pois o sujeito tem o poder de decisão sobre a divulgação ou não de sua imagem, e quando houver a reprodução não autorizada – ou fora dos limites contratuais – gera o direito à reparação.



2.2 Direito à honra

A honra também é um atributo da personalidade e associa-se à qualidades da pessoa como decoro, honestidade e bravura. Deriva da dignidade da pessoa e também do reconhecimento individual pela sociedade e estima por si mesmo. “Trata-se de um lado da consciência pessoal sobre os próprios atributos e qualidades, e de outro, do reconhecimento social sobre essas características pessoais” (MIRAGEM, 2015, p. 190).

Para Godoy (2015) a honra se divide em duas categorias, a subjetiva que seriam os sentimentos do próprio indivíduo para com ele, como autoestima e a consciência do seu próprio valor. Já a honra objetiva seria a concepção do indivíduo perante a sociedade, a sua fama e reputação.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, <<http://www.onu.org.br>>) de 10 de dezembro de 1948, assegura o direito à honra, “ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O que pode impactar o direito à honra e o resguardo da dignidade humana são falsas acusações de autoria de crimes, alegações de que a pessoa realizou ações que comprometam sua reputação, ou pela calúnia, injúria ou difamação, prejudicando a visão que a sociedade tem desta pessoa e causando muitas vezes um julgamento social injusto, acarretando prejuízo às relações familiares, profissionais ou à própria autoestima do indivíduo (BITTAR, 2015).

Segundo Miragem (2015), caso houver dano à honra, desde que demonstrado a qualidade existente e o fato causador da desonra, pode-se buscar reparação.

2.3 Direito à intimidade e à privacidade

Para sua divulgação é importante que a informação seja de relevância pública, pois de outro modo afetará a privacidade da pessoa, havendo lesão aos direitos de intimidade e privacidade.

A intimidade e a privacidade são duas importantes condições da personalidade devido ao difícil controle da divulgação de informações que derivam do estímulo à exibição pessoal indiscriminada decorrentes da vida moderna. Esses institutos são parecidos, mas foram tratados pela Carta Magna como distintos. Para Miragem (2015), a intimidade é um universo exclusivo, que será de conhecimento de cada pessoa, sem reprodução à sociedade e à privacidade, seria o indivíduo viver a própria vida sem intromissões.

Para Godoy (2015), a privacidade e a intimidade têm estreita relação, e a intimidade é menos ampla, sendo um núcleo da privacidade que é o próprio modo



de vida da pessoa. A intimidade abrange também o segredo, que serve para manter indisponível a outros as comunicações pessoais do indivíduo, a preservação do sigilo doméstico e familiar, além da inviolabilidade do domicílio. Todos têm uma vida pública e a limitação de sua privacidade dependerá da sua profissão, da obrigatoriedade e da vontade de exposição.

O direito à privacidade abrange todas as manifestações da vida privada e íntima das pessoas, são as informações do indivíduo que pode optar por mantê-las em sigilo ou divulgá-las para quem, quando ou onde quiser, sendo isso uma forma de desenvolver sua personalidade e de garantir a sua dignidade (GODOY, 2015).

Devido às novas formas de comunicação tecnológica e à exposição promovida pelo próprio sujeito através da rede mundial de computadores, esse direito vem ganhando maior destaque, porque tem certos aspectos da vida particular e da personalidade que as pessoas não desejam que terceiros tomem conhecimento (BITTAR, 2015).

A privacidade não está garantida somente quando o indivíduo está em sua residência, mas também na rua, no trabalho, na faculdade; abrange também suas manifestações intelectuais ou escritas e todos os acontecimentos que entende de foro íntimo, protegidos da curiosidade alheia (GODOY, 2015).

Este direito está estabelecido no artigo 21 do Código Civil de 2002, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.com.br>>).

2.4 Liberdade de expressão

Não obstante a garantia do direito à privacidade, sabe-se que a Constituição Federal também protege a liberdade de expressão e que a convivência entre ambos nem sempre se dará de forma pacífica. Mesmo que o direito de liberdade de expressão seja constitucional, não poderá exceder os limites da razoabilidade, buscando sempre respeitar os direitos fundamentais.

Nos dias atuais é extremamente importante que as pessoas tenham acesso à informação para o desenvolvimento de sua personalidade e cidadania, assim a sociedade será democrática. Para que isso ocorra a imprensa deve desempenhar suas funções com ética.

O homem tem a necessidade de manifestar suas opiniões e valores, mas precisa estar ciente que tem liberdade para isso, sendo assim, é de extrema importância a liberdade de expressão tutelada no ordenamento jurídico. Nem todos os pensamentos e opiniões podem ser divulgados, assim é necessário que os meios que realizam essa divulgação sejam regulados (BASTOS, 2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).



A liberdade de expressão foi consagrada no nosso ordenamento jurídico para garantir as manifestações culturais, artísticas, a criação e a manifestação do pensamento, assim os indivíduos podem externar suas criações sem medo de uma futura punição (BASTOS, 2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948, <<http://www.onu.org.br>>) de 10 de dezembro de 1948, assegurou em seu artigo 19 a liberdade de expressão, “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”, além disso este direito também está tutelado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso IV.

De acordo com Carvalho (1994 apud MIRAGEM, 2015 p. 660-661), a liberdade de informação divide-se em elementos, “faculdade de investigar; dever de informar, direito de informar, direito de ser informado, e faculdade de receber ou não a informação”. Segundo o autor, deve-se observar alguns princípios como a autonomia, a verdade e o interesse da coletividade.

A prática de atividades de imprensa, como a publicação e manifestação da opinião está compreendida na liberdade de imprensa, que tem como objetivo a proteção do exercício da comunicação pelos meios em geral. A divulgação de informações é prática da liberdade de informação, onde se manifesta um pensamento ou inspiração humana através da razão. Ainda para Miragem (2015), a liberdade de informação constitui-se nos direitos fundamentais de ouvir, ter acesso e propagar informações, sempre observando a adequação jurídica entre o conteúdo da informação divulgada e o acontecimento que ela expõe.

Vinculada à liberdade de expressão está a liberdade de imprensa, que associa-se aos meios que se utilizam desses direitos para exercerem suas atividades, os meios de comunicação. A liberdade de imprensa respalda a divulgação de fatos e informações e a expressão de opiniões e críticas por estes meios (MIRAGEM, 2015).

Consoante Godoy (2015), a liberdade de informação decorre do direito de informar e garantir informações para a coletividade e disso advém a liberdade de imprensa, onde os órgãos de comunicação terão autonomia de divulgar e manifestar opiniões sobre assuntos e fato ocorridos. Para o autor, a liberdade de imprensa propicia o acesso à informação, garantindo à sociedade a formação de conceitos e auxiliando na formação da democracia.

Referente à liberdade de expressão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815, que foi julgada procedente em 10/06/2015 pelo Supremo Tribunal Federal, declarou ser inexigível o consentimento prévio para autorização de biografias. Segundo o entendimento da Ministra Carmen Lúcia, o conteúdo desta ação se refere ao conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, entendendo que não



pode haver censura prévia à liberdade de informar, uma vez que na ocorrência da violação da personalidade, intimidade, honra ou imagem, haverá a reparação por indenização (BRASIL, 2015, <<http://www.stf.jus.br>>).

A liberdade de expressão está vinculada aos interesses coletivos, em razão do direito de informação, e na maioria das vezes o coletivo será predominante em relação ao particular, porém, deve-se sempre observar se o que está sendo divulgado realmente atende aos interesses da população ou são meras especulações para maior audiência e ganho financeiro por parte dos meios de comunicação.

2.4.1 Limitações à liberdade de expressão nos meios de comunicação

Devido a tantas possibilidades de informar, por veiculação da notícia, crítica ou opinião do interlocutor, os direitos da personalidade podem ser desrespeitados, como quando as informações ou imagens de indivíduos são divulgadas sem consentimento ou são deturpadas. Diante disso prevalece a dúvida de qual direito deve ceder, o de informar ou ser informado ou o da preservação dos direitos da personalidade, pois entre eles não há hierarquia e estão no mesmo parâmetro constitucional. Assim, entende-se que este problema pode ser solucionado com a ponderação de interesses, ocorrendo, muitas vezes, a limitação da liberdade de expressão (GODOY, 2015).

A limitação à liberdade de expressão está prevista na Constituição Federal de 1988 e a exigência de verdade nas publicações pelos meios de comunicação é fator predominante. A prova da veracidade pode afastar a responsabilidade civil, desde que tenha se respeitado a privacidade e a intimidade. Além disso, deve-se atenção à honra e à dignidade pessoal, pois ninguém deve ser tratado como objeto para satisfação de algum interesse. Isto é o que determina Mendes e Branco (2012). Os autores também trazem o seguinte entendimento:

O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples motivadora da curiosidade de terceiros, como algo ligado à única função de satisfazer instintos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vistas a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 316).

O texto constitucional introduziu limitações à liberdade de expressão e comunicação, dentre elas está a proibição ao anonimato, o direito de resposta e a inviolabilidade da personalidade e intimidade, sendo esta tensão entre direitos chamada de colisão entre direitos fundamentais. Uma das violações dos limites ocorre quando, ao relatar a conduta de uma pessoa, é imputado a ela atos ou condutas que não cometeu, assim é legítima a busca pela reparação, pois houve violação aos



direitos da personalidade (MENDES, 2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).

Mesmo que a imprensa tenha o dever de informar em razão do bem social, deve-se limitar aos fatos verídicos, sem criá-los, manipulá-los ou distorcê-los, sempre primando pela dignidade da pessoa humana, divulgando somente aquilo que for verídico e assim protegendo os direitos de personalidade.

Caso este limite não for respeitado e o que for divulgado, transmitido ou noticiado afetar a vida de alguém, tanto moralmente quanto financeiramente, esse indivíduo poderá buscar a responsabilização deste meio de comunicação através da responsabilidade civil.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO

Não se pode negar a importância da liberdade de expressão, ainda mais em um país em que a censura é proibida, porém, mesmo diante de sua relevância, este direito não é absoluto diante de qualquer outro. Os direitos fundamentais estão nivelados e não podem ser hierarquizados, por isso quando há conflito entre o direito à liberdade de expressão e os da personalidade, para a solução deverá ser usado o critério da ponderação do caso concreto.

Por isso, quando a liberdade de informar não for exercida de maneira responsável, quando houver a desinformação do caso concreto, confusão com as palavras, manifestações desnecessárias para a exposição de ideias e formulação de críticas, haverá ofensa aos direitos da personalidade e, portanto, passível de reparação. Diante disso, é importante o estudo da responsabilidade civil e das formas de indenização dos danos causados.

A responsabilidade civil está ligada à compreensão cultural da consciência das falhas na conduta humana, os perigos a que se expõe os indivíduos e o modo como agem para aceitá-los. Ela está inserida no campo das relações obrigacionais e o objeto desta relação jurídica é a obrigação de reparar. Aquele que for causador do dano, ou que for responsável pelo dano causado à vítima segundo a lei deverá ressarcir os prejuízos causados, e o pagamento deverá ser capaz de compensar o dano sofrido. Esta indenização servirá para reparar prejuízo econômico, quando dano patrimonial ou para compensar danos extrapatrimoniais, que são impassíveis de apreciação econômica e servem para trazer tranquilidade e descanso à vítima (MIRAGEM,2015).

Para Miragem (2015 p. 28):

Aumentam as hipóteses em que a lei reconhece a responsabilidade pelo dever de indenizar, especialmente a partir do desenvolvimento econômico e tecnológico dos últimos séculos, que dão causa a



um sensível aumento de riscos de dano, em face do surgimento de novas máquinas e invenções, mas também pelo aumento sensível da população no último século e a crescente urbanização da vida contemporânea.

O sentimento de justiça faz com que se obrigue o indivíduo causador do dano a repará-lo, fazendo com que o equilíbrio que havia entre o agente e a vítima tente ser restabelecido. Para que se restabeleça o equilíbrio deve haver a reparação integral do dano, sendo essa uma função primordial da responsabilidade civil (CAVALIERI, 2014).

Entende Cavalieri (2014) que o dano é o ponto central da responsabilidade civil em relação à obrigação de indenizar, porque mesmo que não houve culpa ao cometer o ato, ocorrerá o dano e, na maioria das vezes, o dever de ressarcir. Em relação aos danos causados pelos meios de comunicação, a conduta do agente gera consequências, mesmo que tenha sido sem culpa ou dolo, pois em regra é o resultado do ato que acarretará a responsabilidade de indenizar.

Esta obrigação de indenizar encontra-se na súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, “são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação (BRASIL, 1999, <<http://www.stj.jus.br>>).

Há vários critérios que classificam os danos, originando espécies variadas, sendo a diferença entre dano patrimonial e extrapatrimonial a principal delas. Patrimonial decorre de prejuízo financeiro ou perda de lucro futuro, sendo subespécies o dano emergente e o lucro cessante. A extrapatrimonial é em decorrência de ofensa às condições da personalidade e geralmente não tem relação com perda econômica e suas subespécies (MIRAGEM, 2015).

Além disso, em decorrência de divulgações desabonatórias à sua pessoa, o sujeito pode perder oportunidades de negócios, profissionais e até pessoais, acarretando em prejuízos futuros, o que pode configurar, inclusiva, a perda de uma chance, que também deve ser reparada.

4 MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL E SUA RESPONSABILIZAÇÃO

No mundo foram desenvolvidas várias formas de comunicação devido ao aumento populacional e a necessidade de levar as informações para um elevado número de pessoas, sem necessitar que uma pessoa física o fizesse. Assim, surgiu a comunicação social que é mais eficaz que a comunicação individual (BASTOS, 2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).

Uma sociedade esclarecida e com opinião pública livre é muito importante para



a democracia, e para a construção desta sociedade democrática é necessário a liberdade de expressão, que justifica e assegura o exercício dos meios de comunicação social (MIRAGEM, 2015).

Sobre os meios de comunicação social Bastos (2011, <<https://proview.thomsonreuters.com>>), entende:

São considerados meios de comunicação social os espetáculos públicos, que englobam os cinematográficos, teatrais, shows artísticos (todos ligados às manifestações corporais), jornais, cartazes, panfletos, outdoors, livros, revistas, rádios, e os canais de televisão. Vale destacar que a evolução da tecnologia aliada à globalização de mercado propiciaram o surgimento do mais novo meio de comunicação social: a Internet. Como se sabe, trata-se de uma rede mundial de comunicação por computador onde é feito o uso de correio eletrônico e transferências de programas e arquivos de som, imagem e texto digitalizado [...].

Para que ocorra a proporcionalidade entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade é necessário que a informação noticiada seja de interesse público, ademais, é importante que o jornalista, ou quem esteja viabilizando a informação reúna todos os dados do fato ocorrido. Portanto, é imprescindível que se contate todos os envolvidos ou aqueles que tenham informações sobre o acontecimento, exercendo uma função investigativa, removendo dúvidas sobre a verdade dos fatos. O que limitará a divulgação da história é a análise de sua relevância e se não acarretará danos na vida privada do indivíduo (MIRAGEM, 2015).

A liberdade de imprensa tem a função institucional da informação pautada pelo interesse público e tem o compromisso de preocupar-se com publicações ou transmissões de cunho sensacionalista ou falso, pois estes podem causar danos irreparáveis (GODOY, 2015).

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 o Supremo Tribunal Federal entendeu que “ a imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública” (BRASIL, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>).

Na realização da atividade de imprensa, exercida pelos meios de comunicação, deve-se observar alguns deveres importantes, como o cuidado geral com o que se publica, adotando medidas para evitar a ocorrência de danos. Devendo também analisar consequências que a publicação pode gerar, não emitindo juízo de valor sem conhecer todos os lados da história. Referente a isso, é bastante sensível a questão de divulgação de notícias sobre investigações criminais em andamento, pois existe o princípio da presunção da inocência, estabelecido no artigo 5º, LVII da Constituição



Federal, onde o indivíduo só será considerado culpado após a sentença (MIRAGEM, 2015).

Segundo Miragem (2015), fora os casos em que é necessário sigilo judicial, não poderá haver restrição de divulgação das informações durante a investigação ou processo criminal, porém é necessário que até a sentença somente os fatos verídicos em relação ao delito sejam propagados, além de estes meios absterem-se de expressar opiniões pessoais ou morais em relação ao ocorrido. Deve-se ter este cuidado para evitar a reprovação moral deste indivíduo perante a sociedade, antes de seu julgamento judicial, uma vez que após ocorrer a condenação social dificilmente se retorna ao estado anterior.

4.1 Responsabilidade civil dos meios de comunicação

Atualmente os meios de comunicação exercem uma atividade muito importante na sociedade, a de transmitir informações. Antigamente para o evento se tornar público os indivíduos deveriam presenciar os fatos, mas hoje com a modernidade e a rapidez com que as informações são divulgadas, logo as pessoas estão informadas. As notícias alcançam um grande número de pessoas e isso contribuirá para o desenvolvimento de uma sociedade consciente, mas também pode produzir estigmas negativos em pessoas ou grupos.

Os meios de comunicação social têm a prerrogativa da liberdade de informação, como direito, mas em contrapartida têm deveres e seu descumprimento acarretará em conduta ilícita. Esses deveres se relacionam com a forma com que a informação é obtida, escrita e divulgada, pois aquelas que violam direitos fundamentais não poderão ser publicadas de forma lícita. Para a divulgação de conteúdo os meios de comunicação devem observar dois aspectos muito importantes, a veracidade e a coerência. A notícia deve estar adequada aos fatos que realmente ocorreram, assegurando que a matéria seja verdadeira. Além disso, é importante que a respeitabilidade e boa fama do indivíduo sejam protegidas (MIRAGEM, 2015).

Decorrente do exercício dos órgãos da comunicação social, a veracidade das informações é um dos elementos mais importantes para a averiguação da responsabilidade civil, pois não lhes é permitido divulgar mentiras, até pela sua condição de dever de informar conforme o interesse público. Consequente, nestes casos, haverá o direito de resposta que está tutelado na Constituição Federal, artigo 5º, V (MIRAGEM, 2015).

Porém, mesmo que os fatos sejam divulgados de forma verdadeira, mas são de caráter pessoal do indivíduo e deveriam ser resguardadas, haverá violação aos direitos da personalidade, no caso a intimidade e privacidade. Quando a informação não for verdadeira atingirá a honra do indivíduo, sua respeitabilidade perante a sociedade (MIRAGEM, 2015).



Para Miragem (2015) deve-se observar os benefícios do desenvolvimento dos meios de comunicação para a sociedade, uma vez que transmitem a manifestação do pensamento e facilitam o acesso à informação, que é importante no Estado de Direito. Mesmo assim, o que é divulgado e tem uma grande repercussão pela mídia, pode haver riscos de dano significativo, quando o que foi divulgado não for realmente verdadeiro, ou está protegido pela esfera individual, como a intimidade e a privacidade. Dessa disseminação de informações é que surgem os danos e o dever de indenização pelos fatos inverídicos divulgados.

Segundo Miragem (2015, p. 636):

A responsabilidade civil dos meios de comunicação social, contudo, exige uma precisão conceitual em relação aos deveres originários imputados aos profissionais e empresas que desempenham a atividade. Em especial, considerando o fundamento constitucional que legitima sua atuação – a liberdade de expressão e comunicação – e sua função institucional de preservação do Estado de Direito definido pela Constituição.

Há alguns elementos que afastariam a ilicitude da conduta dos meios de comunicação, como a autorização do indivíduo para a divulgação, o interesse público, ou quando a lei autorizar, além de cautela por parte do profissional. Portanto, a responsabilidade decorrerá da atividade mal feita pelo jornalista ou pelos meios de comunicação e também quando houver o abuso de informar (MIRAGEM, 2015).

A Ministra Nancy Andrighi, em julgado divulgado por meio do informativo de jurisprudência 0524, considera que a responsabilidade dos meios de comunicação é subjetiva, porque para se buscar a responsabilização por abuso deverá ser comprovado que esses meios sabiam que aquilo que estavam divulgando não era verídico, afastando a responsabilidade objetiva nesses casos. Para a Ministra, a imprensa sempre deverá verificar a veracidade dos fatos, mas deve haver um limite na investigação na busca pela verdade, pois senão nada seria noticiado. Isso se deve à liberdade de informação, que tem por objetivo o interesse público (BRASIL, 2013, <<http://www.stj.jus.br>>).

Para Godoy (2015) mesmo que não houve culpa do agente, havendo um dano e observando-se o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do sujeito causador do fato, analisando a ponderação entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão estiver demonstrado o dano injusto, este deverá ser compensado.

4.2 Limites e controle dos meios de comunicação

É de extrema importância para uma sociedade democrática um povo bem informado e por isso os veículos de comunicação exercem grande influência, sendo



necessário, então, que suas atividades sejam reguladas e tenham autorização para funcionamento.

O controle das informações jornalísticas é feito pela Constituição Federal, de 1988, onde a limitação se dá na vedação ao anonimato, direito de resposta proporcional ao agravo, respeito à inviolabilidade dos direitos da personalidade, assegurando a responsabilização quando violados esses direitos.

Essas limitações referem-se aos conteúdos difundidos, onde deve-se observar a programação desses programas, que devem incluir a educação, cultura nacional e regional, formas de incentivo à produção independente e artística, respeitando os valores éticos e morais dos indivíduos, não visando somente o lucro. Além do controle constitucional deve ser feito o controle judicial, que pode ser prévio ou posterior, onde haverá o direito de resposta e a reparação pelos danos causados (ROSA, 2015, <<https://proview.thomsonreuters.com>>).

Há limitações também a informações ou imagens divulgadas a públicos específicos, como ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069 de 1990 em seus artigos 76, 78, 79, que delimita a transmissão televisiva ou por rádio, o horário, o conteúdo, a classificação etária, além de que materiais impressos devem ter proteção plástica e aviso quanto ao seu conteúdo (BRASIL, 1990, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A imprensa era regulada pela Lei nº 5520 de 1967, que disciplinava a liberdade de manifestação do pensamento e informação, além de regular suas atividades e a responsabilidade civil nos artigos 49 a 57. Porém, em 2009, o Supremo Tribunal Federal declarou que esta lei é incompatível com a ordem constitucional através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº130, em que julga pela não integralidade da Lei de Imprensa (BRASIL, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>).

Cada ministro proferiu seus votos e suas considerações acerca da incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Alguns ministros votaram que alguns artigos deveriam continuar vigentes, pois seriam constitucionais. Eles abordam os tipos de calúnia, injúria e difamação na esfera da comunicação pública e social (BRASIL, 2009, <<http://www.stf.jus.br>>).

Posteriormente a esta decisão os julgados passaram a não utilizar a Lei de Imprensa, em decorrência da sua incompatibilidade com a Constituição Federal, conforme sessões de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça. De acordo com seu informativo número 0493 de 2012 a Lei de Imprensa é inválida:

LEI DE IMPRESA. CONHECIMENTO. RESP

Não se conhece do REsp em que o recorrente pleiteia a aplicação da Lei de Imprensa contra acórdão do tribunal *a quo* que não a aplicou, salvo alguma excepcionalidade a ser examinada em cada processo. O



STF, ao julgar a ADPF n. 130/DF, declarou a não recepção pela CF da Lei de Imprensa em sua totalidade. Não sendo possível a modulação de efeitos das decisões que declaram a não recepção, tem-se que a Lei de Imprensa é inválida desde a promulgação da CF. Precedentes citados: REsp 990.079/DF, DJe 1/7/2011; REsp 942.587/ES, DJe 22/8/2011, e REsp 945.461/MT, DJe 26/5/2011. REsp 997.647-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/3/2012 (BRASL, 2012, <<http://www.stj.jus.br>>).

Para Godoy (2015) a Lei de Imprensa regulava a atividade dos meios de comunicação, em relação aos danos causados aos direitos da personalidade e anteriormente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 a jurisprudência já estava consolidada pela inconstitucionalidade de alguns artigos. Porém, após a decisão do Supremo Tribunal algumas questões relevantes ficaram sem regulação, como o tempo que esses meios deverão guardar as informações utilizadas para divulgar matérias, que estava regulado no artigo 58 da referida lei, e servia para que a imprensa pudesse se defender em casos de responsabilização.

De acordo com decisão constante no informativo de jurisprudência número 0507 de 2012 do Superior Tribunal de Justiça, deve-se utilizar a legislação civil e constitucional para solucionar conflitos antes regulados pela Lei de Imprensa:

DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. OFENSA À HONRA EM VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO.

É possível que sentença condenatória determine a sua divulgação nos mesmos veículos de comunicação em que foi cometida a ofensa à honra, desde que fundamentada em dispositivos legais diversos da Lei de Imprensa. O STF, no julgamento da ADPF n. 130-DF, considerou não recepcionados pela CF todos os dispositivos da Lei de Imprensa. Porém, a ofensa à honra veiculada em meios de comunicação é passível de condenação por danos morais e à obrigação de divulgar, nos mesmos meios, a sentença condenatória, pois encontra amparo na legislação civil e na CF. Precedentes citados: EDcl no Ag 1.359.707-SP, DJe 9/9/2011, e EDcl no AgRg no Ag 1.047.230-RJ, DJe 28/8/2012. AR 4.490-DF, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgada em 24/10/2012 (BRASL, 2012, <<http://www.stj.jus.br>>).

Segundo Andriotti (2013) após a decisão do Supremo Tribunal Federal, apresentou-se um cenário incerto para o exercício da liberdade de expressão dos meios de comunicação e o respeito aos direitos individuais, sendo necessária a criação de uma lei condizente com as regras constitucionais para a garantia de sucesso na aplicação desses direitos fundamentais e controversos. No momento, na falta de legislação específica, é preciso fazer uso da legislação comum.



5 CONCLUSÃO

A população tem o direito e a necessidade de ser informada e para isso o Estado concede autorização para empresas prestarem esse serviço, os chamados meios de comunicação. Em um mundo onde as informações circulam com muita velocidade e os fatos muitas vezes podem estar distorcidos, esses meios tem o dever de realizar suas atividades com ética e verdade para garantir uma sociedade democrática, evoluída e justa. Porém muitas vezes, por motivos financeiros ou com o intuito do entretenimento fácil, isso não ocorre, então pessoas envolvidas nessas divulgações podem sofrer danos morais e materiais.

Diante da problemática estabelecida acima, o presente artigo pretendeu analisar como as pessoas, que são prejudicadas pelos meios de comunicação, podem ter seus prejuízos materiais ou morais reparados.

Esses meios têm o dever de informar, sempre com a intenção de atender ao interesse público, que é o seu maior objetivo. Porém, este interesse público deve ser analisado com cautela, pois nem sempre o que o público quer ver é o melhor conteúdo. Dito isso, é importante que os conteúdos divulgados, televisionados ou escritos tenham como base a cultura, o lazer, a educação, a saúde e o bem social.

O que identifica-se é que há uma grande diversidade de programas com cunho sensacionalista, que buscam todo o tipo de fato ocorrido para a sua programação, principalmente os que envolvam crimes, com o interesse na audiência e com a justificativa de que a população deve conhecer esses infratores. Além destes, há aqueles programas que divulgam fatos ou imagens, sem antes pesquisar sua veracidade, e ainda tecem críticas em relação ao ocorrido. Há também aqueles que produzem histórias, apenas para a diversão do público.

Para que os direitos da personalidade não sejam ofendidos, antes de noticiadas as informações quanto ao fato devem ser conferidas com todos os envolvidos, buscando o maior número de dados possíveis e assim removendo dúvidas quanto à veracidade daquilo que será divulgado. Ademais, é importante que o fato tenha relevância e que a exposição dos acontecimentos, ou imagens, não prejudique nenhum dos envolvidos.

Os danos ocasionados por notícias inverídicas ou depreciativas podem trazer prejuízos incalculáveis para as pessoas expostas, além do abalo psicológico. Os meios de comunicação têm muita credibilidade, então quando informações são divulgadas sem o cuidado com a veracidade e também com manifestação do ponto de vista do comunicador ou apresentador, podem influenciar a opinião pública e por vezes ocorre a condenação social dos envolvidos. Em razão disso, essas pessoas podem perder seus empregos, ou seus negócios serem afetados, podem ser humilhados em casa ou nas ruas, podem ter seu convívio social prejudicado e suas famílias também podem ser atingidas.



Os meios de comunicação são muito importantes e necessários para a evolução e desenvolvimento da população, porém não podem se valer disso para auferir lucro sem responsabilidade e ética.

REFERÊNCIAS

- ANDRIOTTI, C. D.; SCHREIBER, A. (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BAHIA, Flavia. **Coleção descomplicando** - direito constitucional. 3. ed. Recife: Armador, 2017.
- BASTOS, C. R. A liberdade de expressão e a comunicação social. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. (Org.). Doutrinas essenciais direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. II, ago. 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 278**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência 0493**. Brasília, DF, 12 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência 0507**. Brasília, DF, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 mai. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência 0524**. Brasília, DF, 28 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 221**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 12 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009.



Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 1.

FERRARI, J. H. Direito à própria imagem. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. (Org.). **Doutrinas essenciais direitos humanos**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. II, ago. 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 07 de set. 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, G.F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito á honra e à imagem. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. (Org.). **Doutrinas essenciais direitos humanos**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. II, ago. 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos do homem de 1948**. Disponível em: <<https://http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

ROSA, L. C. Meios de comucação: limites e controle no Brasil. In: STOCCO, R. (Org.). **Doutrinas essenciais de dano moral**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. IV, jul. 2015. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com>>. Acesso em: 22 fev. 2018.



LICENCIAMENTO AMBIENTAL NOS EMPREENDIMENTOS DE ALTO GRAU POLUIDOR: O CASO DA USINA HIDRELÉTRICA ITAÚBA, NA CIDADE DE PINHAL GRANDE-RS

Cássio Alberto Arend¹

Luiza Scapin²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo teve origem do trabalho de conclusão de curso sobre legislação ambiental aplicada aos empreendimentos de geração de energia elétrica, restringindo-se a pesquisa à aplicação das normas ambientais para o funcionamento da Usina Hidrelétrica Itaúba, a qual foi inaugurada no ano de 1978, localizada às margens do rio Jacuí, que atravessa os municípios gaúchos de Júlio de Castilhos, Pinhal Grande, Estrela Velha e Salto do Jacuí, contrapondo-se às alterações legislativas pertinentes ao tema que sobrevieram a partir da década de 80 e 90, acarretando à UHE Itaúba um relevante processo de adaptação para fins de se manter regular perante aos órgãos ambientais.

Busca-se investigar o tratamento que a Constituinte de 1988 outorgou ao direito ambiental, delineando o conceito de meio ambiente para, em um segundo momento, abordar as regras e etapas do licenciamento ambiental e o processo de concessão de licença prévia, licença de instalação e licença de operação, fazendo-se ainda um adendo à sistemática licenciatória nos empreendimentos de alto grau poluidor e que já estavam em funcionamento quando sobreveio a legislação ambiental ora vigente.

Na sequência, utilizando-se da construção legislativa e doutrinária traçada no trabalho, o último capítulo busca realizar um estudo com o intuito de verificar se a Usina Hidrelétrica Itaúba atende as exigências prescritas na legislação atual. Ao passo que, tendo como base o liame histórico na época da construção da UHE Itaúba, bem como o decreto de outorga e o contrato de concessão que propiciou o funcionamento do empreendimento de geração e transmissão de energia elétrica para diversos

1 Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-Graduado em Demandas Sociais e Políticas Públicas e Mestre em Direito. E-mail: cassioarend@unisc.br.

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. E-mail: luizascapin@mx2.unisc.br.



munícipios, buscou-se analisar as medidas tomadas para o processo de adaptação perante as normas ambientais que entraram em vigor após a construção da usina e se as (válidas) providências previstas em lei são efetivamente realizadas. Cumpre ressaltar que, até a data do fechamento do trabalho de conclusão de curso a UHE Itaúba estava em processo de renovação da licença de operação aqui analisada.

Destaca-se que as usinas hidrelétricas são fortes instrumentos para o fornecimento de energia elétrica à população e possuem relevância para a sociedade em geral, dada a indispensabilidade desse serviço público para a vida, economia e desenvolvimento do país.

Todavia, a fim de evitar sérios danos (geralmente irreversíveis) ao meio ambiente e aos seres humanos, a implantação e manutenção de uma usina hidrelétrica deve ater-se às diretrizes legais ambientais. Incongruente seria o homem utilizar dos recursos oriundos da natureza, a fim de suprir e maximizar sua qualidade de vida no presente, sem a consciência de que sua conduta ocasionaria paulatinamente uma grandiosa degradação, com reflexos no futuro, afetando a si próprio e às gerações sucessoras.

Nesse sentido, o direito ambiental dispõe acerca da utilização dos recursos naturais pelo homem e busca, a partir da legislação constitucional e infraconstitucional, instrumentos de proteção ambiental com o propósito de buscar um equilíbrio entre as condutas antrópicas (muitas necessárias para a permanência da vida moderna atual) e as possibilidades (limitadas) de utilização dos recursos naturais.

2 TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Nada impede o homem de viver em sociedade e, a partir disso, praticar atos visando seu desenvolvimento pessoal, social, intelectual e econômico. No entanto, todos seus propósitos, por mais grandiosos que sejam, não devem alcançar os limites do outro, bem como do local onde habita.

Dentre os inúmeros meios que os indivíduos utilizam para seu desenvolvimento na sociedade, se encontra a utilização dos recursos ambientais. A ação predatória do homem na natureza se manifesta de diversas formas, como a apropriação e utilização inadequada do solo, da fauna, da flora e principalmente da água, essa que foi considerada durante milênios como um bem infinito disponível no planeta.

Ocorre que, no decorrer dos anos, o próprio utilizador desse recurso natural despertou para a realidade que vinha tomando uma vez, que inúmeros fenômenos anunciavam que os recursos advindos da natureza também eram inesgotáveis.

Com o passar dos tempos e a evolução da sociedade perseguindo uma vida moderna, prática e tecnológica, a conscientização ambiental e a tutela desse bem tomou uma discussão mais séria e consistente.



Nesse sentido, a questão ambiental passou a ser discutida em diversos países, e também no Brasil, no decorrer das últimas décadas, criou-se um arsenal de normas que regulam as questões relacionadas ao meio ambiente com o intuito de protegê-lo.

A partir dos quatro elementos que compõem o meio ambiente - meio ambiente natural, meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente do trabalho, é possível trazer o conceito de meio ambiente, contido no artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81, entendendo tratar-se do conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permitem, abrigam e regem a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Consubstanciando a construção do que é meio ambiente, Fiorillo e Rodrigues (1997, p. 24), associam a expressão meio ambiente à qualidade de vida e reconhecem que o conceito é amplo, justamente já com o objetivo de criar uma maior incidência da norma a fim de alcançar situações decorrentes de alterações naturais e artificiais provocadas no próprio meio ambiente.

Direcionando o conceito de meio ambiente à ótica da Constituição Federal de 1988, vê-se a presença do direito ao meio ambiente equilibrado e correlacionado com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Assim, no Brasil o direito ambiental encontra sua base normativa no título VIII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe da Ordem Social, no capítulo VI - Do Meio Ambiente, mais especificamente no artigo 225, que assegura o direito ao meio ambiente equilibrado com o dever conjunto do Poder Público e da coletividade de usá-lo, defendê-lo e preservá-lo (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além de o texto constitucional brasileiro ser destaque pela proteção ao meio ambiente ali conferida, sendo conhecida a Constituição Federal de 1988 como a “Constituição Verde”, a tutela ambiental vigente visou uma perspectiva não só quanto a natureza e seus elementos integrantes, mas sim com a importância que um meio ambiente equilibrado reflete na consumação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido que Milaré (2013, p. 119) associa a proteção ao meio ambiente, conferida no artigo 225, como direito fundamental:

A par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no título de abertura da Constituição, acrescentou o legislador constituinte, no caput do art. 225, um novo direito fundamental, direcionado ao desfrute de adequadas condições de vida em um ambiente saudável ou, na dicção da lei, ‘ecologicamente equilibrado’. É o que denominamos princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana. É, sem dúvida, o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico-ambiental, ostentando, a nosso ver, o status de cláusula pétrea.



A partir do tratamento outorgado ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988, bem como nas leis infraconstitucionais relacionadas ao tema, é possível verificar que este não se encontra reconhecido tão somente como um bem público, mas justamente por pertencer a toda coletividade e estar relacionado à extensão do direito à vida – sadia e digna -, é identificado como um direito difuso e incluído no rol dos direitos fundamentais, como direito de terceira geração.

Silva (1996, p. 773) destaca a importância de a norma constitucional ter assumido a consciência de que o direito à vida, matriz para todos os outros direitos fundamentais do homem, deve estar orientado sob a tutela do meio ambiente, compreendendo, assim, que a Carta Magna tratou do direito à vida associado à tutela ambiental, esta garantidora da qualidade da vida humana e fator para a efetivação do direito fundamental.

Assim, diz-se que o direito ao meio ambiente positivado como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira, caracteriza-se como direito de solidariedade, sendo os critérios de sustentabilidade, viabilidade econômica, gerenciamento e fiscalização dos recursos naturais os que buscam garantir a concretização desse direito fundamental.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental decorre da competência administrativa dos entes federativos e para que o ato surta seus efeitos deve seguir atentamente os requisitos determinados através da natureza de cada atividade ou empreendimento. A fim de consubstanciar os preceitos ambientais dispostos na Consituição Federal de 1988 – mesmo que não tenha o texto constitucional abordado de forma expressa sobre o licenciamento – é evidente que este desempenha o papel de concretizador dos direitos lá indicados.

Desde o ano de 1981, com o advento da Lei nº 6.938/81, o licenciamento ambiental tornou-se obrigatório em todo o território nacional e as atividades efetivas ou potencialmente poluidoras não são autorizadas a funcionar sem passarem pelo devido processo de licenciamento. Empreendimentos - públicos ou privados - que atuam sem a licença ambiental estão sujeitos às sanções previstas em lei, incluindo as punições relacionadas na Lei de Crimes Ambientais.

Assim, a lei nº 6.938 de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a fim de preservação e melhoria da qualidade ambiental, bem como para controle do avanço socioeconômico que vinha trazendo prejuízos aos recursos naturais, trouxe o licenciamento ambiental como um dos instrumentos com maior eficácia na defesa e segurança da vida e dignidade das presentes e futuras gerações.



A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, em seu artigo 1º, inciso I, define o licenciamento ambiental como um procedimento administrativo pelo qual o órgão competente irá, observada as disposições legais regulamentadoras, licenciar a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades que utilizam recursos ambiental, efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que possam causar degradação ambiental (CONAMA, 1997, < <http://www.mma.gov.br>>).

Farias (2017, p. 28), da mesma forma a partir dos dispositivos legais, define licenciamento ambiental como um procedimento administrativo que deve observar sua tramitação no órgão competente, seja na esfera federal, estadual ou municipal, e que, atendida todas as formalidades, assegura a qualidade de vida da sociedade por meio de um controle prévio e continuado.

Tem-se o licenciamento ambiental como uma sucessão de atos administrativos que visam um único resultado final, qual seja, a licença. Ao passo que inviável tecer o conceito de licenciamento sem lembrar que trata-se de instituto diferente da licença.³

O licenciamento ambiental é um ato que acontece em etapas, sendo a primeira a formação do Estudo de Impacto Ambiental (através de avaliação, EIA ou do RIMA),⁴ a segunda, a formação ou não de audiência pública e, a terceira, a concessão da licença ambiental. Em um procedimento completo, são expedidas três licenças, cada qual na sua respectiva fase, denominadas Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação, as quais encontram-se previstas no artigo 8º da Resolução nº 237 do CONAMA (CONAMA, 1997, <<http://www.mma.gov.br>>).

As fases do licenciamento ambiental têm por objetivo verificar se terminada atividade está ou não adequada aos padrões previstos na legislação. Em regra, uma fase fica condicionada à outra, inviabilizando que ultrapasse da primeira para a terceira, ou inicie-se na segunda e siga para terceira etapa.

A licença prévia é a concedida na fase preliminar, quando o requerente manifesta a intenção de realizar determinada atividade/empreendimento, de maneira que o órgão competente analisa a viabilidade ambiental e, havendo, já estabelece os requisitos básicos para as próximas etapas do procedimento.

Já a licença de instalação autoriza a instalação do empreendimento ou

3 A licença consiste no ato administrativo no qual o órgão licenciador estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pela pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado), para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades que utilizem dos recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou que possam acarretar degradação ao meio ambiente, tal definição pode ser encontrada no inciso II do artigo 1º da Resolução 237/97 (CONAMA, 1997, <<http://www.mma.gov.br>>).

4 “O Estudo de Impacto Ambiental (EIA ou RIMA) compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e própria redação do relatório”. (MACHADO, 2002, p. 205).



atividade, de acordo com as especificações contidas nos planos, programas e projetos aprovados. Milaré (2013, p. 781), aduz que a licença de instalação é a que expressa o consentimento pra o início da implementação do empreendimento ou atividade, sendo o momento em que a partir dos planos e medidas de controle ambiental oportuniza o avanço para as próximas fases.

É a licença que traz especificações técnicas e legais para preservação do meio ambiente atrelada à implantação de determinado empreendimento. Qualquer alteração na planta ou nos sistemas instalados deve ser formalmente enviada ao órgão licenciador para avaliação.

A terceira licença, de operação, diz respeito à licença que autoriza a operação de determinado empreendimento ou atividade, após o órgão competente ter verificado que restou cumprido o que constou nas duas licenças anteriores, ou seja, as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a efetiva operação. Essa terceira etapa acontece quando a empresa já estiver edificada.

A licença de operação também continuará a apontar medidas de controle para o exercício da atividade ou empreendimento licenciado, ou seja, concedida essa terceira licença não há o que se falar em afastar as responsabilidades de cunho ambiental que o requerente vinha cumprindo nas etapas anteriores. A concessão da licença de operação irá trazer limites para o funcionamento da atividade licenciada, e, sendo descumpridas as condicionantes, acarretará a suspensão ou cancelamento do ato.

Ademais, válido destacar que o parágrafo único do artigo 8 da Resolução nº 237 do CONANA, dispõe acerca da forma de expedição das licenças, de acordo com cada caso específico, diga-se que a exceção para empreendimentos de baixo potencial poluidor, no sentido de que “poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade” (CONAMA, 1997, <<http://www.mma.gov.br>>).

O artigo 14 da referida resolução estabelece prazo máximo para apreciação do requerimento, qual seja, 06 (seis) meses a contar do protocolo da solicitação. Ainda, faz ressalva que em determinados casos em que demandem maior estudo de impacto ambiental e audiências públicas, o prazo de análise poderá estender-se para até 12 (doze) meses. Depedendo do órgão ambiental competente – federal ou estadual - e da modalidade de licença (prévia, de instalação ou de operação), os prazos poderão ser diferentes, mas sempre dentro do limite de seis ou doze meses (CONAMA, 1997, <<http://www.mma.gov.br>>).

Dessa forma, verifica-se que observadas as peculiaridades do processo administrativo de licenciamento, como por exemplo, no caso de as licenças (três fases) não ocorrerem concomitantemente e havendo audiências públicas em cada situação, o prazo poderá superar 3 (três) anos, ou seja, 12 meses para cada licença.



Por fim, do mesmo modo que a norma estabelece prazos para análise do requerimento de licença ambiental, importante observar que cada licença possui prazo de validade, previstos na Resolução nº 237 do CONAMA. Tal aspecto possui correlação com os princípios e objetivos do direito ambiental, uma vez que necessária se faz a permanente fiscalização das ações e empreendimentos do homem na natureza.

3.1 Licenciamento ambiental nos empreendimentos em funcionamento e sua regularização

Observado o completo processo de licenciamento ambiental que empreendimentos e atividades com manifesto grau poluidor necessitam para operarem regularmente, bem como a legislação que vige a matéria, imperioso trazer à discussão a questão de (i)rrregularidade dos empreendimentos que já estavam em funcionamento quando do advento da legislação que trouxe as regras do licenciamento ambiental, o que de tal sorte é o foco da problemática do presente trabalho.

Como já esperado, a legislação ambiental de cunho altamente preservacionista, não deixou tal situação sem previsão normativa. O caput do artigo 10 da Lei nº 6.938/81, trata da exigência do licenciamento para instalação e funcionamento das “atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação” (BRASIL, 1981, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Veja-se que a lei definiu a obrigatoriedade do licenciamento ambiental para todos os empreendimentos, já em funcionamento ou não, desde que estejam no rol das atividades sujeitas ao licenciamento, qual seja as atividades potencial ou efetivamente causadora de degradação.

Por isso que os artigos 8º e 9º da Resolução nº 237 do CONAMA sistematizam a possibilidade de concessão de licenças isolada ou simultaneamente, bem como a compatibilização com as etapas de planejamento, implantação e operação, observados os casos específicos, em que o órgão licenciador definirá, sendo necessários procedimentos específicos para obtenção da licença.

Ainda, a resolução do CONAMA nº 006/86 que dispõe sobre o licenciamento ambiental de obras do setor de geração de energia elétrica, nos parágrafos 4º e 5º do artigo 12, definiu de forma expressa a sistemática de adaptação dos empreendimentos de energia elétrica que já estavam em funcionamento (CONAMA, 1986, <<http://www.mma.gov.br>>).

Diante disso, visto que os propósitos da licença prévia e da licença de instalação não se aplicam aos casos de empreendimentos já instalados e em funcionamento (perde-se o objeto), o órgão ambiental adequa os procedimentos do licenciamento



para obtenção imediata da licença de operação. Frize-se que trata-se de situação específica, para os empreendimentos de alto grau poluidor que já operam, e não de um procedimento “pula etapa”.

Com a formalização do processo de licenciamento, a partir dos estudos e avaliações de impacto ambiental, o órgão define prazos razoáveis para adequação do empreendimento ao novo sistema de controle ambiental, a fim de atender a legislação vigente.

Nesse sentido, em atenção aos princípios da prevenção e precaução que atribuem sentido a toda legislação de cunho ambiental, incompatível seria que o alcance da norma ficasse adstrito tão somente aos empreendimentos e atividades de grau poluidor futuros, deixando de lado os empreendimentos já em funcionamento, que mormente tiveram a mínima atenção à questão ambiental quando de seu planejamento.

4 O CASO DA USINA HIDRELÉTRICA ITAÚBA

4.1 Breve histórico e características do empreendimento

Conforme narra Costa (2007, p. 361), a Usina Hidrelétrica Itaúba teve sua construção iniciada no ano de 1969, no local onde o curso do Rio Jacuí percorria um longo e estreito vale em forma de ferradura. É o quarto aproveitamento deste rio, a contar da sua nascente, no município de Pinhal Grande/RS, suas margens atingem os municípios gaúchos de Júlio de Castilhos, Estrela Velha e Salto do Jacuí.

A UHE Itaúba foi entregue à operação em primeiro de outubro de 1978 e sua inauguração ocorreu em nove de novembro do mesmo ano, mas entrou em operação em primeiro de janeiro de 1979. O presidente da República na época era Ernesto Geisel, o qual presidiu a cerimônia oficial de inauguração.

O historiador Costa (2007, p. 364), pesquisou a origem do nome da usina e aduz que “Itaúba é um vocábulo de origem guarani. Corruptela de ‘Itá yvatê’ – itá=pedra, yvatê=alta. Assim Pedra Alta, foi o som mais aproximado da língua guarani que tem conotação com o local”.

No local do aproveitamento, o Rio Jacuí corre no fundo de um vale estreito em forma de ferradura, como já dito, na zona de transição do Planalto Central para a Depressão Central. Conforme dados contidos no Plano De Uso E Ocupação Do Solo No Entorno Do Reservatório Da UHE Itaúba (CEEE, 2011, <<http://www.ceee.com.br>>), a barragem do Reservatório Itaúba, com 97 metros de altura, é do tipo gravidade de enrocamento com núcleo de argila e forma o reservatório de regularização semanal, com aproximadamente 13,29 Km² de área e perímetro de 140,55 km, com um desnível



de aproximadamente 90 metros. Costa (2007, p. 362), aduz que o reservatório da Usina “na época da inauguração, inundou 860 hectares de terras”.

Possui quatro unidades geradoras de 125 Megawatt, e ao total forma um reservatório de 1.800 (um mil e oitocentos) hectares. Está à jusante da UHE Governador Leonel de Moura Brizola e 40 km à montante da UHE Dona Francisca.

A proprietária da Usina é a Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica- CEEE-GT, possui uma potência total de 500.400 kW, e o destino da energia é para o serviço público.

4.2 O advento das normas relativas ao licenciamento ambiental e o processo de implantação/adaptação na Usina Hidrelétrica Itaúba

Conforme restou demonstrado, as regras do licenciamento ambiental inauguradas pela Política Nacional do Meio Ambiente contemplou também os empreendimentos já em funcionamento. Logo, a Companhia Estadual de Geração e Transmissão de Energia Elétrica- CEEE-GT, no ano de 2001, efetuou a regularização do licenciamento ambiental dentro dos novos parâmetros e, atualmente, dispõe da Licença de Operação prevista na lei ambiental,⁵ permitindo o regular funcionamento do empreendimento de geração de energia elétrica.

Paulatinamente, com o advento da legislação ambiental com cunho mais preservacionista, a CEEE precisou adaptar todos seus empreendimentos em consonância com as novas regras. Além de uma série de relatórios acerca dos estudos de impacto ambiental e funcionamento da Usina, relatório de análise ambiental, um dos principais marcos deste momento de transição foi a elaboração do Plano de Uso e Ocupação do solo no entorno dos reservatórios das usinas administradas pela companhia em meados de março de 2011.⁶

O Plano de Uso e Ocupação do solo no entorno do reservatório da UHE Itaúba (CEEE, 2011, <<http://www.ceee.com.br>>), traz no seu item III como justificativa do plano a “elaboração do Zoneamento Ambiental das áreas de entorno do Reservatório Itaúba atende às condicionantes da Licença de Operação da UHE Itaúba.”

A legislação infraconstitucional aplicada vem expressamente disposta no Plano de Uso e Ocupação do solo no entorno do reservatório, e como esperado, ali constam todas as leis e resoluções mencionadas nos capítulos anteriores, além da legislação estadual e dos municípios de Salto do Jacuí, Júlio de Castilhos, Estrela Velha e Pinhal Grande, esta última torna-se importante para definir o perímetro urbano, o plano

5 Até a data do fechamento do trabalho de conclusão de curso a licença estava prorrogada.

6 Observar que a obrigatoriedade está disposta no artigo 28 da Instrução Normativa nº 065/2005 do IBAMA (IBAMA, 2005, <<http://www.ibama.gov.br>>).



diretor e lei orgânica dos respectivos municípios, conforme sistema de competência legislativa e administrativa delineados na Constituição Federal (art. 21 e seguintes).⁷

4.3 Os atos de outorga, o contrato de concessão e seus termos aditivos

A problemática central do presente trabalho é a questão da implementação do empreendimento ora estudado – a UHE Itaúba - em momento anterior à legislação que trouxe a obrigatoriedade do procedimento de licenciamento ambiental para a operação de empreendimentos e atividades de alto grau poluidor, mediante a concessão da licença de operação. Nesse ponto, buscou-se analisar quais normas eram vigentes quando da outorga do uso da água para geração de energia elétrica à CEEE para construção da UHE Itaúba.

Não se obteve acesso e tampouco foram encontrados nos sites do governo os primeiros documentos que formalizaram e autorizaram a construção e operação da UHE Itaúba a fim de anexar ao presente trabalho, visto os quarenta anos passados e o restrito (ou praticamente inexistente) recurso de informática naquele momento, não sendo nenhuma surpresa a não localização destes.

Contudo, a pesquisa não resta frustrada, uma vez que a evolução da legislação ambiental delineada, junto da sistemática da gestão dos recursos hídricos e energia elétrica previsto na legislação brasileira possibilitam contextualizar com a situação da Usina em cada época.

Como exposto, a Usina iniciou suas obras no ano de 1969 e entrou em operação no início de 1979, momento após a Constituição de 1934 e anterior a crise de 1980 (que eclodiu no setor elétrico). A União passou a centralizar a outorga de todas as fases do processo de energia elétrica, tendo como protagonistas, nos estados, as empresas estaduais, no presente caso, a CEEE.

As regras de preservação ambiental inauguradas pela legislação a partir da metade do século XX tiveram impactos no sistema administrativo do empreendimento e fizeram com que a Companhia buscasse meios de reformular as sistemáticas, com uma parte certamente mais burocrática, vista a obrigatoriedade de procedimentos para obter a nova licença de operação.

O primeiro ato do poder público relativo a UHE Itaúba foi o decreto nº 69.850, de 29 de dezembro de 1971 que outorgou à Companhia Estadual de Energia Elétrica a concessão para o aproveitamento da energia hidráulica de um trecho do rio Jacuí, no Estado do Rio Grande do Sul.

⁷ A legislação aplicada não será especificada neste capítulo. Para fins de interesse aprofundar o conhecimento nesse ponto, a legislação vigente encontra-se no capítulo IV, item 4.3 do Plano de Uso e ocupação do entorno do reservatório da UHE Itaúba disponível no site da CEEE (CEEE, 2011, <<http://www.ceee.com.br>>).



O Presidente da República da época, Emílio G. Médici, decretou no artigo 1º do Decreto nº 69.850/1971 (BRASIL, 1971, <<http://legis.senado.leg.br>>) outorga à Companhia Estadual de Energia Elétrica-CEEE, do Estado do Rio Grande do Sul, de concessão para o aproveitamento da energia hidráulica de um trecho do rio Jacuí, denominado Itaúba, compreendido entre 434km e 477km ao longo do mencionado rio, contados a partir de sua embocadura. No parágrafo único, restou disposto a destinação da produção da energia elétrica ao serviço público e fornecimento à zona de distribuição da concessionária ou suprimento de outros concessionários, quando autorizado.

Importante destacar que o artigo 2º do referido decreto (BRASIL, 1971, <<http://legis.senado.leg.br>>) previu a obrigação da concessionária a cumprir o disposto no Código de Águas, leis subsequentes e seus regulamentos.

O decreto era composto por sete sucintos artigos, sem maiores dilações, estabelecendo além do supracitado prazo para conclusão da obra sob pena de aplicação de multa, prazo de concessão por 30 (trinta) anos e possibilidade de prorrogação. Observado o contexto histórico do referido dispositivo, não era de se esperar normas completas e aprofundadas quanto ao tema de preservação ambiental.

Na sequência, o segundo ato de outorga da UHE Itaúba foi a Portaria nº 278, de 11 de agosto de 1999, em que o Ministro de Minas e Energia da época, Sr. Rodolpho Tourinho Neto (MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, 1999, <<http://www.mme.gov.br>>).

Composto por apenas duas páginas, a portaria, mesmo criada já no ano de 1999, não trouxe também maiores digressões quanto a regulamentação da UHE Itaúba e demais usinas ali dispostas em termos de proteção ambiental. No artigo 6º, III definiu a “obrigação de satisfazer as exigências de proteção ao meio ambiente, de controle de cheias e demais prescrições acauteladoras do uso da água, previstas na legislação específica.” (MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, 1999, <<http://www.mme.gov.br>>)

Posteriormente são encontrados dois documentos contemporâneos, ora vigentes, quais sejam o contrato de concessão nº 25/2000 ANEEL -CEEE e o Primeiro termo aditivo ao contrato de concessão nº 025/2000 ANEEL-CEEE, formalizados, respectivamente, no ano de 2000 e 2012. Ambos os instrumentos já aparecem mais extensos e, conseqüentemente, mais específicos quanto a matéria de preservação ambiental.

Conforme observado, o contrato conta com quinze cláusulas, as quais subdividem-se em inúmeras subcláusulas. Além das cláusulas específicas quanto à sistemática da energia elétrica, seus potenciais e tarifações mais voltados para o campo da engenharia e economia, o referido contrato foi de igual forma mais específico quanto ao dever de cumprimento pela CEEE da legislação de cunho ambiental.



A Cláusula sexta do contrato, que trata dos encargos da concessionária e condições de exploração dos aproveitamentos hidrelétricos, faz menção clara da ciência dos encargos da concessionária (CEEE) a outras obrigações não mencionadas no instrumento decorrentes de lei e normas regulamentares específicas (já vistas nos capítulos anteriores), bem como inaugura expressamente a observância do licenciamento ambiental nas usinas.

O referido contrato já traz de forma expressa o encargo da concessionária em observar a legislação ambiental e de recursos hídricos, atendendo às exigências contidas nas licenças já obtidas e providenciando os licenciamentos complementares necessários e respondendo pelas eventuais consequências do descumprimento da legislação pertinente dentre outros compromissos de cunho ambiental, relacionados à gestão do reservatório e áreas de proteção.

Veja-se que, conforme já esperado, os instrumentos subsequentes às normas do licenciamento ambiental já abordaram de forma expressa a necessidade dos empreendimentos readequarem-se, sem que haja margem para discussões de (i) retroatividade da lei mais recente.

Por fim, no ano de 2012 quanto a matéria do primeiro termo aditivo ao contrato de concessão nº 025/2000-ANEEL.CEEE, este teve simplesmente como objeto a alteração da capacidade instalada da Usina Hidrelétrica Itaúba, a adequação do anexo 02 do Contrato de Concessão nº 025/2000, que passou de 512,400MW, para 500,400 MW, ratificando as demais cláusulas.

4.4 Das licenças concedidas e a atual situação da UHE Itaúba

A licença de Operação da UHE Itaúba tem a Fundação Estadual de Proteção Ambiental- FEPAM como órgão responsável no Rio Grande do Sul pela concessão e realização dos demais atos licenciatórios.

A última licença concedida é a de nº 2890 / 2013-DL, emitida em 14 de junho de 2013, sob autuação do processo nº 13206-05.67, sendo o documento licenciatório válido para as condições ali delimitadas até a data de 14/06/2017. Diante disso, a Usina Hidrelétrica Itaúba vem passando por um processo de renovação, instaurado em 12 de fevereiro de 2017.⁸ O processo administrativo é autuado sob o nº 050622-0567/17-5 e até a data de 23 de abril de 2018 sua situação encontra-se como “em análise”.

Conforme prevê a Lei complementar nº 140/2011, a FEPAM prorrogou a licença de operação vencida até manifestação do órgão no processo administrativo

⁸ Observa-se que esta data respeitou o prazo de cento e vinte dias antes do vencimento da licença de operação para renovação, consoante parágrafo 4º do artigo 8º da Resolução do CONAMA nº 237/97, já mencionada (CONAMA, 1997, < <http://www.mma.gov.br>>).



instaurado para renovação da licença, consoante Declaração online de prorrogação de LO nº 449/2017-DL.

Até o fechamento do trabalho de conclusão de curso, em contato com a Coordenadoria de Meio Ambiente da CEEE, restou informado que o pedido de renovação da licença de operação ainda encontrava-se em análise pela FEPAM e que a CEEE-GT segue executando os programas ambientais estabelecidos na licença. Conforme previsto nas resoluções do CONAMA o prazo do procedimento licenciatório pode ser prorrogado em atenção ao cumprimento e avaliação dos programas e estudos ambientais necessários para renovação da licença, não podendo arbitrar por ora qual o tempo em que terá notícia da finalização do processo.

Ainda, cumpre ressaltar que os programas mencionados no parágrafo anterior, são os que estão definidos na licença ambiental (esta que pode ser encontrada no site da FEPAM), bem como descritos no capítulo 13 do Plano de Uso do entorno do reservatório da UHE Itaúba. São eles: Programa de Comunicação e Educação Ambiental; Programa de Consolidação das Zonas de Preservação Ambiental; Programa de Sinalização e Identificação do Zoneamento; Programa de Controle e Vigilância; Programa de Monitoramento do Reservatório; Programa de Monitoramento da Fauna; Programa de Apoio ao Desenvolvimento Turístico e Programa de Gerenciamento Ambiental.

Conforme definido na Licença Ambiental, os itens 7.2 e 7.3, tratam de como esses programas tomarão efetividade a fim de atender as diretrizes de controle ambiental, cujos relatórios a CEEE remete à FEPAM (estes relatórios ficam à disposição para consulta).

Outrossim, em razão do processo de renovação da licença de operação, o Plano de Uso de 2011 que ora se utiliza como base da pesquisa e norteador das ações da UHE Itaúba está sendo atualizado considerando as novas descrições atreladas ao contexto atual da usina, bem como dos programas. A versão atualizada será disponibilizada no site da CEEE assim que concluído, logo, nas fases finais do atual processo licenciatório, ou seja, quando aprovado pela FEPAM, que conta também com a apresentação às comunidades do entorno do reservatório, que ainda não possuía data designada.

Na licença de operação ora prorrogada constam as condições e restrições que devem ser cumpridas pela usina, em quatorze itens, os quais se desmembram em subitens, dentre eles, fauna, flora, qualidade da água, solo e programas educacionais a serem desenvolvidos junto a população moradora nas redondezas da barragem.

Gize-se que a execução dos programas ambientais, pressupõem, como mencionado no próprio Plano de Uso e Ocupação do solo no entorno do reservatório da UHE Itaúba, de uma atuação conjunta da CEEE com outros órgãos e entidades. Dispõe o Plano de Uso do reservatório da UHE Itaúba (CEEE, 2011, <<http://www>.



ceee.com.br>) que os programas têm caráter orientativo das ações da CEEE-GT nas áreas de sua propriedade e caráter sugestivo nas propriedades de terceiros.

Nesse sentido, emanando a previsão normativa do sistema de competência não exclusivas a um só ente em matéria ambiental, os programas propostos envolvem além da CEEE-GT, órgãos e instituições como as Prefeituras Municipais, Batalhão Ambiental da Brigada Militar - BABM, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, Fundação Estadual de Proteção Ambiental – FEPAM, Secretaria Estadual do Meio Ambiente – SEMA, Associação Riograndense de Empreendimentos de Assistência Técnica e Extensão Rural – EMATER, Capitania dos Portos e Instituto Brasileiro de Meio Ambiente – IBAMA, moradores da região costeira, entre outros.

Veja-se que nos próprios documentos licenciatórios é possível observar a correlação das determinações ao empreendimento com o dispositivo legal referente ao conteúdo. Como exemplo disso, é a expressa menção de como documentos indispensáveis para renovação da licença de operação é a apresentação do plano de ocupação e uso do entorno do reservatório aprovado pela FEPAM. O que podemos ligar com o exposto neste capítulo quando mencionada a existência, bem como do artigo 28 Instrução Normativa nº 65/05 do IBAMA já citado, vindo a partir da narrativa dos parágrafos anteriores que de fato deve acontecer nos previstos na legislação, sob pena de não concessão da licença, ou se concedida, com prazo de validade menor ou maiores restrições e medidas a serem realizadas, com apresentação junto ao órgão licenciador.

O que se pretendeu com o breve histórico e situação da UHE Itaúba a partir dos instrumentos de outorga à Companhia que mantém a usina, foi verificar o efetivo cumprimento da legislação ambiental vigente, uma vez que quando do contrato de concessão, as condições e restrições eram mais frouxas e não atendiam a todos os princípios ambientais e fundamentais que hoje são atribuídos ao meio ambiente.

O que pode-se aduzir que, embora sua construção e funcionamento tenha trazido e ainda traga uma série de impactos ambientais no entorno do reservatório, os quais precisaram ser pesquisados com mais complexidade após a vigência das novas normas e, estão descritos no Plano de Uso e Ocupação da UHE Itaúba, o empreendimento adequadamente reorganizou-se a fim de cumprir a legislação vigente, até mesmo, por ser esta uma condicionante para seu regular funcionamento.

De pronto, quando conhecida a vasta legislação que trata da matéria, tem-se a indagação quanto a aplicabilidade, cumprimento e efetividade desse emaranhado de normas aos casos concretos, o que com as considerações tecidas, pode-se observar (se) e como acontece.

Usinas de geração de energia elétrica possuem alto grau poluidor, dessarte, todas as normas de planejamento, estudo de impacto e licenciamento devem ser minuciosamente cumpridos, a fim de que tenham eficácia e atendam à ordem



principlológica de proteção ao meio ambiente no âmbito intergeracional, o que se pode analisar que vem sendo satisfatoriamente observado no âmbito da Usina Hidrelétrica Itaúba.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, sem quaisquer novidades quando o assunto é direito ambiental, verifica-se que o discurso que prevalece em todos os pontos abordados no presente trabalho é o da instituição e execução de medidas a fim de garantir a manutenção de um meio ambiente equilibrado. A narrativa histórica que permeia em todas as normas jurídicas atreladas ao tema demonstram a atenção do legislador na realidade que vinha surgindo, a partir dos fenômenos que anunciavam que os recursos naturais eram/são inesgotáveis.

Diante dos novos padrões de consumo da vida moderna e do aumento populacional, as estimativas de diminuição dos recursos naturais em igual proporção aumentaram, fazendo com que tais alterações refletissem nas discussões acerca da tutela do meio ambiente de forma mais séria e consciente.

Nesse sentido, parte-se em um primeiro momento a uma análise de como a Constituição Federal de 1988 trata do meio ambiente em seu texto, e de pronto vê-se a vinculação do meio ambiente na escala dos direitos fundamentais, classificado como direito difuso, de terceira geração, trazendo à Carta Magna a característica de Constituição Verde.

O que buscou-se com toda a construção em matéria constitucional e na sequência trazer o licenciamento ambiental, foi demonstrar que este é uma das ferramentas de concretização dos direitos e deveres previstos na Constituição Federal.

O licenciamento ambiental, como visto, decorre da competência administrativa dos entes federativos e foi inaugurado com a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, à época em que o avanço socioeconômico anunciava sérios prejuízos aos recursos naturais, necessitando que o Poder Público utilizasse de sua competência para promover a preservação e melhoria da qualidade do meio ambiente, por meios mais eficientes.

Dessa forma, considerando que o processo de licenciamento ambiental inicia-se na fase prévia de construção de um empreendimento ou início de uma atividade altamente poluidora, buscou na legislação como esta interpretou e normatizou os empreendimentos já em funcionamento. Assim, encontrou-se previsão de um procedimento licenciatório “pula etapas”, em que com prazos mais razoáveis, são determinados aos empreendimentos a realização dos estudos de impacto ambiental, para que assim seja-lhes concedida a licença de operação.



A partir do exposto, importante ressaltar que avista-se a aplicabilidade dos princípios da proteção e precaução ao meio ambiente, uma vez que a norma definidora do licenciamento ambiental não deixou de olhar para trás, compatibilizando o cumprimento da legislação a todos. Inclusive, de suma relevância, visto que notadamente os empreendimentos criados em momento pretérito não atentaram-se à estrita preservação ambiental, promovendo assim, a oportunidade de regularização e manutenção de seu funcionamento de forma ecologicamente equilibrada.

Nessas considerações, passa-se a analisar como o conjunto normativo é aplicado no caso da Usina Hidrelétrica Itaúba, pertencente ao município gaúcho de Pinhal Grande. A curiosidade e necessidade de reflexão da real aplicação do enorme conjunto de leis alinhou-se ao estudo de caso deste empreendimento, que apresenta todas as características – e as mais específicas, quanto às regras do licenciamento ambiental. Além de ser um empreendimento de alto grau poluidor que é obrigado a passar pelo procedimento para operar, é uma usina hidrelétrica de relevante extensão e que foi construída há mais de quarenta anos, ou seja, pretérita à lei que trouxe o licenciamento ambiental.

Em observância à licença de operação vigente e aos estudos de impacto ambiental realizados na UHE Itaúba, sendo o último no ano de 2011, através do Plano de uso e ocupação do entorno do solo no reservatório, viu-se que com o decorrer dos tempos, a partir do advento da legislação ambiental de cunho mais preservacionista, a Companhia Estadual de Energia Elétrica-CEEE adaptou todos seus empreendimentos em consonância com as novas regras, para que prosseguissem em funcionamento de forma regular.

Satisfatoriamente, conforme já esperado, os instrumentos relativos à concessão de atuação no setor elétrico pela UHE Itaúba subsequentes às normas do licenciamento ambiental já abordaram de forma expressa a necessidade dos empreendimentos readequarem-se, sem que houvesse margem para discussões de (i) retroatividade da lei mais recente.

Portanto, assevera-se que embora a Usina Hidrelétrica tenha sido construída em tempos de pouca observância à preservação ambiental, esta passou pelo processo de adaptação à legislação ambiental superveniente e atualmente opera de forma regular, com a devida licença de operação nas regras do licenciamento ambiental.

Impende ressaltar que na época da construção da usina, não era relevante a ocorrência de um sistema de obtenção de licenças e severa fiscalização das atividades dos empreendimentos, haja vista que o modo de vida e a demanda dos indivíduos era num nível bem inferior e consumista do que nos dias atuais. Inclusive, a mudança cultural e tecnológica dava seus primeiros passos naquele tempo, o que possivelmente ocasionou a construção de uma nova usina naquela região, dada a utilização de energia em maior escala.



Com o decorrer dos tempos, necessária se fez a adaptação da legislação ambiental e, por consequência, dos empreendimentos utilizadores e causadores de alteração dos recursos naturais, fazendo-se de um arsenal de regras – manifestamente burocráticas, um escudo ao meio ambiente, que mesmo com essa rigorosidade, continua pedindo atenção.

Assim, futuramente, o que provável em tempos bem próximos, que empreendimentos tenham sérias dificuldades em explorar recursos naturais de forma regular e que a fiscalização se torne mais constante face a situação ambiental que novamente se agrava. Isso poderá se manifestar na licença de operação da UHE Itaúba que passa por processo de renovação, sendo possível quando concedida e disponibilizada, fazer-se um comparativo, a fim de analisar as mudanças nela trazidas, inclusive quanto às restrições e programas a serem cumpridos pela usina.

Conscientemente, não se pode deixar que a força da ação do setor econômico e tecnológico sobreponha-se às possibilidades exploratórias do meio ambiente. Necessário se faz, que tudo evolua de forma conjunta, a fim de que se garanta uma vida moderna vinculada aos limites do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Decreto nº 69.850, de 29 de dezembro de 1971. Outorga à Companhia Estadual de Energia Elétrica concessão para o aproveitamento da energia hidráulica de um trecho do rio Jacuí, no Estado do Rio Grande do Sul. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 1971. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Ministério de Minas e Energia. Portaria nº 278, de 11 de agosto de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 ago. 1999. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA. Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 22 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente, Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA. Resolução CONAMA nº 006, de 24 de janeiro de 1986. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 24 mar. 2018.



_____. Ministério do Meio Ambiente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, IBAMA. Resolução do IBAMA nº 65, de 13 de abril de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, 20 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA-GT. Plano de uso e ocupação do solo no entorno do reservatório da UHE Itaúba de 2011. **Companhia Estadual de Energia Elétrica –GT**, 2011. Disponível em: <<http://www.ceee.com.br>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA. Desenvolvido pelo Grupo CEEE. Apresenta informações gerais sobre o Grupo CEEE. **Companhia Estadual de Energia Elétrica**, 2016. Disponível em: <<http://www.ceee.com.br/portal>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

COSTA, Firmino. **Pinhal Grande**: contribuição ao estudo da história de seu município. Pinhal Grande: Casa de Cultura, 2007.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FIORILLO, C. A. P.; RODRIGUES, M. A. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: M. Limonad, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 8. ed., rev., atual. e reform. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed., rev., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.



TRABALHO INFANTIL RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES

Cassiano Cesar Feder¹

Cleize Carmelinda Kohls²

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho sobre o tema do trabalho infantil, especialmente sobre o trabalho infantil rural em regime de economia familiar, analisando o trabalho realizado por crianças e adolescentes no meio rural brasileiro, investigando as possibilidades e proibições.

Possui como objetivo analisar as políticas públicas e a proteção jurídica sobre o trabalho infantil nas esferas internacional, nacional e mais precisamente na esfera do trabalho infantil rural em regime de economia. Nesse contexto o trabalho visa mostrar se as políticas públicas são eficientes na prevenção e no combate da erradicação ao trabalho infantil no regime de economia familiar, bem como investigar se as peculiaridades sociais desse trabalho, são consideradas.

Considerando as dificuldades enfrentadas para garantir renda das famílias rurais e, ao mesmo tempo, atender as normas que disciplinam e limitam o trabalho de crianças e adolescentes, este trabalho busca saber: qual a proteção jurídica e quais as políticas públicas para combate e prevenção ao trabalho infantil rural considerando essa realidade?

Através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo busca-se realizar uma análise do trabalho infantil, partindo de uma investigação geral para uma análise específica do trabalho em regime de economia familiar.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS,

2 Mestre em Direito, na linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo, pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2015). Possui graduação em Direito pela Faculdade Dom Alberto (2011). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogada, OAB/RS 84.013. Professora do curso de direito e da pós-graduação lato sensu na Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora de curso preparatório para o exame de ordem no CEISC.



O estudo do tema é de profunda relevância, visto que a utilização de mão de obra infantil ainda é recorrente em nível mundial e nacional, uma vez que na agricultura a utilização de mão de obra é frequente. No Brasil, se tem a agricultura como um dos pilares da economia, visto que os agricultores em regime de economia familiar entendem que seus filhos participando desde cedo da atividade da propriedade se tornarão bons sucessores na produção na propriedade. Também muitos pais necessitam do trabalho de seus filhos para complementar a renda familiar e conseguir a subsistência da família.

O estudo inicia pesquisando a proteção internacional ao trabalho infantil, após analisa a proteção brasileira, e, por fim, confere o trabalho infantil rural em regime de economia familiar, investigando se a legislação atende as peculiaridades desse trabalho, e se há políticas públicas voltadas para essa área.

2 PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL AO TRABALHO INFANTIL

Quando falamos em proteção de modo amplo podemos lembrar-nos de nossa casa a qual nos protege de ventos, chuvas e frio, já a proteção jurídica se torna presente através da Constituição, leis e jurisprudência. Aqui, interessa, pois, a proteção jurídica do trabalho de crianças e adolescentes.

Definimos trabalho como nada mais do que uma ação humana realizada com o emprego de energia física ou mental, podendo ser acompanhada de utilização de equipamentos para sua realização, sendo esta realização dirigida a um fim específico (SILVA; FILHO, 2005).

No início da humanidade o trabalho era executado como forma de sobrevivência, não como um meio de produção. Nesse período as principais atividades que dependiam de trabalho de seres humanos eram atividades como o extrativismo vegetal (coleta de plantas e frutos advindos espontaneamente da terra), caça e pesca de animais com o auxílio de ferramentas desenvolvidas para essa finalidade.

O trabalho para o homem é uma forma de demonstração da sua capacidade de criação e transformação das coisas, assumindo o significado de satisfação de suas necessidades, como forma de ocupação, aprendizagem, ensino, qualificação, exposição e lazer.

Para a Organização Internacional do Trabalho - OIT, trabalho infantil é definido como todo trabalho que crianças exercem e que as privam da infância prejudicando seu potencial de crescimento e desenvolvimento tanto físico como mental, bem como sua dignidade. Não podemos caracterizar qualquer forma de trabalho que utiliza crianças como se tratando de trabalho infantil, portanto para caracterizarmos como trabalho infantil é importante que reconheçamos a presença de um dos requisitos acima citados como características (OIT, 2017).



Definidos os conceitos de trabalho e do que trata como trabalho infantil, passamos a, definir o trabalho infantil rural. O trabalho infantil rural nada mais é do que a utilização do ser humano para o trabalho, com idade que o caracteriza como infantil (segundo legislação de cada país) no emprego das tarefas como cultivar as plantas, cuidar dos animais, ou seja, toda atividade agropecuária.

O trabalho infantil pode ser comparado à trajetória de vida do ser humano, pois como todo ser humano ele possui uma história. Os relatos da sua incidência, as influências que sofreu no processo histórico temporal.

Os primeiros relatos dão conta da existência de crianças trabalhando nas antigas civilizações desde o surgimento do homem.

Como lembra Neto (2004), o trabalho infantil não é um fenômeno recente, ele advém desde a antiguidade, o Velho Testamento em algumas passagens já traz demonstração do trabalho dos menores, demonstrando que este problema não é recente.

O capitalismo foi e continua sendo uma influência para a exploração do trabalho infantil, pelo fato da mão de obra infantil ser mais barata que a mão de obra de um adulto. Assim, “nota-se que é grave a situação de exploração do trabalho infantil no mundo e percebe-se que a sua distribuição acompanha a lógica de produção e circulação do capital no contexto global” (HOEFEL; SEVERO, 2015, p. 38).

Na atualidade há relatos de várias empresas que utilizam a exploração de mão de obra infantil, dentre eles grandes empresas como Apple, Monsanto, Nike, Coca Cola, entre outras. As reportagens realizadas por emissoras de televisão revelam envolvimento de grandes empresas multinacionais americanas na exploração do trabalho infantil. Denúncias feitas pela rede televisão BBC de Londres vinculam a multinacional Apple explorando mão de obra infantil na Indonésia através da exploração de estanho em minas, produto usado na fabricação de produtos da empresa (OIT, 2014 citado por HOEFEL; SEVERO, 2015).

De acordo com dados da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a exploração do trabalho infantil no ano de 2016 atingiu 152 milhões de pessoas. Para a OIT, a concentração da maior parte da mão de obra infantil está na agricultura com cerca de 71% dos trabalhadores infantis trabalhando neste meio, depois aparece o setor de serviços com a exploração de 17% da mão de obra infantil, seguido pela indústria com apenas 12% (OIT, 2017).

A preocupação com a exploração do trabalho infantil não é recente, segundo relatos, mesmo antes de Cristo já se verificaram medidas que protegiam adolescentes e crianças do trabalho infantil que trabalhavam como aprendizes (MINHARRO, 2013). Conforme Martins (2002), a exploração infantil não é recente, visto que uma das leis mais antigas da humanidade, o Código de Hamurabi, na época de 2.000 antes de Cristo, preocupou-se em trazer medidas para a proteção das crianças.



Para Minharro (2003) os relatos mais concretos do surgimento das leis que protegem o trabalho infantil surgiram na Inglaterra, mas com principal propósito de que havia muitos desempregados nessa época, e estes começaram um movimento fruto da indignação e imoralidade da exploração infantil que acometia os menores a jornadas duras e trabalhos penosos, pois viam-se obrigados a buscar condições para sua subsistência. Nota-se que a criação das leis, nesse período, não procurou como principal objetivo a proteção dos menores e sim a diminuição do desemprego dos adultos como consequência da lei.

Um dos principais marcos na história da proteção do trabalho infantil foi a criação da agência Organização Internacional do Trabalho (OIT) feita pela Organização Internacional das Nações Unidas (ONU) em 1919, a qual possui um papel fundamental na produção de normas e estudos de prevenção e combate à exploração do trabalho infantil.

Em 1989, um dos principais blocos econômicos do mundo, a União Europeia, formada pelos principais países da Europa como Alemanha, França, Grécia, Itália, Portugal, Grã-Bretanha, Holanda, Espanha, entre outros países que compõem o bloco econômico, preocuparam-se em regulamentar o trabalho infantil com o intuito de diminuir a exploração e proteger os menores do trabalho (MINHARRO, 2003).

Na América do Sul, os países Brasil, Argentina, Paraguai, Chile e Uruguai, que fazem parte do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), estabeleceram regras próprias para o combate da exploração de menores. Argentina, já em 1907, estabeleceu a proibição de trabalhadores em idade menor de 10 anos e trabalho noturno aos menores de 16 anos, enquanto o Uruguai ratificou quase todas as convenções da OIT, sobre o trabalho infantil (MARTINS, 2002).

As convenções da OIT são os principais marcos na atualidade sobre a legislação internacional do direito das crianças e adolescentes, elas são concebidas através de tratados multilaterais e, para terem validade no estado membro da OIT, precisam ser ratificadas e incorporadas à legislação do estado, sendo de responsabilidade do estado membro ratificante zelar pela aplicabilidade da norma convencional (OIT, 2018).

Segundo Krug e Morreira (2014, p. 68), podemos destacar as convenções mais importantes da OIT em relação ao combate do trabalho infantil como sendo a instituição das convenções 138, sobre a idade mínima para começar a trabalhar, 182, sobre a erradicação das piores formas de trabalho, da OIT, bem como a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU.

A convenção número 138, de 1973, sobre a idade mínima para qualquer espécie de trabalho, fixou normas gerais para exploração de trabalho infantil em qualquer espécie de trabalho (MARTINS, 2002). Nela estão contidas os avanços como a definição para idade mínima para o trabalho, o comprometimento dos países



ratificantes com a erradicação do trabalho infantil, onde a mesma sugere que cada país ratificante estabelecerá a idade mínima para o início das atividades de trabalho do ser humano.

A convenção 182 da OIT, de 1999, em forma de complemento da convenção 138, se preocupou em estabelecer as piores formas de trabalho infantil pelo mundo, uma vez que estas assumem um caráter exemplificativo, mas não significa que outras formas, não abarcadas pela referida convenção, não devam ser abolidas.

De acordo com KRUG e MOREIRA (2014), outras legislações mundiais importantes sobre a proteção do trabalho infantil foram realizadas pelo mundo, podemos destacar entre elas a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, Declaração de Genebra, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Crianças.

Percebe-se, pois, a importância dos instrumentos internacionais para a temática, no sentido de prevenção e regulamentação. Feitas essas considerações, passaremos a analisar o trabalho infantil no Brasil.

3 TRABALHO INFANTIL NO BRASIL

A história da criança no Brasil está intimamente ligada à exploração da mão de obra infantil, sendo necessário compreender aspectos sociais, culturais, econômicos que afetam a infância das crianças brasileiras.

A colonização e exploração do Brasil, principalmente por povos vindos da Europa, acabou por atingir diretamente a exploração do trabalho infantil, de forma determinante, contribuindo para um subdesenvolvimento do país como um todo.

Durante o período colonial as crianças ingressavam no mercado de trabalho em idade extremamente precoce, em média as crianças começavam a trabalhar com cerca de sete anos de idade, muitas delas já chegavam ao Brasil já trabalhando, pois vinham nas embarcações portuguesas que atracavam no país. A grande maioria de trabalhadores vindos nessa condição não ultrapassava a idade de 14 anos, sendo considerados como quase animais (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007).

Segundo Custódio (2006), no começo do período do Brasil colônia as crianças ocupavam o mesmo espaço dos adultos, sejam eles espaços sociais, públicos e privados, como no trabalho ou em jogos, e sofriam com as condições de vida da população em um período que a pobreza era absoluta no Brasil.

Com o advento da intervenção dos jesuítas, a situação de exploração da mão de obra infantil melhorou um pouco, pois se estabeleceu que no turno da manhã as crianças trabalhassem e durante o turno da tarde elas se voltavam para os estudos, assim a grande mudança nesse período possibilitou às crianças da época um menor



sofrimento com a exploração do seu trabalho (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007).

Na sequência, no Brasil imperial, veio a época da escravatura, época esta onde pouco se discutia sobre a proteção das crianças, e o homem era vendido ou comprado como se fosse um produto do supermercado, e, em razão disso, as crianças eram separadas de suas famílias.

Durante esse período, crianças e adultos eram explorados sem distinção de idade, se fossem capazes de realizar as tarefas impostas a eles, eram considerados aptos para o trabalho. Era comum na época crianças, desde os 4 anos de idade, desempenhando tarefas domésticas, e quando os meninos atingiam cerca de oito anos de idade eram considerados aptos para o trabalho rural nas fazendas, enquanto as meninas, num primeiro momento trabalhavam nos afazeres domésticos das fazendas, somente quando chegavam aos 11 anos de idade eram colocadas para laborar como adultas (MINHARO, 2003).

No século XIX, no Brasil, teve início a industrialização e com ela a utilização de mão de obra infantil nesse setor da economia. A utilização de mão de obra infantil novamente causou vários problemas ligados à saúde das crianças e adolescentes utilizados no trabalho das fábricas, causando até mesmo a morte prematura de muitos trabalhadores em razão das condições de trabalho impostas (PAGANINI, 2011).

Ao mesmo tempo, surgiram os primeiros movimentos de operários, estes contra o modelo econômico capitalista e preocupado com as situações enfrentadas pelos trabalhadores, em especial as crianças que se encontravam trabalhando em condições desumanas. O movimento lutou por mudanças para os trabalhadores, sendo sua principal bandeira o controle de abusos que acometiam contra os trabalhadores do século XIX (CUSTÓDIO, 2006).

Ainda durante o século XIX, os militares começaram a busca pela mão de obra infantil e a incorporaram dentro das instituições militares na forma de aprendizagem. As crianças eram ensinadas sobre os mais diversos ofícios (CUSTÓDIO, 2006).

Mesmo com discurso dignificante da não exploração do trabalho infantil da época, este não surtia efeito, pois era necessária a utilização de mão de obra infantil para o sustento das famílias e a principal fonte de renda era a exploração do trabalho (PEGANINI, 2011).

Com início do período da república a situação dos menores foi ganhando mais espaço e as primeiras mudanças começam a aparecer com um olhar mais voltado em torno da infância, mas a proteção jurídica demorou algum tempo para se consolidar contra a exploração da mão de obra infantil (CUSTÓDIO, 2006).

Porém, para os republicanos, as crianças imaginadas a serem protegidas correspondiam às crianças burguesas, bem diferentes da realidade da maioria das crianças do país que continuavam a ser exploradas como fonte de mão de



obra. No entanto, o direito republicano serviu como forma de construção de uma norma reguladora da infância, mesmo não atingindo a parte das crianças que mais precisavam de proteção (CUSTÓDIO, 2006).

Para Freitas (1999), citado por Custódio (2006), nesse período houve uma certa “revalorização da infância”, uma vez que o pensamento da população reiterava várias formas da imagem do ser humano.

No entanto, mesmo com a maior preocupação com as crianças e adolescentes, no final do século XIX, as graves consequências da exploração das crianças e adolescentes se tornaram muito evidentes nas indústrias e fábricas têxteis, de tal modo que médicos e jornalistas manifestavam publicamente a preocupação com a saúde dos menores que trabalhavam nas fábricas, reforçando as denúncias que eram feitas pelos operários organizados também chamados, na época, como anarquistas, estes expondo a preocupação com a situação de saúde e vida dos menores (CUSTÓDIO, 2006).

Em 1891, o então Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório dos antigos Estados Unidos do Brasil, através de um decreto nº 1.313, tratou de várias medidas que garantiam regulamentação do trabalho dos menores (MAIA; GOMES, 2018).

Segundo Custódio (2006), a normatização da proteção no decreto não passou de uma letra morta constante na legislação nacional, pois ela interferia nos interesses do setor industrial em especial da elite industrial brasileira, estando a mercê do Estado na proteção e fiscalização no controle da exploração do trabalho.

Já no século XX, o Brasil teve a presença dos positivistas de forma incisiva, onde o modelo científico substituiu o então modelo caritativo até então presente. Este novo modelo teve sua base na leitura dos corpos e classificação das pessoas como anormais, degeneradas e normais. O discurso da época tinha como lema o “trabalho cura”, tinha como objetivo moralizar as pessoas. Tinha-se o trabalho servindo como fonte de cura para as pessoas consideradas como anormais e degeneradas (PEGANINI, 2011).

Em 1923, o decreto 16.300 limitou a jornada de trabalho em seis horas diárias em relação aos menores de 18 anos, porém esta lei, como tantas outras, apenas foi editada sem surtir nenhuma eficácia sobre o que estava previsto nela (MINHARRO, 2003).

O Código de Menores teve importante papel na proteção da exploração do trabalho infantil, pois houve preocupação com o mesmo (MINHARRO, 2003).

O ápice da valorização do trabalho pela sociedade acontece quando é tipificado como crime a vadiagem. A criminalização da vadiagem como forma de limpar as ruas afetou novamente a população empobrecida e suas crianças (CUSTÓDIO, 2006).



Merece enfoque, nesse período, o surgimento de normas para a coletividade, a contratação de professores, a criação de escolas e internatos (mas que atendiam apenas as crianças da alta sociedade) (CUSTÓDIO, 2006).

Em meados do ano de 1941, são estabelecidas as conferências nacionais tendo a finalidade de estabelecer as políticas públicas sobre a educação e saúde. Também a assistência social é reorganizada, servindo como forma de legitimação da exploração e uso do trabalho dos menores pelas mesmas instituições, visando a garantia de atendimento e alimentação pelo uso do trabalho gratuito de crianças de ambos os sexos (CUSTÓDIO, 2006).

Diante desses fatores, aos poucos os órgãos internacionais e a própria sociedade perceberam o mal causado às crianças pela exploração do trabalho. Inclusive, as próprias indústrias e outras fontes que exploravam a mão de obra infantil, começaram a se preocupar com a educação e saúde dos trabalhadores para dar à sociedade um desenvolvimento sadio com a visão de justiça e solidariedade (SILVA, 2013).

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, em seu texto apresenta um capítulo exclusivo sobre o trabalho infantil, que vai dos artigos 402 a 441. Dispositivos estes que vão desde a determinação do tempo da jornada de trabalho, formas de ingresso no mercado de trabalho, responsabilidade dos empregadores, deveres dos responsáveis legais das crianças e adolescentes, a não contagem do prazo prescricional para os menores de 18 anos (SOUZA, 2010).

A revolução industrial brasileira assolou novamente os trabalhadores enquanto nas indústrias a mão de obra braçal era trocada pelas máquinas causando, assim, um maior número de pessoas sem trabalho. Várias famílias nesse momento não tinham condições mínimas de sobrevivência, em razão da substituição da força humana pelas máquinas (SILVA, 2013).

No ano de 1960 houve a implementação do programa “Bem Estar Social”, em que a criança assume papel importante para o Estado e este assume o compromisso de orientar a infância. Nesse período há o surgimento da Fundação Nacional do Bem Estar do Menor (FUNABEM) e logo após surge a Fundação Educacional do Bem Estar do Menor (FEBEM) em muitos estados do Brasil (PEGANINI, 2011).

Com a instalação do Regime Militar no país, no final da década de 60, houve retrocesso novamente na idade mínima para o trabalho, desconsiderados princípios da OIT, que sempre recomendou elevação da idade mínima para o labor (CUSTÓDIO, 2006).

O modelo menorista marcou a década de 1980, com a reprodução das desigualdades da sociedade que nesse momento desenvolveu a sensação de que as crianças necessitavam de direitos iguais, causando desconforto em parte da sociedade e superação do retrato da criança burguesa em relação à criança pobre.

O estado interviu de forma repressiva, atribuindo maior visibilidade à pobreza, em consequência os movimentos sociais detinham o papel significativo na construção



de políticas, buscando efetivos e novos direitos para a população. As instituições que podemos destacar na época foram: organizações de bairro, sindicatos, defesa de direitos humanos, sistema de política nacional do bem-estar do menor e educadores de rua (CUSTÓDIO, 2006).

Então, nesse período, começam a surgir as ideias para criação do direito voltado para a criança e ao adolescente, fruto da luta dos movimentos sociais, e reconhecendo crianças e adolescentes possuidores de direitos (CUSTÓDIO, 2006).

Com a então promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, foi previsto em seu texto, a proteção dos menores no que tange à cidadania, educação, saúde, trabalho, lazer, moradia, proteção à infância, proteção à maternidade, segurança, assistência social, entre outros (CUSTÓDIO, 2006).

Com uma farta proteção jurídica sobre a criança e adolescente, a exploração de mão de obra infantil pelas indústrias praticamente desaparece após os anos de 1990, no entanto, a utilização de crianças e adolescentes no trabalho doméstico, em ambiente geralmente familiar, ganha grande repercussão (CUSTÓDIO, 2006).

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem sua aprovação em 1990, fixando um marco importante na luta pelos direitos dos menores no país, causando mudanças significativas na política social e propondo modificações das garantias dos direitos da criança e do adolescente, construindo uma nova visão da infância. O Estatuto traz várias medidas políticas e jurídicas para efetivação de direitos perante a realidade encontrada no país, não sendo apenas uma fonte de reconhecimentos e declaração de direitos (SOUZA, 2010).

A Lei nº 10.097 de 2000, alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), fixando a idade de 14 a 18 anos para o trabalhador menor, proibiu o trabalho de menores de 16 anos com exceção a condição de aprendiz, proibiu também o trabalho em lugares prejudiciais para a formação moral, psíquica, social e física dos trabalhadores menores, fixando a proibição de trabalho em locais e horários que impeçam a formação escolar (MINHARRO, 2003).

Diante dessas observações, percebe-se que os direitos das crianças e dos adolescentes brasileiras estão previstos em diversos instrumentos legais, e são resultado de um processo gradativo de evolução, restando, pois, analisar como se dá e qual a regulamentação para o trabalho em regime de economia familiar.

4 TRABALHO INFANTIL RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR

O Brasil é considerado um país agrícola devido a sua grande extensão de terras, os dados da economia brasileira refletem a importância do agronegócio para o país. Segundo o estudo realizado pelo Centro de Estudos Avançados em Economia



Aplicada (CEPEA), no Produto Interno Bruto (PIB), que corresponde à soma de todas as riquezas produzidas no país, o agronegócio teve participação de 21,58%, no ano de 2017 (CEPEA, 2018 <<https://www.cepea.esalq.usp.br>>).

O trabalho infantil rural no Brasil serve como fonte de mão de obra em fazendas, sítios, granjas e nas pequenas propriedades rurais.

Para Medeiros Neto e Marques (2013, p. 10), o trabalho de crianças e adolescentes em regime de economia familiar é definido como forma de auxílio de crianças, menores de 16 anos, que trabalham com seus pais ou parentes.

Conforme observado por Kassouf (2004), mais de 50% das crianças entre 5 e 15 anos, que estão trabalhando, desenvolvem este trabalho no ramo da agricultura, já entre a faixa etária de 16 a 17 anos há uma concorrência com outros ramos de atividade, como a indústria, comércio, construção civil. Porém, o principal ramo de trabalho, com 30%, é o ramo da agricultura.

Em 2016, através do levantamento realizado pelo IBGE, foi apontado que 47,6% das crianças na idade de 5 a 13 anos estavam trabalhando na agricultura, sendo em outros segmentos da economia como a construção civil, transporte, serviços, indústria e comércio juntos, somam 46,1%, enquanto o restante - cerca de 6,3% - está ocupado em serviços domésticos. Ainda sobre os resultados da pesquisa, cerca de 73% das crianças e adolescentes nesta faixa etária trabalham em atividades em regime familiar (PORTAL G1, 2018, <<https://g1.globo.com>>).

As crianças em situação de trabalho infantil na maioria das vezes são meninos, enquanto as meninas estão acometidas ao trabalho doméstico nas propriedades rurais (STROPASOLAS, 2012).

O próprio Tribunal Superior do Trabalho expôs em seu site a preocupação com o trabalho de crianças nas atividades agrícolas, citando as consequências e exposição de agentes agressivos ao desenvolvimento humano das crianças como: moradia e alimentação precárias, riscos sociais, psíquicos, físicos, biológicos, químicos, consequências da vulnerabilidade das famílias no campo. (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2018, <<http://www.tst.jus.br>>).

Segundo Kassouf, citado por Strapasolas (2012), os menores que residem no meio rural brasileiro são formados de vários grupos sociais, étnicos, culturais e econômicos. Dentro destas perspectivas é muito difícil colocá-los em um único grupo, pois além dessas influências há também outros fatores impactantes como: tamanho e estrutura da família, escolaridade dos pais, pobreza, tipo de atividades econômicas desenvolvidas pela família, local de residência, idade que seus pais começaram o labor nas atividades agrícolas. Percebemos, então, que há muitas influências ao trabalho agrícola, sendo a soma de todas as variáveis determinantes para delimitar a exploração de mão de obra infantil no meio rural.



A Lei 8.213/91, em seu artigo 11, parágrafo 1º, considera trabalho em regime de economia familiar todo e qualquer trabalho indispensável à subsistência, realizado pelos membros da família exercidos com colaboração e dependência sem utilizar mão de obra de terceiros (SCHNEIDER, 2005).

Conforme Schneider (2005), o trabalho em regime de economia familiar tem sua essência em um trabalho de auxiliares, não incidindo remuneração, vínculo empregatício, não sendo forma de obtenção de pagamento em troca do trabalho.

Como explica Stropasolas (2012), o trabalho rural em regime de economia familiar deve ser entendido sob a ótica da viabilização da reprodução social das famílias:

[...] a divisão social do trabalho agrícola familiar é uma estratégia para viabilizar sua reprodução social, construindo-se num traço essencial de sua identidade social. Nesse sentido, mobilizar o trabalho das crianças e dos jovens possui razões que não se explicam apenas por motivações econômicas e, dificilmente abarcaremos toda a sua dimensão fundamentando-se apenas em indicadores estatísticos ou quantitativos. No nosso ponto de vista, não podemos apontar – sem uma devida problematização – essa lógica inerente à agricultura familiar como um ato de exploração do trabalho das crianças por parte dos pais.

O trabalho dos menores em regime de economia familiar no Brasil se justifica, mesmo não possuindo referências exatas. Grande parcela de trabalhadores rurais que aprendem, iniciam e dão continuidade como sucessores da atividade agrícola, fazendo a transmissão da profissão de pai para filho. Diante desses fatos o trabalho assume um caráter pedagógico, sendo de fundamental importância para sucessão e formação de novos profissionais da agricultura (SCHNEIDER, 2005).

No meio rural, em especial nas comunidades onde predominam a agricultura familiar, as crianças e adolescentes integrantes dessas comunidades aprendem a conviver desde logo com as atividades agrícolas e domésticas realizada pelo seu grupo familiar na qual elas estão inseridas. Constantemente são estimuladas através do discurso de que o trabalho possui valor importante para a subsistência, e aprendem desde logo a hierarquia na divisão do trabalho familiar e no poder familiar (STROPASOLAS, 2012).

Para Stropasolas (2012), o trabalho dos menores em regime de economia familiar não pode apenas ser visto como fonte de exploração de mão de obra, mas também de educação, podemos observar que o trabalho rural em regime de economia familiar não serve apenas como fonte de mão de obra, deixando de lado o viés da exploração e partindo para uma visão de que ele é fonte de aprendizado.



Diante das considerações de que o trabalho infantil rural em regime familiar, no Brasil, é um trabalho educativo, é necessário que o mesmo observe o artigo 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que refere que trabalho educativo é aquele organizado pela entidade que pode ser vinculada ao governo ou não, não possuindo o trabalho condão financeiro, devendo preservar as condições pedagógicas ao desenvolvimento social, pessoal e prevalecendo o aspecto educativo (BRASIL, 2018, < <http://www.planalto.gov.br>>).

Para Oris de Oliveira, citado por Martins (2002), são necessários requisitos para considerar o trabalho como educativo, devendo haver associação do trabalho e educação, possibilitando a educação do menor e o desenvolvendo de suas potencialidades, contribuindo para o desenvolvimento e formação de sua personalidade. O trabalho deve, pois, contribuir na formação dos valores morais e éticos, para construção do espírito crítico e emocional, e deve fomentar a formação e desenvolvimento político para o exercício da cidadania e da responsabilidade social.

E, importante ressaltar, que o trabalho educativo em qualquer de suas formas ou atividades de educação não exclui a educação escolar. Significa dizer que, mesmo fazendo parte do trabalho educativo, não se deve deixar de frequentar a escola (MARTINS, 2002).

No entanto, no Brasil, são poucas as previsões legais do trabalho educativo, nas quais são fixadas idades mínimas para o labor. Apenas, a Constituição, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, veda o trabalho de menor de 16 anos, visto que existem apenas 3 exceções específicas que permitem idade inferior a esta, sendo elas: o trabalho em regime de aprendizagem, que possibilita o trabalho a partir de 14 anos; o trabalho artístico, que é analisado caso a caso pelo judiciário brasileiro; e o trabalho desportivo, que consiste na utilização de menores na prática de esportes percebendo remuneração (MEDEIROS NETO; MARQUES 2013).

Conforme Marin, Schneider, Vendruscolo e Silva (2012), a instituição familiar serve como fonte de transmissão de experiência e conhecimento da propriedade, inserindo os menores nos afazeres da propriedade onde os pais vão ensinando os valores do respeito, responsabilidade, a importância dos trabalhos, benefícios da vida no campo, valores este que muitas vezes não são apresentados pelas escolas.

Consideradas como atividades educativas por Marin, Schneider, Vendruscolo e Silva (2012), as atividades exercidas pelos menores no campo em regime de economia familiar, constituem não apenas um processo de socialização, mas um processo de sucessão, valorizando a reprodução do modo de vida.

Na agricultura, em especial a em regime de economia familiar, a grande preocupação é com sucessão da propriedade, pois se verifica um grande número de propriedades sem sucessores, segundo levantamento da Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado Rio Grande do Sul (FETAG-RS) em conjunto



com a Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Rio Grande do Sul (EMATER-RS), já que existem cerca de 43 mil propriedades no Estado do Rio Grande do Sul sem sucessores, grande parte deste número se dá pelo êxodo rural (OIT, 2018, <<http://www.ilo.org>>).

Segundo OIT, o êxodo rural não se dá pela proibição do trabalho de crianças e adolescentes, mas sim por outros fatores da própria agricultura ou do meio rural.

Vários são os motivos que levam ao êxodo rural, como o trabalho sem remuneração, mesmo que as atividades muitas vezes em regime de economia familiar não visem basicamente a comercialização de produtos que são produzidos na propriedade, este trabalho sem remuneração acaba desestimulando o futuro dos jovens na agricultura (2018, <<http://www.ilo.org>>):

No Brasil não existe nenhuma disposição de lei ou políticas públicas em que os pais possam submeter seus filhos ao trabalho, mesmo na condição de aprendizes, antes da idade mínima legal, e muitas vezes os menores já possuem idade de aprendizes, mas em função do trabalho e as condições a que são submetidos, este trabalho não pode ser considerado como de aprendizes, segundo as regras da Lei do Jovem aprendiz (OIT, 2018, <<http://www.ilo.org>>).

Muitas vezes os pais pensam que estão ensinando o filho a trabalhar, mas acabam usufruindo e tendo proveito do trabalho realizado por eles, muitas vezes de maneira perigosa, insalubre e insegura e sem a devida remuneração, sendo todas estas formas de trabalho proibidas para os menores (OIT, 2018).

Na condição de jovens aprendizes, os filhos de agricultores que trabalham em regime de economia familiar podem trabalhar somente após os 16 anos de idade, desde que cumpram os requisitos do programa, como frequentar a escola, ou ter no mínimo concluído o ensino médio, e que as atividades não comprometam seu desenvolvimento e sua saúde (OIT, 2018, <<http://www.ilo.org>>).

A grande indagação feita pela OIT é: “O Brasil adota a lei que proíbe o trabalho infantil, mas, em contrapartida, oferece condições para que as crianças e adolescentes, que nasceram e vivem no meio rural, tenham um futuro melhor?”

Diante dessa indagação, é necessário que as medidas de prevenção e combate à exploração do trabalho infantil possuam flexibilidade, cabendo um estudo de caso antes que as medidas sejam aplicadas, pois, muitas vezes, faltam recursos ou condições para que as políticas públicas ou as medidas de combate cheguem até a população que deveria ser atingida.

As políticas públicas significam uma ação que possui como função a conscientização de direitos e demandas sociais previstas em leis. Em outro modo, significa que por meio das políticas públicas as garantias previstas em lei serão aplicadas, sendo elas operadas por projetos, programas e serviços (PEREIRA, 2002).



Um dos marcos iniciais nas ações de proteção foi a criação da Fundação Abrinq, no ano 1989, logo após o UNICEF, ter divulgado o relatório da situação da infância mundial. A fundação existe até o atual momento preservando a sua finalidade de conscientização do empresário brasileiro acerca da defesa dos direitos humanos. Em 1995 passou também a se preocupar com a situação do trabalhador infantil, fornecendo vantagens para empresas que erradicaram o trabalho infantil (MINHARRO, 2003).

O PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil), 1996, é um projeto desenvolvido pelo governo federal brasileiro, descentralizando a execução para Estados e Municípios, tendo como grande objetivo a retirada de adolescentes e crianças do trabalho penoso, perigoso, degradante, exaustivo e insalubre, e permitindo o acesso à escola. O programa aumenta o tempo escolar e fomenta e incentiva a participação dos jovens atendidos nas atividades culturais, artísticas, esportivas e de lazer. Dentro das famílias atendidas pelo programa busca através de projetos e programas o aumento da renda e geração de emprego (MINHARRO, 2003).

As famílias de extrema pobreza são abrangidas pelo programa, que tem como critério a renda não superior a meio salário mínimo nacional per capita (MINHARRO, 2003). Mesmo o PETI sendo considerado como uma das principais formas de combate da erradicação do trabalho infantil no Brasil, há problemas na sua aplicabilidade em razão da diversidade de trabalhos e da extensão territorial do Brasil.

Já o programa Bolsa Família nasceu para beneficiar a população extremamente pobre. Nele há a transferência direta de renda. O governo repassa mensalmente, através de depósito um complemento de renda, sendo abrangidos por este programa as famílias que possuem crianças e jovens com idade de até 17 anos, bem como gestantes e mães que ainda amamentam seus filhos. A seleção é feita através do Cadastro único que tem por objetivo identificar as famílias de baixa renda do Brasil (OIT, 2018, <<http://www.ilo.org>>).

Assim, percebe-se que há legislação protetiva ao trabalho das crianças e dos adolescentes, e há também políticas públicas que buscam erradicar esse trabalho, ou desestimular a sua incidência. Contudo, a realidade aponta que, ainda há a presença de trabalho infantil, especialmente em regime de economia familiar na agricultura, e que tal fato se deve a diversos fatores, dentre os quais se destaca a cultura e a necessidade de aumento de renda.

6 CONCLUSÃO

Através deste estudo, em que se partiu em busca da análise da proteção do trabalho infantil, desde os primórdios da humanidade, sua evolução legislativa e a proteção das crianças e adolescentes, verifica-se que são adotadas várias medidas de proteção. Elas advêm de ratificação de tratados internacionais, dispositivos



constitucionais, leis e jurisprudências. Além disso, as políticas públicas auxiliam na proteção e no combate à exploração do trabalho infantil.

Por se tratar de um país onde há grande extensão territorial, o Brasil possui uma agricultura forte, carente muitas vezes de mão de obra, em especial a agricultura em regime de economia familiar, que se utiliza apenas da mão de obra dos membros da família. Os relatos mais comuns são que os pais ensinam os filhos os afazeres da propriedade, fazendo que com isso eles trabalhem desde a infância com intuito de aprendizagem. Mas, muitas vezes, esse ensinamento ultrapassa a questão educacional e, em verdade, substitui a mão de obra, para garantir a subsistência da família, pois os recursos financeiros são escassos.

De outro lado, as políticas públicas muitas vezes acabam não chegando até o meio rural, especialmente pela complexidade operacional, em razão desta dificuldade muitas crianças acabam trabalhando com seus familiares a fim de garantir o sustento da família.

Também deve-se ponderar que, para os trabalhadores do campo, de uma forma geral, há excesso de rigorismo quanto à proteção do trabalho de crianças e adolescentes, pois as normas não são suficientemente claras e condizentes com a realidade, já que as crianças no meio rural não possuem escola em tempo integral, e muitas vezes acompanham seus pais até o local onde desempenham a atividade laborativa, pois em suas residências eles ficam desassistidos.

Prudente, pois, uma análise caso a caso, para definir o que é efetivamente considerado como trabalho infantil. E, essa tem sido a tarefa do Ministério Público do Trabalho, quando de suas fiscalizações, verificando-se se a criança ou adolescente fazem a substituição da mão de obra de um empregado, ou apenas contribuem como uma tarefa educativa.

Vale destacar que a flexibilização das normas de proibição ao trabalho infantil acontece especialmente na esfera do trabalho artístico, onde muitas vezes a jornada de trabalho é considerada exaustiva, podendo ser tão nociva ao desenvolvimento da criança e adolescente como o trabalho infantil rural em regime de economia familiar.

Assim, o presente trabalho buscou saber se a legislação brasileira e as políticas públicas atendem os anseios da população rural que vivem em regime de economia familiar, tendo como respostas a existência de políticas públicas que auxiliam no combate do trabalho infantil no meio rural, porém, que a sua aplicabilidade aos casos concretos é, ainda, muito baixa pelas peculiaridades inerentes ao meio rural. Quanto à legislação brasileira esta se mostrou uma legislação protetiva contra a exploração do trabalho de crianças e adolescentes de modo geral, porém, quando da sua aplicação aos casos concretos de trabalho em regime de economia familiar, tornou-se uma legislação inflexível e de um rigorismo muito grande perante as atividades cotidianas de uma família que exerce o trabalho rural em regime de economia familiar.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- BRASIL, **Plano Nacional de Prevenção e erradicação do trabalho infantil e proteção do adolescente trabalhador**. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. 2ª ed., Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.398.737**, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DF, 03 de agosto de 2017, disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil Contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação**. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007202.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. Florianópolis: OAB Editora, 2007.
- HOEFEL, Maria da Graça Luderitz.; SEVERO, Denise Osório. Saúde e trabalho infantil no Brasil: impactos do capitalismo global. In: NOCCHI, A. S. P.; FAVA, M. N.; CORREA, L.B. (Org.). **Criança e trabalho: da exploração à educação**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 35-47.
- KASSOUF, Ana Lúcia. **O trabalho infantil no ramo agrícola brasileiro**. Brasília: OIT, 2004.
- KRUG, Ana Paula Cordeiro; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O trabalho infantil no Mercosul: a cooperação regional para erradicar o trabalho infantil. In: CUSTÓDIO, A. V.; DIAS, F. V.; REIS, S. S. (Org.). **Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas**. Curitiba: Multideia Editora, 2014. p. 67-80.
- MAIA, Cleusa Aparecida da Costa; GOMES, Genevieve Aline Zaffani Grablauskas, **O trabalho da criança e do adolescente no Brasil: mecanismos protetivos**. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/aprotecaodotrabalhodacriancaedoadolescentenobrasil1.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- MARIN, Joel Orlando Bevilaqua; SCHNEIDER, Sergio; VENDRUSCOLO, Rafaela; SILVA Carolina Braz de Castilho. **O problema do trabalho infantil na agricultura familiar: o caso da produção de tabaco em Agudo-RS**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032012000400010>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- MARTINS, Adalberto. **A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes**. São Paulo: Ltr, 2002.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de Atuação do Ministério Público na Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil/ Conselho Nacional do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2013.



MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

NETO, Enor de Almeida. **Trabalho infantil formação da criança jornaleira de Porto Alegre**. Canoas: Ulbra, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas internacionais do Trabalho**. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm>. Acesso em: 30 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho infantil na agricultura familiar**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_432861.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho infantil no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

PEGANINI, Juliana. **O trabalho infantil no Brasil: uma história de exploração e sofrimento**. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/520/514>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

PORTAL BOLSA FAMÍLIA. **Fome zero**. Disponível em: <<http://bolsa-familia.info/fome-zero.html>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

PORTAL G1. **Trabalho infantil: quase 1 milhão de menores trabalham em situação ilegal no Brasil, aponta IBGE**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/trabalho-infantil-quase-1-milhao-de-menores-trabalham-em-situacao-ilegal-no-brasil-aponta-ibge.ghtml>>.

SILVA, I. G. da; FILHO, M. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHNEIDER, Sérgio. **Trabalho infantil no ramo agrícola brasileiro: uma aparição do estudo da OIT**. Porto Alegre: FETAG, 2005.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O conselho tutelar e a erradicação do trabalho infantil**. Criciúma: UNESCO, 2010.

STROPASOLAS, Valmir Luiz. **Trabalho infantil no campo: do problema social ao objeto sociológico**, 2012. Disponível em: <http://relet.iesp.uerj.br/Relet_27/Cap%C3%ADtulo%2010%20-%20Trabalho%20Infantil%20no%20Campo%20RELET%2027%20-%20SE.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. Sobre a política de assistência social no Brasil. In: BRAVO, Maria I. S.; PEREIRA, Potyara A. P. **Política social e democracia**. 2ed. São Paulo: UERJ, 2002.

TRABALHO, Tribunal Superior. **Trabalho infantil no campo**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/combatetrabalho infantil/trabalho-infantil-no-campo>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direitos da criança e do adolescente no Brasil**. São Paulo: LTr, 1991.



JUSTIÇA FISCAL: A INTERAÇÃO ENTRE OS SUBSTRATOS ECONÔMICOS DE TRIBUTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Carlos Fernando Sales Flores¹

Dienyffer Brum de Moraes²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central a relação entre os substratos econômicos de tributação e o princípio da capacidade contributiva, analisando a interferência que cada opção de incidência tributária tem sobre a efetivação do comando constitucional.

Compõe, também, o presente estudo, o exame das principais bases de incidência, quais sejam, patrimônio, renda e consumo, bem como a base escolhida acaba por definir se a tributação será direta (quando o ônus financeiro pelo pagamento recai sobre o próprio contribuinte de direito) ou indireta (quando o ônus financeiro pelo pagamento é repassado para o consumidor final – contribuinte de fato). Nessa pesquisa, não se adentrará no estudo acerca da incidência tributária sobre o comércio exterior.

Nesse contexto, o problema concentra-se em verificar se o modelo adotado no Brasil vai ao encontro do princípio esculpido no Art. 145, §1º, da Constituição Federal, o qual determina a observância, sempre que possível, das condições pessoais do contribuinte, especialmente no que toca à sua capacidade econômica, a fim de alcançar um sistema mais justo na graduação do tributo.

Para dar conta dessa tarefa, buscou-se identificar como a opção pela base de incidência pode impactar a disponibilidade econômica dos contribuintes situados em

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Juíza Federal Substituta, na Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), aprovada com voto de louvor. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma universidade, tendo obtido láurea acadêmica. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Econômico e Financeiro, e em Direito Previdenciário.



classes sociais diversas. As técnicas de pesquisa utilizadas foram, basicamente, a pesquisa bibliográfica em diversas fontes, tais como livros, artigos científicos, dados estatísticos e estudos divulgados por órgãos e institutos governamentais.

Iniciou-se a pesquisa discorrendo sobre a indissociável relação entre os tributos e o Estado e a função social dos tributos nos Estados Contemporâneos. Explanou-se brevemente acerca do princípio da capacidade contributiva, traçando-se uma rápida noção histórica do princípio para, a seguir, situá-lo no atual texto constitucional. Buscou-se, ainda, trazer o conceito de diversos doutrinadores sobre o princípio e sua importância para a concretização de um sistema tributário justo.

No capítulo seguinte, buscou-se conceituar os diversos substratos de incidência – patrimônio, renda e consumo – através daquilo que vem descrito na legislação e o entendimento da doutrina e jurisprudência acerca desses conceitos. A seguir traçou-se um liame entre os substratos de incidência tributária e a tributação direta e indireta, demonstrando qual modelo revela um caráter mais progressivo ou regressivo.

Já no último capítulo, examinou-se de modo mais aprofundado e com dados estatísticos oficiais, como cada forma de tributar reflete na distribuição da carga tributária sobre os diferentes segmentos da sociedade, trazendo grande influência sobre a atividade econômica privada, a alocação dos recursos financeiros e dos investimentos.

Por fim, informou-se acerca das incoerências do modelo brasileiro, tais como a baixa tributação sobre o patrimônio, o que favorece a concentração de renda e perpetuação da riqueza, em sentido oposto ao que ocorre em países desenvolvidos, nos quais esse tipo de tributação favorece a redistribuição da riqueza em forma de serviços públicos de qualidade.

A escolha da temática desta pesquisa teve como escopo esclarecer o grande impacto que a escolha entre as diferentes bases econômicas de incidência tributária tem sobre a efetivação da justiça fiscal almejada pela Carta Política de 1988, além de sugerir a formulação de normas que busquem desonerar as classes menos favorecidas, mediante a migração para uma base de incidência diversa (renda ou patrimônio), no qual a aferição das condições pessoais do contribuinte possa ser realmente aferida.

2 ASPECTOS GERAIS DA TRIBUTAÇÃO

Antes de adentrar no estudo específico dos reflexos que a opção pela base incidência tributária tem sobre os diversos segmentos sociais, faz-se necessário traçar um panorama histórico e geral acerca da tributação nos Estados modernos.



2.1 Estado e função social dos tributos

O tributo tem sua origem nos tempos mais remotos, acompanhando a evolução do homem desde a criação das primeiras sociedades. Coêlho (2009, p. 04) refere que “onde quer que se erga um poder político, quase que como a sua sombra, aparece o poder de tributar”.

Por certo que a forma de tributar evoluiu com o decorrer do tempo, deixando de vincular-se ao poder ilimitado e arbitrário do Soberano, para contemporaneamente, assumir um caráter de pacto fundamental, o qual está estruturado através de princípios e garantias fundamentais.

Sabbag (2012) informa que o poder de tributar é, atualmente, um poder institucionalizado, com fundamento no consentimento dos cidadãos, destinatários da invasão patrimonial.

Machado (2011) lembra que a relação de tributação é uma relação jurídica em que os indivíduos através de seus representantes consentem na instituição do tributo, através de regras preestabelecidas e, para que o Estado tenha recursos para cumprir com suas funções.

Um modelo tributário que almeje justiça fiscal, além de financiar o Estado, tem como objetivo redistribuir renda e desconcentrar riqueza, de modo que exercerá grande influência na superação das desigualdades sociais e econômicas (SANTOS, 2009).

A esse respeito, publicação da Escola de Administração Fazendária - ESAF (2009) ressalta que o financiamento do Estado através da arrecadação tributária precisa ser suficiente para que o Estado desempenhe suas funções primordiais, quais sejam, garantir a existência de recursos para realização de seus fins, além de atuar como ferramenta de distribuição de renda e mecanismo indutor do desenvolvimento social, favorecendo para a diminuição das diferenças regionais.

Portanto, hodiernamente, o desafio do Estado de Direito Contemporâneo tem sido buscar a regulação do mercado com razoabilidade, dando condições para que o indivíduo progrida social e economicamente, reduzindo dentro do possível os programas puramente assistencialistas (SANTOS, 2009).

2.2 Princípio da capacidade contributiva

No dizer de Torres (2005, p. 275) princípios são “enunciados genéricos que concretizam valores morais e conduzem à elaboração, interpretação e aplicação das regras jurídicas”.

Para alcançarmos um sistema tributário justo ou que, pelo menos, almeje justiça fiscal, torna-se necessário a observância de princípios que orientem e delimitem a atuação do poder estatal. Dessa forma, ao exercer sua competência tributária, o



Estado fica limitado por determinados princípios constitucionais tributários, dentre os quais se destacam o princípio da isonomia e o da capacidade contributiva, como vetores da justiça social, da distribuição de riqueza e indutores de políticas públicas de inclusão social (OLIVEIRA, 2016).

Em linhas gerais, o princípio da capacidade contributiva visa à justiça fiscal e social, exigindo mais de quem tem mais condição econômica e isentando ou reduzindo a incidência tributária para os contribuintes com menor capacidade econômica (ESAF, 2009).

Historicamente, o princípio da capacidade contributiva subsiste desde a criação do tributo, porquanto é inerente a exigência, pois somente será possível pagar alguma coisa na medida de suas possibilidades, ainda que, nos tempos remotos esse *quantum* ficasse ao arbítrio do soberano. No Brasil republicano, sabe-se o princípio ganhou *status* constitucional na Carta Política de 1946, a qual preceituava no art. 202 que “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte” (BRASIL, 1946, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No atual Texto Constitucional, o princípio encontra-se positivado no art. 145, §1º, prescrevendo que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]”.

Para Carrazza (2002, p. 74), o princípio da capacidade contributiva “hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos”. Tipke e Yamashita (2002, p. 30) referem que a capacidade contributiva significa que “todos devem pagar impostos segundo o montante de renda disponível para o pagamento de impostos”, de modo que quanto maior a renda disponível, mais alto deve ser o imposto.

Coêlho (2002, p. 84) conceitua a capacidade contributiva como sendo a “possibilidade econômica de pagar tributos”. Esclarece, ainda, que essa capacidade pode ser subjetiva quando leva em consideração a pessoa, ou seja, a capacidade econômica real de cada indivíduo ou objetiva, quando considera as manifestações de riqueza do contribuinte, como o fato de ser proprietário de imóveis, veículos, etc. No entendimento do autor, essa última forma de medir a capacidade de contribuir – capacidade objetiva – foi eleita pelo nosso constituinte.

Paulsen (2012) refere que o princípio da capacidade contributiva é mais que um preceito de justiça fiscal, capaz de promover isonomia, mas um postulado que deve orientar toda a tributação, movendo tanto o legislador quando da elaboração da lei, quanto os aplicadores das normas tributárias.

No que toca à obrigatoriedade de sua aplicação, Sabbag (2012, p. 164) afirma que “a expressão ‘sempre que possível’ apresenta-se dependente das possibilidades técnicas de cada imposto”. Para o autor, a expressão não confere discricionariedade



ao legislador, o qual somente poderá deixar de considerar a pessoalidade quando for impossível graduar os impostos pela capacidade econômica do contribuinte.

Para Machado (2011), não é razoável imaginar que o legislador tenha liberdade para escolher quando obedecer ao princípio da capacidade contributiva, porquanto tal interpretação lhe subtrairia a força de princípio constitucional, ou seja, de observância obrigatória quando da elaboração das normas inferiores (leis complementares, leis ordinárias, etc).

Ávila (2004, p. 360) sustenta que “a expressão não traduz uma permissão, mas um dever cujo significado depende da possibilidade, jurídica e ontológica, da graduação de acordo com a capacidade econômica do contribuinte”. Além disso, o autor entende que a expressão possibilitaria a graduação do tributo com finalidades extrafiscais.

A extrafiscalidade, como se sabe, é a utilização do tributo como meio de regular ou reordenar o mercado (valorizar a indústria nacional ou promover o desenvolvimento de determinada região, por exemplo), inibir ou estimular comportamentos para atingir fins relevantes para o bem da coletividade, tal como, tornar mais oneroso o consumo de determinados produtos prejudiciais à saúde (CARRAZZA, 2002).

Conforme se vê, o entendimento que predomina é no sentido de que o objetivo do legislador constituinte, ao fazer a ressalva com a expressão **sempre que possível**, foi apenas de excluir da observância obrigatória aquelas situações nas quais não é possível conferir caráter pessoal, seja por dificuldades fáticas ou jurídicas relacionadas à própria natureza do tributo, seja para atribuir um caráter extrafiscal à tributação (OLIVEIRA, 2016).

2.3 A capacidade contributiva e a exclusiva associação a impostos

Considerando a literalidade do art. 145, §1º, da Constituição Federal de 1988, importante investigar se o princípio da capacidade contributiva tem sua aplicabilidade restrita aos impostos ou deve ser estendido a todas as demais espécies tributárias. Não é demais lembrar que o texto da Constituição de 1946 determinava expressamente que se observasse a capacidade econômica do contribuinte para todos os tributos, conforme já foi referido anteriormente.

Sabbag (2012) afirma que não há dúvida acerca da aplicação do referido postulado a outros tributos, obedecendo às peculiaridades de cada espécie tributária. Refere, por exemplo, que o Art. 195, §9º da Constituição Federal deixa evidente a aplicação do referido princípio no tocante às contribuições para a seguridade social ao possibilitar a diferenciação de alíquota em razão da atividade econômica, da utilização de mão de obra ou do porte da empresa. Já no que diz respeito às taxas, lembra que são gratuitos o registro civil de nascimento e de óbito para os desprovidos de



recursos. Em defesa de seu posicionamento, citou o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 216.259, de relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu aplicável o princípio da capacidade contributiva à Taxa de Fiscalização de Títulos e Valores Mobiliários (BRASIL, 2000, <<http://www.stf.jus.br>>).

Machado (2011, p. 39) também compartilha do entendimento que a capacidade contributiva “diz respeito aos tributos em geral, [...] o que justifica a isenção de certas taxas, e até da contribuição de melhoria, em situações nas quais é evidente a inexistência da capacidade contributiva daquele de quem teria de ser cobrado”.

Ávila (2004), por outro lado, sustenta que os tributos vinculados em razão da sua própria natureza retributiva, não dão margem para a análise da capacidade econômica do contribuinte, porquanto são instituídas sempre em face de uma ação estatal e, portanto, o limite para instituição de taxas é a equivalência entre o valor cobrado e a ação estatal, sob pena de se violar o princípio da razoabilidade e não o da capacidade contributiva.

Paulsen (2012) defende, entretanto, que não obstante o texto constitucional faça referência expressa somente aos impostos, a capacidade contributiva trata-se de princípio fundamental da tributação que deve ser aplicado a todas as espécies tributárias, ainda que de modo distinto, de acordo com as características de cada uma.

Conforme se vê, as opiniões dos doutrinadores pátrios sobre o tema não convergem, embora, majoritariamente, tendam a admitir a aplicação do princípio às demais espécies de tributos, ainda que com temperamentos. Dessa forma, este estudo sempre fará referência a tributos (gênero) quando tratar da capacidade contributiva, obviamente, com as observações que ficaram aqui registradas no tocante aos tributos vinculados, especialmente às taxas.

3 O MODELO DE TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

A partir do que foi estudado no capítulo anterior, se buscará examinar o modelo de tributação adotado no Brasil, a fim de compreender como o princípio da capacidade se efetiva diante de cada base de incidência tributária e cada tipo de tributo. Para tanto, inicialmente se tratará das principais bases de incidência e como cada uma delas têm íntima ligação com o caráter direto ou indireto do tributo. Por fim, falaremos da progressividade e regressividade em cada modo de tributar.

3.1 Substratos econômicos de tributação

A capacidade econômica é tanto um pressuposto como um limite da incidência de tributos, porquanto não há o que ser tributado caso não haja prévia e inequívoca



manifestação de riqueza. Essa capacidade, em que pese possa se concretizar de inúmeras formas e medidas, em regra se exteriorizará por meio dos seguintes substratos econômicos de incidência: o consumo de bens e serviços, o auferimento de renda, a aquisição da posse, propriedade ou transmissão de patrimônio (COSTA; MONTENEGRO, 2014).

O conceito de renda e proventos para fins tributários vem expresso no art. 43 do Código Tributário Nacional, que o estabelece como sendo a disponibilidade econômica ou jurídica oriunda do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Já proventos são os demais acréscimos patrimoniais não abrangidos pelo conceito anterior.

Machado (2011) lembra que inexistente renda ou provento sem que haja um acréscimo patrimonial, uma vez que o Código Tributário Nacional estabeleceu como cerne do conceito, o termo **acrécimo**, ainda que não escape da incidência tributária a renda que foi consumida. Quanto à expressão aquisição da disponibilidade, o autor esclarece que a **disponibilidade econômica** é o efetivo recebimento do acréscimo patrimonial, enquanto que a **disponibilidade jurídica** advém do crédito de determinado valor, do qual o contribuinte juridicamente dispõe, ou seja, aquele crédito que está efetivamente à disposição do contribuinte, sem obstáculos fáticos ou de direito.

Apesar de certa discussão conceitual acerca do que seria renda, o Supremo Tribunal Federal, ao dispor sobre o conceito de renda à luz do texto constitucional, afirmou no RE 201.465/MG que renda para fins tributários significa sempre um acréscimo patrimonial que ocorre mediante o auferimento de algo, ou seja, incremento de riqueza, independente desse acréscimo vir a ser poupado ou consumido (BRASIL, 1993, <<http://www.stf.jus.br>>). No mesmo precedente restou consolidado o entendimento, nos termos do voto vista do Ministro Nelson Jobim, que renda para fins fiscais é um conceito que decorre de lei, inexistindo um conceito, natural, ontológico do que seria renda, ao contrário do que defendia o relator, Ministro Marco Aurélio.

Oliveira (2016) sintetiza os conceitos trazidos pela doutrina, referindo que **renda** são todos os ganhos em razão do capital, do trabalho ou de ambos e, **proventos** são os ganhos decorrentes de outras fontes, os quais somados produzem, entre dois marcos temporais, descontados os custos e as deduções legalmente permitidas, um acréscimo de patrimônio, ou seja, uma nova riqueza.

Já quando se fala sobre a tributação sobre o consumo, trata-se de incidência que atua ao longo da cadeia de produção ou comercialização, mas que é repassada para o consumidor final, através dos chamados tributos indiretos, conforme veremos detalhadamente no tópico seguinte.



3.2 Tributos diretos e tributos indiretos

Uma classificação breve e didática acerca dos impostos nos é oferecida por Sabbag (2012) ao definir como diretos os impostos em que o encargo financeiro é suportado pelo próprio agente realizador do fato gerador, ou seja, o contribuinte de direito e o contribuinte de fato coincidem. São exemplos desse tipo de impostos, dentre outros, o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física - IRPF, o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU e o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA.

Por outro lado, o referido autor esclarece que impostos indiretos são aqueles em que o ônus financeiro é transferido para um terceiro não realizador do fato gerador, o contribuinte de fato, normalmente o consumidor final. São exemplos desses, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS e o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

Embora tal classificação trazida pelo autor se refira a impostos, pode ser muito bem aproveitada aqui para a caracterização de todos os tributos no tocante ao responsável por suportar o encargo financeiro.

3.3 Tributação regressiva, proporcional e progressiva

Sob o ponto de vista da relação entre a carga tributária e o poder econômico do sujeito que suporta efetivamente o ônus financeiro, há três modelos de tributação: regressiva, proporcional ou progressiva.

Verifica-se um modelo de tributação regressiva quando a relação entre carga tributária e capacidade econômica é inversamente proporcional, ou seja, quanto maior o poder econômico do contribuinte, menor o percentual da renda disponível é consumido com o pagamento dos tributos (MORAES, 2013).

Segundo a autora, no sistema proporcional, a alíquota se mantém a mesma independente do *quantum* da base de cálculo, ou seja, proporcionalmente todos os contribuintes pagam o mesmo valor, sem considerar a sua capacidade econômica.

Já no modelo progressivo, existe uma elevação gradual da alíquota na medida em que aumenta a base de cálculo. Nesse caso, aquele contribuinte com maior capacidade econômica paga um percentual maior de tributos em relação ao contribuinte economicamente mais frágil.

Carrazza (2002, p. 75-76) defende que todos os impostos deveriam ser progressivos, “[...] porque é graças à progressividade que eles conseguem atender ao princípio da capacidade contributiva. [...] as leis que criam os impostos devem estruturá-los de modo que suas alíquotas variem para mais à medida que forem aumentando suas bases de cálculo [...]”.



Segundo Sabbag (2012), a progressividade pode se desdobrar em fiscal e extrafiscal. A primeira modalidade tem finalidade de arrecadar e leva em consideração somente a capacidade econômica do contribuinte, onerando mais pesadamente quem tem maior riqueza tributável. O segundo tipo de progressividade tem por objetivo a regulação de determinadas condutas.

O autor ressalta que, atualmente, quatro impostos têm determinação constitucional expressa para serem progressivos, quais sejam, o Imposto sobre a Renda - IR, o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, o imposto Territorial Rural - ITR e o Imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA. O imposto sobre a renda expressa uma progressividade tipicamente fiscal, enquanto o IPTU pode ter atualmente, tanto uma progressividade voltada à arrecadação, tanto voltada à extrafiscalidade, no sentido de assegurar o cumprimento da função social da propriedade.³ Por fim, destaca que a partir da Emenda Constitucional nº 42/2003, o IPVA poderá ter alíquotas diferenciadas em razão do tipo e da utilização, expressando um caráter progressivo desde então.

3.4 A tributação sobre o patrimônio, a renda e o consumo

Quando se opta por **tributar o patrimônio**, Costa e Montenegro (2014) afirmam que existem duas formas de fazê-lo, sendo a primeira delas quando se considera todos os bens e direitos do contribuinte e, a segunda, quando se avalia apenas elementos específicos ou parcelas que fazem parte do patrimônio do sujeito passivo, em razão de uma situação jurídica (propriedade, por exemplo) ou uma transmissão patrimonial onerosa ou gratuita.

Carrazza (2002) destaca que os tributos sobre o patrimônio, na verdade incidem sobre fatos que fazem presumir que a pessoa que os realiza tem riqueza suficiente para ser atingida pela exação (fato-signo), pouco importando se o contribuinte que praticou o fato-signo não reúne, por uma situação específica, condição financeira de suportar o tributo exigido. O autor sustenta que nesses casos, a capacidade contributiva manifesta-se com o próprio bem.

São exemplos de tributos que incidem sobre o patrimônio, o Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, Imposto Territorial Rural - ITR, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, Imposto sobre Transmissão *Inter Vivos* de Bens

3 Até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, somente era possível a progressividade de alíquotas para o IPTU para assegurar o cumprimento da função social da propriedade, a chamada progressividade no tempo, nos termos do art. 184, § 4º, inciso II, da Constituição Federal. Essa espécie de progressividade é considerada tipicamente extrafiscal, pois visa adequar o uso da propriedade imóvel urbana. A partir da Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou a redação do art. 156, §1º da Constituição, possibilitou-se também a progressividade do imposto sobre a propriedade de imóveis urbanos em razão do valor do bem, expressando uma progressividade de caráter essencialmente arrecadatório - fiscal. Além disso, permitiu-se a adoção de alíquotas diferenciadas em razão da localização e uso do bem (SABBAG, 2012).



Imóveis e direitos reais sobre imóveis - ITBI e Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD. Quando a incidência tributária recai sobre o patrimônio, em regra, os tributos são diretos, porquanto suportados financeiramente pelo próprio contribuinte de direito. Com exceção do IPTU, ITR⁴ e IPVA, aos quais pode se aplicar a técnica da progressividade, aos demais tributos aplica-se o sistema proporcional, não existindo variação da alíquota em razão do montante da base de cálculo.

Já a **tributação sobre a renda**, divide-se em Imposto sobre a Renda da Pessoa Física – IRPF e Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ.

Quando o imposto incide sobre a renda auferida pelas pessoas físicas, o tributo é classificado como direto, pelo fato do ônus financeiro pelo pagamento recair sobre o sujeito determinado pela lei como o contribuinte de direito. Por outro lado, no caso do imposto sobre a renda da pessoa jurídica, embora o contribuinte de direito, sujeito passivo da obrigação tributária, ser a pessoa jurídica que auferir a renda, pode ocorrer o repasse, total ou em parte, do ônus financeiro para o consumidor final, razão pela qual pode ser qualificado como imposto indireto, sob o ponto de vista econômico (COSTA; MONTENEGRO, 2014).

O imposto sobre a renda, conforme determinação constitucional (art. 153, §2º, I), será obrigatoriamente progressivo, havendo uma variação positiva da alíquota na medida em que for aumentando a base de cálculo.

Segundo Costa e Montenegro (2014), a **incidência tributária sobre o consumo** mais comum de ser utilizada, é por meio dos tributos que incidem sobre as transações - *Transaction Consumption Tax*, em que a repercussão econômica é repassada para o consumidor final – contribuinte de fato, o qual arcará efetivamente como o pagamento dos tributos embutidos nos produtos ou serviços adquiridos, o que os caracteriza essencialmente como tributos indiretos.

Nesse sentido, Coêlho (2006) afirma que os impostos indiretos repercutem economicamente nos contribuintes de fato, sendo o ato de consumir o visado pelo legislador. A empresa que realiza a produção e circulação apenas adianta e repassa o ônus financeiro do tributo para a frente, como ocorre com o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Os tributos indiretos tendem à regressividade, porque, independentemente de os consumidores serem ricos ou pobres, ao realizarem a aquisição de bens ou

4 A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, o art. 153, §4º, inciso I, da Constituição Federal, passou a determinar expressamente que o ITR será progressivo e terá alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. O referido comando constitucional expressa uma progressividade com fins extrafiscais para o ITR, trazendo maior onerosidade para o proprietário/contribuinte que não dá destinação adequada ao seu imóvel rural, mantendo-o improdutivo ou com produtividade muito aquém dos padrões normais (SABBAG, 2012).



serviços, pagarão o tributo na mesma proporção, sem considerar a capacidade de contribuição de cada um (SABBAG, 2012).

Em resumo ao que exposto, percebe-se que, enquanto a tributação da renda revela um caráter direto e progressivo, a tributação do patrimônio tem caráter direto e proporcional, embora possa ser progressiva nos casos específicos autorizados pela Constituição. Por outro lado, a incidência sobre o consumo é essencialmente indireta e regressiva sob o ponto de vista da repercussão econômica.

4 INCOERÊNCIAS DO MODELO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Esse é o ponto central desta pesquisa e traz os dados estatísticos necessários para respondermos o problema proposto: a forte tributação sobre o consumo no Brasil torna o modelo tributário excessivamente regressivo, onerando as classes menos favorecidas da população e violando o princípio da capacidade contributiva?

4.1 A justificativa para tributação sobre o consumo

O modelo de tributação adotado pelo Estado poderá surtir inúmeros efeitos na economia. De um lado pode ser eficiente para arrecadar recursos, mas em contrapartida, incapaz de distribuir riqueza, favorecendo perpetuação das desigualdades sociais (CARRAZZA, 2002).

Para Santos (2009) quando o sistema privilegia uma carga tributária preponderante sobre o consumo haverá dificuldade de crescimento econômico, porquanto ao onerar os produtos com maior tributação, gera-se uma reação em cadeia que freia o consumo, o crescimento da indústria, do comércio e, conseqüentemente, do nível de empregos.

Costa e Montenegro (2014), por outro lado, observam que quando se tributa mais o consumo, apesar do notável caráter regressivo, há estímulo ao investimento e à geração de riqueza, pois a renda poupada deixa de ser tributada, favorecendo a atividade do empresariado.

Nesse sentido, publicação do IPEA (2012) ressalta que alguns economistas mais conservadores defendem que é preferível uma tributação regressiva, fazendo recair maior carga tributária sobre aqueles que não poupam ou investem, ou seja, classes média e baixa, porquanto o crescimento econômico depende do aumento da produtividade e que o investimento que favorece esse desenvolvimento da atividade produtiva é inteiramente dependente da poupança corrente.

Essa justificativa para a excessiva imposição de tributos que incidem sobre o consumo, privilegiando um modelo de tributação indireta é vista com reservas por



alguns autores, pois é possível que, com ele, o resultado da escolha entre eficiência e isonomia tributária seja o sacrifício de ambos os objetivos em prol de uma tributação inócua e prejudicial a todos os agentes envolvidos (MORAES, 2013).

Carrazza (2002) tem uma posição mais rígida, defendendo a progressividade como sistemática ideal de tributação, rechaçando um modelo regressivo que favoreça a concentração de renda. Para ele, em obediência ao princípio republicano, a lei, ao criar um tributo, deve atentar para os interesses do povo, pois, constitucionalmente, a tributação não pode ter outro objetivo que não o de instrumentar o Estado e alcançar o bem comum.

4.2 Distribuição da carga tributária por segmentos sociais

Estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, indicam que, por ausência de informação e transparência, se pensa erroneamente, que os maiores pagadores de impostos no Brasil são os contribuintes atingidos pelo imposto sobre a renda da pessoa física, ou seja, os indivíduos integrantes da classe média. Entretanto, esta não é a realidade dos impostos como um todo no Brasil, pois a alta incidência de tributos indiretos atinge mais fortemente as famílias de baixa renda (IPEA, 2012).

Carvalho (2016) traz uma tabela que expressa carga tributária levando-se em conta a renda das famílias brasileiras, na qual se percebe que a carga tributária total vai diminuindo na medida em que aumenta a renda, chegando a 53,0% de carga tributária para aquelas famílias que ganham até dois salários mínimos e de 28,5% para aquelas famílias com renda superior a trinta salários mínimos. Isso se deve, em grande parte, pela excessiva tributação sobre o consumo.

Cartilha elaborada conjuntamente pelo DIEESE, IPEA e SINDIFISCO (2011) aponta outras discrepâncias na tributação brasileira, dentre as quais, a ausência de previsão legal que faça incidir IPVA sobre iates, helicópteros e jatinhos, os quais, obviamente, são itens de propriedade das classes ricas.

As pesquisas estatísticas demonstram que “[...] o sistema tributário brasileiro aprofunda a desigualdade que emana do mercado de trabalho e consegue apagar os ganhos distributivos que resultam das transferências de renda [...]” (IPEA, 2012, p.459).

4.3 O princípio da seletividade como atenuante da regressividade

Diante da forte tributação sobre o consumo, o princípio da seletividade surge como forma de atenuar a regressividade, desonerando determinados itens considerados essenciais para a população de baixa renda.

Sabbag (2012) diz que a seletividade, além de uma forma de concretização



do princípio da capacidade contributiva, revela-se como uma medida inibitória da regressividade, uma vez que é elemento substitutivo da pessoalidade prevista no art. 145, §1º, da Constituição Federal, quando esta se mostra impraticável em razão do modelo indireto de tributação. Em outras palavras, em que pese não se possa aferir as condições pessoais do contribuinte na tributação indireta – sobre o consumo – é possível desonerar produtos essenciais, os quais certamente estão na lista de compras dos contribuintes de baixa renda.

Contudo, imperioso esclarecer que a Constituição Federal estabeleceu a seletividade como de observância obrigatória somente no caso do IPI (Art. 153, §3º, I), sendo facultativa no caso do ICMS (Art. 155, §2º, III). Não há previsão de seletividade para os outros tributos, o que se torna alvo de críticas, porquanto essa diminuição na incidência tributária somente para esses dois tributos, seria insuficiente para equilibrar a excessiva tributação sobre o consumo.

A seletividade se fará sempre em face da essencialidade do produto, significando que “[...] o tributo recai sobre os bens na razão inversa de sua necessidade para o consumo popular e na razão direta de sua superfluidade. A essencialidade admite graduação, de modo que alíquota ou não existirá, quando o produto se tornar absolutamente essencial [...]” (TORRES, 2005, p. 321-322).

O autor aponta, ainda, que a definição do que é essencial ou não, “se faz mediante os critérios jurídicos e éticos do legislador, que lhe abrem a possibilidade de valorar os dados políticos e econômicos da conjuntura social”, não havendo uma regra clara aplicável.

Baleeiro (2002), comentando o art. 48 do CTN, refere que, embora o critério seletivo seja uma escolha discricionária do legislador, deve ser razoável e pautado pelo espírito da Constituição. Nesse passo, entende que essencialidade diz respeito à necessidade do produto à vida do maior número de pessoas no país. Misabel Derzi, nas notas da obra de Baleeiro, destaca que “[...] não podendo conhecer os consumidores, em escala de milhões, o legislador, olhos postos no princípio da capacidade contributiva, ao utilizar o princípio da seletividade grava menos com o IPI os artigos essenciais. Justiça imperfeita, mas ainda Justiça [...]” (BALEIRO, 2002, p. 348-349).

4.4 A violação do princípio da capacidade contributiva na tributação indireta

A participação dos tributos indiretos sobre a produção no Brasil é muito elevada quando comparada a outros sistemas tributários que apresentam maior eficiência redistributiva no mundo. As parcelas dos tributos que incidem sobre os lucros das pessoas jurídicas são, em alguma medida, trasladadas aos preços dos bens e serviços, o que significa que os consumidores finais também arcam com estes impostos. Conforme se verá, a parcela dos tributos indiretos apresenta um peso



significativo no total da arrecadação brasileira, notadamente em comparação ao que se verifica em outros países (IPEA, 2012).

Sabbag (2012) informa que, ao contrário dos exemplos internacionais, a estrutura tributária brasileira se constitui, predominantemente, de impostos indiretos, ou seja, aqueles que incidem sobre o lucro e o faturamento das empresas, tais como o ICMS, IPI, IRPJ e ISS, além de contribuições com as mesmas características (PIS, COFINS e CSLL). Em regra, todos esses tributos são incluídos nos custos de produção e comercialização e repassados para os contribuintes de fato – consumidores.

Institutos oficiais de pesquisa informam, por exemplo, que a alíquota média do Imposto de Transmissão *causa mortis* e Doação – ITCD no Brasil gira em torno de 4% (quatro por cento), enquanto que em países desenvolvidos, como Alemanha e Estados Unidos chega a 40% (quarenta por cento), alavancando a distribuição de riqueza, uma vez que esses recursos são redistribuídos para toda a população na forma de infraestrutura e serviços públicos de qualidade (DIEESE; IPEA; SINDIFISCO, 2011).

Para Oliveira (2016), **os impostos incidentes sobre a renda e a herança** são os tipos mais caracterizados de imposição pessoal e, por conseguinte, mais adequados à graduação progressiva conforme a capacidade econômica do contribuinte. Assim, essas seriam as bases econômicas mais adequadas para promover a distribuição justa da renda e da riqueza, e deveriam constituir as bases da tributação do sistema brasileiro.

Ele ressalta que no Brasil, a herança é tributada em níveis muito baixos, considerando a média da tributação em países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE em que alíquotas progressivas chegam a atingir 55% no Japão e 40% nos Estados Unidos. No Brasil, apesar do Senado ter fixado a alíquota máxima em 8% (oito por cento)⁵, na maioria dos estados da federação, a alíquota não ultrapassa os 5% (cinco por cento). Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 562.045/RS, em 2013, entendeu constitucional lei estadual que prevê a progressividade das alíquotas do ITCMD. Entretanto, mesmo após essa decisão, grande parte dos estados da federação não estabeleceu a progressividade do ITCMD, o que justifica a baixa arrecadação do imposto em relação ao total da arrecadação.

Os Estudos Tributários e Aduaneiros publicados anualmente pela Secretaria da Receita Federal demonstram a carga tributária brasileira agrupada por base de incidência, deixando claro a preponderância da tributação sobre bens e serviços:

5 No Brasil a alíquota máxima permitida para o ITCMD será fixada pelo Senado Federal, conforme previsto no artigo 155, §1º, I, da Constituição Federal. Esse limite máximo foi fixado em 8% (oito por cento), conforme estabelecido na Resolução do Senado Federal nº 09/1992.



Figura 2 – Receita Tributária por base de incidência – 2015/2016

Cód.	Tipo de Base	2015			2016		
		R\$ milhões	% PIB	%	R\$ milhões	% PIB	%
0000	Total da Receita Tributária	1.925.451,14	32,11%	100,00%	2.027.014,48	32,38%	100,00%
1000	Tributos sobre a Renda	352.368,74	5,88%	18,30%	404.817,40	6,47%	19,97%
1100	Pessoa Física	154.280,26	2,57%	8,01%	166.509,43	2,66%	8,21%
1200	Pessoa Jurídica	109.891,99	1,83%	5,71%	144.954,57	2,32%	7,15%
1900	Retenções não Alocáveis	88.196,48	1,47%	4,58%	93.353,40	1,49%	4,61%
2000	Tributos sobre a Folha de Salários	502.676,82	8,38%	26,11%	533.235,87	8,52%	26,31%
2100	Previdência Social	331.130,41	5,52%	17,20%	354.035,78	5,66%	17,47%
2110	Empregador	218.117,71	3,64%	11,33%	233.293,37	3,73%	11,51%
2120	Empregado	113.012,69	1,88%	5,87%	120.742,41	1,93%	5,96%
2200	Seguro Desemprego	118.322,54	1,97%	6,15%	124.713,45	1,99%	6,15%
2900	Outros	53.223,88	0,89%	2,76%	54.486,64	0,87%	2,69%
3000	Tributos sobre a Propriedade	85.572,80	1,43%	4,44%	94.602,37	1,51%	4,67%
3100	Propriedade Imobiliária	32.795,80	0,55%	1,70%	38.688,11	0,62%	1,91%
3200	Propriedade de Veículos Automotores	36.218,71	0,60%	1,88%	39.012,85	0,62%	1,92%
3300	Transferências Patrimoniais	16.558,29	0,28%	0,86%	16.901,41	0,27%	0,83%
4000	Tributos sobre Bens e Serviços	950.610,78	15,85%	49,37%	960.556,63	15,35%	47,39%
4100	Gerais	702.865,10	11,72%	36,50%	659.057,03	10,53%	32,51%
4110	Não Cumulativos	481.510,23	8,03%	25,01%	435.783,16	6,96%	21,50%
4120	Cumulativos	221.354,86	3,69%	11,50%	223.273,87	3,57%	11,01%
4200	Seletivos	127.717,93	2,13%	6,63%	183.904,59	2,94%	9,07%
4210	Automóveis	4.366,58	0,07%	0,23%	3.298,66	0,05%	0,16%
4220	Bebidas	2.599,17	0,04%	0,13%	2.683,90	0,04%	0,13%
4230	Combustíveis	70.589,92	1,18%	3,67%	99.550,20	1,59%	4,91%
4240	Energia Elétrica	44.470,08	0,74%	2,31%	72.653,38	1,16%	3,58%
4250	Tabaco	5.692,18	0,09%	0,30%	5.718,45	0,09%	0,28%
4300	Comércio exterior	38.969,36	0,65%	2,02%	31.447,61	0,50%	1,55%
4400	Taxas - Prest. Serviços e Poder Polícia	48.346,63	0,81%	2,51%	57.460,75	0,92%	2,83%
4500	Contribuições Previdenciárias	18.196,73	0,30%	0,95%	15.210,66	0,24%	0,75%
4600	Outras Contribuições Sociais e Econômicas	14.515,03	0,24%	0,75%	13.475,98	0,22%	0,66%
5000	Tributos sobre Transações Financeiras	34.686,30	0,58%	1,80%	33.644,91	0,54%	1,66%
5100	Trib. s/ Débitos e Créditos Bancários	5,25	0,00%	0,00%	0,19	0,00%	0,00%
5200	Outros	34.681,05	0,58%	1,80%	33.644,72	0,54%	1,66%
9000	Outros Tributos	-464,30	-0,01%	-0,02%	157,30	0,00%	0,01%

Fonte: Secretaria da Receita Federal

De fato, analisando as estatísticas divulgadas, verifica-se que o Brasil tributa menos a renda e o patrimônio, concentrando a arrecadação em tributos incidentes sobre bens e serviços. Em 2016, por exemplo, de toda a receita tributária do país, somente 1,85% é oriunda do IPTU; 0,06% é oriunda do ITR; 0,36% do ITCMD e 0,48% advém do ITBI, enquanto 20,37% da arrecadação é obtida do ICMS.

Quando se examina detalhadamente a tabela, salta aos olhos a baixa arrecadação com tributos que incidem sobre o patrimônio (4,67% do total), especialmente sobre transferências patrimoniais (0,83% da arrecadação total), em contraste com a grande arrecadação com tributos que incidem sobre bens e serviços (47,39% da arrecadação total).



Constata-se que o direito tributário brasileiro, da maneira em que se encontra estruturado, não atende à justiça social, pois a carga tributária é excessivamente regressiva, onerando os mais pobres, quando na verdade, ao se tomar como fundamento os princípios da capacidade contributiva, de justiça fiscal tributária e justiça social, deveria ocorrer exatamente o oposto. Isso acontece justamente porque a importância da tributação indireta no cenário fiscal brasileiro, aquela que recai sobre produtos, é muito maior do que a importância da carga tributária direta, que recai sobre a renda e o patrimônio. Bens essenciais à vida deveriam ser isentos de tributos e deveria ser estabelecida uma imunidade ao mínimo existencial para aqueles que têm um rendimento abaixo do necessário, a fim de proporcionar um padrão de vida capaz de suprir as mínimas necessidades (CARVALHO, 2016).

Nesse contexto, os institutos de pesquisa e órgãos não governamentais sustentam que, apesar do Brasil ter avançado nos últimos anos em programas sociais de distribuição de renda, para corrigir a má distribuição de riqueza no país, faz-se necessário que os tributos indiretos cedam lugar a tributos diretos, o que não será possível antes de instituir um conjunto de tributos que incidam com maior rigor sobre altas rendas e grandes patrimônios (Imposto de Renda com maiores faixas de alíquotas, imposto progressivo sobre heranças, Imposto sobre Grandes Fortunas, impostos sobre veículos de todos os tipos – aéreos, aquáticos e terrestres). Além disso, deve-se buscar reduzir a arrecadação através de tributos indiretos, embutidos nos produtos (DIEESE, IPEA e SINDIFISCO, 2011).

Há autores que sustentam a falta de vontade política em reestruturar o sistema tributário para atender efetivamente aos fins visados pela Constituição Federal, mantendo os privilégios das classes mais favorecidas. Isso acontece porque a escolha do modelo de tributação é dependente de decisões políticas, as quais, em regra, são ditadas pelas forças do mercado, deixando em segundo plano os interesses das classes mais pobres (OLIVEIRA, 2016).

5 CONCLUSÃO

A tributação como forma de prover os Estados com os meios necessários para o atingimento de seus objetivos existe desde a formação dos primeiros Estados Nacionais. No contexto atual, em que a cobrança de tributos não dá mais espaço para as arbitrariedades pretéritas, a tributação revela-se como verdadeiro meio de concretização de direitos fundamentais através da distribuição daquilo que é pecuniariamente exigido do contribuinte em forma de serviços públicos.

Para tanto, no Brasil, o sistema constitucional tributário estabelecido pela Carta Política de 1988, traz vários princípios e limitações que delimitam a atuação do Estado, dando segurança jurídica ao contribuinte. O princípio da capacidade contributiva além



de pressuposto lógico para a cobrança de tributos é um balizador para determinar em que medida a tributação poderá onerar o contribuinte, estabelecendo que, salvo nos casos nos quais se mostre impossível por questões fáticas, deverá o legislador ordinário ao instituir o tributo, graduá-lo segundo a capacidade econômica e as condições pessoais de cada contribuinte, sob pena de ofensa direta à Lei Maior.

Contudo, para a efetivação do princípio da capacidade contributiva deve-se atentar que, a depender da base econômica de incidência que se eleja – renda, patrimônio ou consumo – haverá possibilidade fática ou não de graduar a tributação de acordo com as condições pessoais daquele que efetivamente arcará com o ônus financeiro. Isso porque, quando a hipótese de incidência tributária tem como critério material (fato gerador) a propriedade de bens ou a transferência patrimonial, a título gratuito ou oneroso, é possível aferir diretamente a capacidade econômica desse contribuinte através da avaliação do bem ou do valor do patrimônio transferido, de modo a concretizar o comando estabelecido no artigo 145, §1º, da Constituição da República.

Existe essa possibilidade nos tributos que incidem sobre o patrimônio porque, em regra, o contribuinte de direito – responsável pelo recolhimento do tributo e o contribuinte de fato – quem efetivamente arca com o ônus do pagamento, coincidem, não havendo repasse do encargo financeiro para um terceiro. Essa característica dos tributos que incidem sobre o patrimônio favorece que os contribuintes que possuem maior riqueza – renda excedente immobilizada na forma de bens móveis ou imóveis – recolham, proporcionalmente, um valor maior, favorecendo as classes mais baixas da população, as quais não tem bens de alto valor, pois consomem grande parte da renda com a subsistência, não restando excedente de renda para aquisição de imóveis ou outros bens de valor tributável.

Da mesma forma, quando o fato gerador do tributo é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, entendida esta sempre como um acréscimo patrimonial, independentemente da sua natureza (art. 43, incisos I e II, do CTN) é viável graduar a alíquota do tributo de acordo com esse acréscimo, deduzidas, obviamente, as despesas autorizadas por lei – a chamada base de cálculo. Além disso, na tributação sobre a renda, a Constituição Federal determina a obrigatoriedade de se estabelecer alíquotas que se elevem progressivamente na mesma medida em que aumentar a base de cálculo, contribuindo também para que a tributação atinja com maior voracidade as classes sociais que têm maiores rendimentos e desonerando a população de baixa renda.

Por outro lado, quando se opta por tributar o consumo de bens ou serviços, torna-se impossível aferir diretamente a capacidade econômica e as condições pessoais de cada consumidor, o que inviabiliza a concretização do comando constitucional antes referido. Isso se dá porque toda a tributação que incidir sobre a cadeia de produção de bens tende a ser embutida no preço final dos produtos e repassada



para o consumidor, o qual efetivamente arca com o ônus financeiro da exação – o chamado contribuinte de fato.

Assim, os tributos que têm sua base de incidência na produção ou comercialização de produtos, bem como na prestação de serviços mostram-se regressivos sob o ponto de vista da capacidade de contribuir, pois ao comprar determinado produto no supermercado, tanto os contribuintes mais ricos como aqueles mais pobres pagam exatamente o mesmo *quantum* de tributos embutidos no preço da mercadoria.

E é nesse aspecto que reside o grande problema da tributação brasileira sob o ponto de vista da repercussão econômica, pois conforme os dados oficiais, grande parte da arrecadação de tributos no Brasil advém de tributos indiretos, que têm como substrato de incidência, o consumo de bens e serviços (aproximadamente 49% da arrecadação total em 2016).

Essa peculiaridade nacional tem por consequência que as classes com menor poder aquisitivo pagam, proporcionalmente, mais tributos que a classe média e alta, expressando com clareza a regressividade do nosso sistema. As justificativas apresentadas para se optar por uma tributação mais forte sobre o consumo em prol do desenvolvimento econômico, já que, em tese, favoreceria o investimento, em muitas das vezes são ilusórias e demonstram a falta de comprometimento com os objetivos constitucionais de estruturar o modelo de tributação como aliado à construção de uma sociedade justa e solidária e destinada a reduzir as desigualdades sociais, violando sensivelmente a determinação constitucional de graduar os tributos conforme as condições econômicas de cada contribuinte.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.465**. Relator. Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 02 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 mar. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 216.259**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de maio de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 mar. 2018

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 abr. 2018.



_____. Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 abr. 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Nathalia Brito de. Justiça social e o modelo de tributação brasileira: contradições do sistema (sic), **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [S.l.], v. 128, maio/jun. 2016. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>. Acesso em: 10 nov. 2017

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, L. A.; MONTENEGRO, M. R. **Sistema tributário nacional**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/sistema_tributario_nacional_20014-2.pdf>. Acesso em: 01 out. 2017.

DIEESE; IPEA; SINDIFISCO. **A progressividade na tributação brasileira: por maior justiça tributária e fiscal**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/cartilha/2011/cartilhaJusticaFiscalTributaria.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA. **Função social dos tributos**. Programa Nacional de Educação Fiscal. Brasília: ESAF, 2009. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/educacao-fiscal/pnef/pasta-def/cadernos-pedagogicos-pnef/caderno-3-funcao-social-dos-tributos/view>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Brasil em desenvolvimento 2011: estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2012. V. 2. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_brasil_desenvolvimento2011_vol02.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017.

_____. **Progressividade tributária: a agenda negligenciada**. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2190.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.

MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Dienyffer Brum de. **Tributação extrafiscal no direito brasileiro: aplicações efetivas e perspectivas de otimização**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

OLIVEIRA, Antônio Furtado de. **A progressividade do imposto de renda como instrumento indutor de redistribuição de rendas e de redução das desigualdades sociais no Brasil**. 2016. 155 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – MINTER - CARIRI, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Élvio Gusmão, Desigualdade Social e Justiça Tributária. **Revista Virtual da AGU**, Belo Horizonte, Ano IX, nº 94, nov. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/105450>. Acesso em: 15 out. 2017.



SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Estudos tributários e aduaneiros.** Carga tributária no Brasil. Brasília: SRFB, 2016. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. **Estudos tributários e aduaneiros.** Trabalhos acadêmicos. Brasília: SRFB, 2015. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/trabalhos-academicos/07-2014-fabio-irpf-comparacoes-internacionais-completo>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

TIPKE, K.; YAMASHITA, D. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva.** São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.** v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



A IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO PRATICADOS NO AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR

Vanessa Stéffany Freitas¹

Eduardo Ritt²

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente artigo sobre o crime de estupro, o qual fere diretamente a dignidade da pessoa humana. Apesar de haver lei especial, que regule a prática de violência contra a mulher, a partir da criação de medidas protetivas que passaram a afastar o agressor do lar, ainda são reiteradas as práticas de estupro no ambiente doméstico e familiar.

Mesmo que já esteja superada a questão da submissão da mulher no meio social, e considerando que ela adquiriu os mesmos direitos e garantias que o homem, um dos principais problemas a serem enfrentados é o fato de que, na maioria das vezes, não há prova testemunhal que corrobore a prática do delito de estupro, pois o crime acontece na intimidade do casal. Nesses momentos questiona-se: a palavra da vítima, nos crimes praticados no ambiente doméstico e familiar, por marido ou companheiro, é suficiente para condenação do acusado?

Assim, objetiva-se investigar os meios de provas capazes de provar a existência do crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, na relação conjugal.

1 Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 É Promotor de Justiça no Ministério Público do Rio Grande do Sul desde 1991, atuando na Promotoria de Justiça Criminal de Santa Cruz do Sul - RS desde 1998. Possui graduação em Curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (1990) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). É professor com regime parcial 20 horas do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC desde 2001, onde exerce o magistério superior nas áreas do direito penal e processual penal na referida Universidade. Também é professor no curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Universidade e Curso, nas modalidades presencial e em EAD. Professor do Curso de Especialização em Direito Eleitoral, na modalidade EAD na parte dos crimes eleitorais. Foi membro e Diretor do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. É autor do livro Ministério Público como Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional, publicado pela Livraria do Advogado, em 2002. Também publicou, em co-autoria com Caroline Fockink Ritt, o livro O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais, pela Livraria do Advogado, 2008. Atualmente, exerce a função de Promotor de Justiça Eleitoral em Santa Cruz do Sul/RS, na 162ª Zona Eleitoral.



2 O CRIME DE ESTUPRO E AS ALTERAÇÕES JURÍDICAS NO BRASIL

O crime de estupro, assim como a violência doméstica não é, infelizmente, um problema recente, assim como a sua ocorrência não é restrita ao Brasil. Sua prática é perpetrada ao longo dos tempos e o fenômeno é muito semelhante em países cultural e geograficamente distintos, sendo estes mais ou menos desenvolvidos.

Assim como ocorreu mundialmente, no Brasil o crime de estupro passou por grandes transformações até o advento das legislações pátrias, iniciando com as Ordenações portuguesas, quando da sua colonização, que já previam penas àqueles que estuprassem mulheres virgens, acarretando a obrigação de se casar com a vítima, ou, em não sendo possível, constituir um dote a ela; caso não possuísse bens, o autor seria açoitado e sofreria degradação; contudo, em se tratando de pessoa nobre, seria somente banido. Como lembra Prado (2011), em se tratando de estupro violento, a punição seria a pena de morte.

Semelhante à definição do crime de estupro que se tem nos dias atuais, o ano de 1890 trouxe consigo o Código da República, e junto dele inovação à legislação penal daquela época, consagrando o estupro, em seu artigo 269, como a cópula violenta ou sob grave ameaça, sendo o ato ao qual o homem abusa uma mulher, podendo ela ser virgem ou não, com violência, caracterizando não só o emprego de força física, como também que dificulte sua resistência e sua defesa, podendo utilizar o “hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral os anestesicos e narcóticos” (BRASIL, 1890, <<http://www.planalto.gov.br/> >).

Em 1940 ocorreu a implantação do Código Penal, que está atualmente em vigor, e que apresentava, em sua redação original, uma diferenciação entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, classificando-os como tipos penais autônomos, previstos nos artigos 213 e 214, respectivamente.

No ano de 1994, a Lei nº 8.930 incluiu o inciso V ao artigo 1º da Lei nº 8.072/90, a qual definiu o delito de estupro – à época o crime de estupro era combinado com o artigo 223, caput e parágrafo único, do Código Penal, que previam a lesão corporal grave, e se dela resultasse em morte, respectivamente, ou seja, quando qualificado pelo resultado – como crime hediondo.

Com a evolução da legislação, bem como dos costumes na sociedade, significativas inovações ocorreram no ano de 2009, como a alteração da redação dada pela Lei 8.930/94 que foi substituída pela Lei 12.015/09, que passou a tratar o crime de estupro individualmente, seja na forma simples, seja nas suas formas qualificadas, incluindo os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 213 e alterando a expressão “dos crimes contra os costumes”, representando uma maior proteção à dignidade sexual.

Além da alteração supramencionada, uma das principais mudanças após a Lei 12.015/09 se refere à revogação do artigo 214 do Código Penal, que, à época,



tratava-se de atentado violento ao pudor, que acabou por ser incorporado ao delito de estupro. A nova redação passou a ser a ação de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 2009, <<http://www.planalto.gov.br/>>), não limitando o sujeito passivo somente ao sexo feminino, mas sim “qualquer pessoa”, seja ela homem ou mulher.

Presume-se que, para haver o crime de estupro, se faz necessário o contato corporal entre as partes, seja por meio de sexo oral, coito anal, masturbação, toques, não necessariamente a conjunção carnal; a ação deverá se dar à volta do corpo do agente passivo.

Para que seja configurada a ação como crime de estupro deverá haver a manifesta discordância da vítima, expressa por sua resistência para com o ato de cópula carnal ou ao ato libidinoso, sendo daí decorrente o uso da violência ou da grave ameaça contida no tipo penal em comento. Se em dado momento a vítima passa a concordar com a relação sexual, deixará de ser tratado como crime.

A Lei 12.015/2009 implementou a unicidade do tratamento legal do estupro, assim, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, bem como o sujeito passivo. Deste modo, poderá praticar o estupro o cônjuge que constranger o outro a manter relação sexual, praticar ou permitir a realização de ato libidinoso diverso, por meio de violência física ou grave ameaça (PRADO, 2013). Deixou-se de falar em crime próprio. Conforme Prado (2011), o bem jurídico a ser tutelado nestes crimes é a liberdade sexual da pessoa em sentido amplo, ou seja, todas as pessoas, sem nenhuma distinção, têm direito à inviolabilidade carnal, bem como de dispor de seu corpo livremente, tendo relação direta ao livre consentimento.

É admitida a tentativa, quando o agente, apesar de desenvolver atos evidentemente direcionados ao estupro, não é capaz de atingir o objetivo final, por circunstâncias alheias à sua vontade, como na situação em que é surpreendido por terceira pessoa, ou quando a vítima consegue desvencilhar-se e empreende fuga do local (PRADO, 2011).

Caso o agente venha a praticar diversos atos sexuais com a mesma vítima em um único fato, ele responderá tão somente pelo delito de estupro, por consequência da estrutura mista alternativa do tipo objetivo, devendo tal observação ser considerada na aplicação da pena.

A ação penal será pública condicionada à representação, conforme dispõe o artigo 225, do Código Penal, consoante redação dada pela Lei 12.015/09. No entanto, em se tratando de estupro cometido contra menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação será pública incondicionada. Anteriormente, tratava-se como de ação penal privada os crimes cometidos contra à liberdade sexual, ressalvadas as hipóteses de situação econômica desfavorável da vítima; cometido com abuso de pátrio poder,



podendo ser padrasto, tutor ou curador; e, se a violência gerasse resultado morte ou lesão corporal grave (TOURINHO FILHO, 2012).

Como bem refere Eluf (1999), diversas mudanças ocorreram no Brasil, em termos de comportamento social; a liberdade sexual passou a ter novos traços, a submissão da mulher passou a não ser mais aceita, e o Código Penal de 1940 ficou ultrapassado.

No entanto, apesar de as mulheres terem adquirido direitos fundamentais, bem como o seu espaço na sociedade, é com pesar que se percebe que em alguns lares as visões machistas e patriarcais de domínio ainda se fazem presentes, sendo violentadas justamente por quem deveria protegê-las e ampará-las. Felizmente, a Lei Maria da Penha, conforme apresenta De Ávila no livro de Barin (2016, p. 12) “realizou uma revolução no âmbito do Sistema de Justiça, com a retirada da violência doméstica do subsistema do Juizado Especial Criminal, criando institutos como as medidas protetivas de urgência”.

Dados divulgados no Dia Internacional da Mulher, em 08 de março de 2017, por meio de levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, a pedidos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, intitulada como “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil”, demonstraram que, uma em cada três mulheres foram, de alguma forma, violentadas no ano de 2016 (DATAFOLHA, 2017).

A Lei nº 11.340 foi promulgada no ano de 2006, e tinha como objetivo criar “mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br/>>). A pesquisa acima mencionada foi elaborada onze anos após a sua entrada em vigor; contudo, ao contrário do que se esperava, a percepção da população vai de encontro ao propósito da Lei, demonstrando que 73% da população brasileira acredita que a violência contra a mulher aumentou nos últimos dez anos. Conforme a pesquisa “entre as mulheres, essa percepção eleva-se para 76% e, entre aquelas que foram vítimas de algum tipo de violência nos últimos doze meses, para 79%.” (DATAFOLHA, 2017, <www.forumseguranca.org.br>). Quando verificado de quem se tratava o agressor, em 61% dos casos eram conhecidos das vítimas; em 19%, companheiros; e, em 16%, ex companheiros. Quanto ao local, 43% indicaram ter ocorrido dentro das casas das vítimas.

A Lei buscava atingir a igualdade material, tratando desigualmente os desiguais, protegendo seus direitos e atingindo a equidade social, diferentemente do que acontecia anteriormente, quando o Brasil descumpria tratados internacionais por não respeitar e enfrentar a realidade vivida em muitos lares, qual seja, a violência intrafamiliar, o que acabou por gerar sanções, como lembra Dias (2013); daí o surgimento da Lei 11.340/06.

Maria da Penha era farmacêutica, casada com um professor universitário e economista, com quem possuía três filhas. Infelizmente, sua história acabou por se



tornar um dos casos mais emblemáticos do Brasil no que diz respeito à violência doméstica, tornando-se um modelo de persistência e determinação. Conforme revela o levantamento do Datafolha, não é possível perceber notória transformação da violência à medida que se desenvolve a renda e a escolaridade dos sujeitos, “sendo um pouco superior entre a população de baixa renda (até 2 salários mínimos) e com menor escolaridade (75% em ambos os grupos).” (DATAFOLHA, 2017, <www.forumseguranca.org.br>), dado que é corroborado neste caso. Conforme Coutinho (2011, p. 27) “a violência é o fenômeno mais democrático que existe, não faz distinções de classe econômica, etnia ou cultura”.

A Lei Maria da Penha, além de definir as formas de violência praticadas contra a mulher, impede e rejeita, de forma expressa e enfática, a aplicação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra as mulheres, pois esta Lei considera os crimes com pena cominada de até dois anos como de menor potencial ofensivo. Assim, as lesões corporais leves contra uma mulher não serão disciplinadas pela Lei dos Juizados Especiais; bem como não dependerão da sua representação, pois serão de ação pública incondicionada, não reconhecendo a desistência.

Prevalecem, na redação da Lei em comento, seus fins sociais, destacados no artigo 4º, com o propósito de considerar as peculiaridades das mulheres, e de cada caso de violência doméstica e familiar, devendo o sistema jurídico tratar com sensibilidade os processos relativos ao que aborda a referida Lei, a fim de tornarem-se efetivos os mecanismos de proteção à mulher (SOUZA, 2007).

Conforme cita Maria Berenice Dias, o poder judiciário adotou um papel de grande relevância para sua eficácia, inovando em suas decisões. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal (STF), a partir dos julgamentos da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 4424, passou a fixar entendimentos de caráter vinculativo quanto aos andamentos de processos que versam sobre violência doméstica contra a mulher, corroborando a dispensa de representação da vítima, além da legitimidade do Ministério Público de intentar a ação, bem como da não aplicação da Lei 9.099/95, nem seus benefícios, quais sejam: transação penal, composição civil dos danos e suspensão condicional do processo.

Infelizmente Maria da Penha não se trata de uma vítima solitária nas estatísticas, muito menos de um caso isolado, e, conforme Souza (2007), o Brasil não se trata do único país a enfrentar tais problemas, pesquisas indicam que a mulher sofre violências, principalmente praticadas por seu marido, companheiro ou convivente, no mundo todo, em diversos contextos sociais.



3 OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE ANALISADOS EM CONJUNTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência de gênero contra a mulher e as raízes culturais machistas, que ainda, infelizmente, acompanham a sociedade com estereótipos do ser feminino e do ser masculino, reputam pertinentes o débito conjugal, impondo à mulher o dever de ter relações sexuais com seu esposo, independentemente do seu desejo, sob pena de ser substituída por outra, ou ainda, violentada ou ameaçada até que seja efetivada a prática do ato.

Trazer à tona tais mitos e crenças implica no desfazimento de preconceitos que foram difundidos durante milênios. Por meio das revoluções sociais ocorridas no século XVIII, principalmente a Revolução Francesa, que teve como lema liberdade, igualdade e fraternidade entre homens e mulheres, foram postos em debate os demais princípios e garantias, como o da dignidade da pessoa humana, que, intrinsecamente, distingue cada ser humano e propicia e promove a vida em comunhão com os demais sujeitos de respeito e detentores de direitos e deveres; cada uma dessas modificações foram de fundamental importância para o reconhecimento da possibilidade de capitulação do delito de estupro tendo como sujeito ativo o cônjuge ou companheiro.

A Constituição Federal de 1988 quebrou diversos paradigmas patriarcais, e, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana se adotou uma nova ordem de valores. Com isso, grandes transformações ocorreram para o direito de família, como por exemplo, o reconhecimento trazido pelos artigos 5º, I e 226, §5º, que corroboram o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Atentados à dignidade compõem nítida violação aos direitos humanos, assim como as agressões e humilhações praticadas contra as mulheres no seio do lar, de modo ao qual se nega, de forma invariável, os direitos fundamentais do ser humano. A violência praticada contra a mulher é ilícito penal que viola a dignidade das vítimas; cabe ao Estado assegurar as garantias conferidas aos cidadãos por meio da Constituição Federal, bem como nos demais tratados firmados, promovendo os direitos e liberdades já consagrados; em não havendo tal proteção, poderá comprometer sua própria soberania (DIAS, 2013).

Quanto ao estupro marital, lembra Nucci (2014) que se trata de uma ofensa à dignidade da pessoa humana fazer uso da violência ou grave ameaça para atingir um ato que deveria ser, sempre, inspirado pelos mais lindos sentimentos.

A violência de gênero, conforme refere Souza (2007, p. 35), “se apresenta como uma forma mais extensa e se generalizou como uma expressão utilizada para fazer referência aos diversos atos praticados contra as mulheres”, submetendo-as a torturas física, sexual e psicológica, impondo a elas a subordinação e o controle sobre suas atitudes e pensamentos, tanto no âmbito intrafamiliar, quanto no social,



que é expressada por meio da força da palavra imposta pelo homem, estruturada na cultura e nas convenções sociais, ou seja, a dominação do homem sobre a mulher encontra-se mascarada, mas pode ser facilmente identificada na divisão social do trabalho e nas atividades desenvolvidas por cada um dos sexos (COUTINHO, 2011). Tal violência é corroborada por meio de um estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2017, <<http://www.ipea.gov.br>>), denominado “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça” que apurou que “as mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana”.

No entanto, mesmo sendo fomentada a elaboração de políticas públicas com o propósito de concretizar a isonomia entre os gêneros por meio de medidas e ações afirmativas, ainda perdura, nos dias de hoje, a violência doméstica e familiar contra a mulher, alcançando o ápice de afronta aos direitos fundamentais: o desrespeito à liberdade sexual do indivíduo.

Na maior parte das vezes a violência segue um padrão, nem sempre as mulheres são agredidas de maneira constante, mas também ela não ocorrerá por acaso. É possível admitir, como regra, que a violência iniciará com um episódio de nervosismo, acompanhado de espancamento leve, momento ao qual a mulher tentará amenizar a situação; após, virá a fase da explosão, com espancamento grave, falta de controle e imprevisibilidade, neste momento, a mulher poderá tomar alguma atitude, ligando para a polícia ou pedindo ajuda aos familiares; na terceira fase acontecerá a chamada “lua de mel”, quando o homem se desculpará do que fez, mas negará a violência cometida e prometerá mudar.

Mesmo que a violência ocorra de forma repetitiva, o rompimento da relação não se dá de maneira rápida, diversos medos e dúvidas fazem com que a vítima permaneça por muito tempo em uma relação violenta, pois leva em consideração a família que constituiu com o seu agressor, a vergonha e a apreensão em buscar ajuda, o receio de ser discriminada, a esperança de que o comportamento do ofensor mude e, muitas das vezes, a dependência econômica em relação ao parceiro, considerando que muitas das vezes a mulher é impedida de trabalhar por ele (COUTINHO, 2011).

4 O ESTUPRO COMETIDO NO AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR E A RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO MEIO DE PROVA

A violência doméstica é aquela praticada no seio familiar, ou seja, nas relações entre os seus integrantes, podendo tratar-se de vínculo de parentesco natural, civil, de afinidade ou afetivo; o primeiro trata de pai, mãe, filhos, etc.; o segundo de marido, sogra, padrasto; o terceiro, por exemplo, o primo ou tio do marido; e por fim, o quarto, amigo ou amiga que resida em conjunto (CAVALCANTI, 2012).



Portanto, é classificada como aquela ação praticada por familiares ou pessoas que tenham relação de convivência e que dela resulte morte, dano ou sofrimento, seja ele físico, seja ele psicológico; e que, o agressor, por ter uma relação íntima e/ou de afeto com a vítima, vale-se deste privilégio para praticar a conduta. E, justamente por se valer do papel de prestígio na vida dessa pessoa, partilhando do mesmo espaço de habitação, torna o problema muito maior e mais complexo, pois penetra no íntimo das famílias e dos indivíduos que ali permeiam. Muitas dessas violências praticadas agravam-se, por não ter, como regra geral, testemunhas.

Como bem refere Cavalcanti (2012), o fato da conduta violenta ser praticada por alguém com estreita convivência com a vítima (como exemplo cita-se companheiros, maridos, namorados, sejam eles atuais ou não) e não por terceiro estranho à ela, aumenta o potencial ofensivo do agente, considerando que pode vir a acontecer em repetidas oportunidades, de forma ainda mais grave, como é o caso daquela mulher que sofreu diversas violações e ameaças, e que por fim, acaba sendo vítima de homicídio pelo seu agressor. E, sendo a vítima e o agressor membros da mesma unidade familiar, ou então que partilham o mesmo espaço de habitação, faz com que seja um problema de difícil enfrentamento.

Em consonância ao que foi dito anteriormente, há cerca de vinte sete anos atrás, no Brasil, era possível ser alegado pelo homem, que cometia o crime de homicídio contra sua própria esposa, a defesa da sua honra, sendo absolvido pelo Tribunal do Júri sob a tese de excludente de ilicitude. No entanto, apesar das mudanças legislativas, do advento de leis protetivas, ainda são altos os índices de violência doméstica no Brasil.

O estupro marital tem o mesmo conceito do crime de estupro comum, quando a vítima, por meio de violência ou grave ameaça, é compelida à prática de ato sexual, com vistas à satisfação da lascívia de outrem; contudo, nestes casos, o sujeito ativo é marido, mas alcança também o instituto da união estável, quando o estupro é praticado pelo companheiro contra a companheira, considerando o artigo 1.724 do Código Civil.

É inadmissível, segundo Prado (2011), que a esposa ou companheira não possa recusar-se à prática do ato sexual com o marido ou companheiro, em face da relação matrimonial ou de união estável entre as partes. Além de violação à liberdade sexual, será desrespeitado o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há de se falar de exercício regular de um direito quando o homem alcança a conjunção carnal com sua companheira por meio do uso de violência ou grave ameaça.

No mesmo sentido, Capez (2012) refere o direito soberano de escolha da mulher de dispor de seu corpo, de modo que não sejam, de forma alguma, empregados meios ilícitos, tais como violência ou grave ameaça, para compeli-la à prática de qualquer ato sexual; caso ocorram repetidas recusas, poderá ser interpretado como motivo



suficiente para separação, por violação a um dever do casamento, estabelecido no Código Civil em seu artigo 1.566, II, sendo este o da “vida em comum, no domicílio conjugal” (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br/>>).

Como bem leciona Nucci (2013, p. 967), tempos atrás a mulher era objetificada, e o homem detinha o direito de posse e de dominação sobre ela, podendo obrigá-la à conjunção carnal, sendo possível empregar, inclusive, a violência ou a grave ameaça.

Nesse sentido, Hungria, assim como Noronha, entendem inexistir o crime de estupro marital, pois acreditam que as relações sexuais são questões pertinentes à vida do casal e que o marido tem direito de impor a ela a obrigação sexual. Para Hungria (1981, p. 114, grifo do autor) “o estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges”; contudo, reconhece o coito anal como atentado violento ao pudor, por não tratar-se de obrigação sexual “normal”, ou seja, é diferente do coito vaginal. Seguindo o mesmo pensamento, Noronha (1994) refere que a mulher só será desobrigada em casos que o marido estiver afetado com “moléstia venérea”.

Por muitos anos tal concepção prevaleceu, e, por meio dela, diversas injustiças ocorreram. Em decorrência da disseminação desses pensamentos machistas e da suposta existência de “débito conjugal”, inicialmente as mulheres não denunciavam o estupro quando se dirigiam às Delegacias, segundo Eluf (1999, p. 34) “queixavam-se apenas do espancamento, acreditando, erroneamente, que o sexo era uma obrigação conjugal”. Do mesmo modo, Eluf menciona que é “absolutamente inadmissível que a esposa não tenha o direito de recusar-se, eventualmente, ao sexo com seu marido pela simples razão de ter se casado com ele”, considerando que no dia a dia ocorrem brigas e desentendimentos naturais da relação.

Nucci (2014, p. 236), assim como os demais doutrinadores da atualidade, não corrobora o entendimento de que o marido detém a posse da mulher, considerando que os direitos e deveres intrínsecos da relação matrimonial são equivalentes.

Ao encontro do que Nucci afirma, Eluf (1999) refuta, veementemente, qualquer argumento que possa justificar a violência marital, independente da modalidade de relacionamento sexual a ser praticado pelo casal, considerando que a negativa da mulher ao ato sexual não precisa ser baseada em argumentos contundentes, sendo a mera indisposição, ou a falta de vontade, motivos suficientes para que não ocorra a conjunção carnal, ou qualquer outro ato relacionado, garantindo o direito da mulher dispor livremente sobre o próprio corpo.

Desse modo, caso o marido ou companheiro não respeite o direito da mulher em negar-se à prática do ato sexual e cometa o crime de estupro no âmbito da relação conjugal entre as partes, conforme estabelece o artigo 226, II, do Código Penal, a pena será aumentada de metade.

A mulher tem o direito, e deve recusar-se quando não quiser manter relações



sexuais maritais, e o Estado deverá intervir caso ocorra um desrespeito a essa garantia, pois trata-se de uma violência à condição humana negar a existência do estupro conjugal, ferindo diretamente os princípios da dignidade e da igualdade.

Infelizmente, não é somente a mulher que será atingida nesses casos, mas sim o instituto familiar como um todo, sobretudo os filhos, que perceberão com nitidez todo o sofrimento vivido por suas mães, assim como terão consciência da invisibilidade do crime de maior incidência em nosso país (DIAS, 2013), e ainda, terão de enfrentar a disputa processual, com vistas a comprovar o fato ocorrido e a imputar ao seu pai a conduta delitativa constante no artigo 213 do Código Penal, apresentando provas capazes de corroborar o afirmado, viabilizando o prosseguimento da ação penal, com o objetivo de condenar o agressor e comprovar os fatos e circunstâncias alegados.

Têm-se, como parte fundamental do sistema normativo brasileiro, os meios de prova, que são elementos que compõem a busca pela demonstração lógica da realidade, ou seja, é assegurada ao julgador a reconstrução dos fatos, para que assim tenha uma noção mais precisa de como ocorreram os episódios narrados.

Processualmente falando, o intuito da parte é buscar a certeza, que é subjetiva, diferentemente da verdade, que é objetiva, e provém de um trabalho complexo e nem sempre alcançável. Buscando a certeza, a parte direciona o juiz e procura convencê-lo, persuadindo-o, de forma racional, por meio das provas, para que possa inferir que a verdade diz respeito aos fatos alegados em sua peça, seja ela de defesa, seja de acusação.

Nesse contexto, a realidade não é, exatamente, o objeto da prova, sequer do processo; contudo, isso não significa afirmar que o juiz terá uma convicção falsa, mas sim que alcançou a certeza necessária para sentenciar, pois a parte provou e o convenceu de que a sua noção de realidade se trata da correta (NUCCI, 2011).

Para que o juiz possa apreciar as provas, caberá às partes o encargo de providenciá-las e apresentá-las; tal obrigação se refere ao ônus probatório, não sendo possível desincumbir-se, sob pena de ter prejudicado seu próprio interesse; a parte tem o dever de demonstrar a verdade, e caso não o faça, não convencerá o juiz da sua pretensão, e por consequência, não terá êxito em sua demanda.

Por meio do artigo 155 do Código de Processo Penal a teoria do livre convencimento motivado foi disciplinada, estabelecendo que o juiz deverá formar sua convicção “pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br/>>), pois, no procedimento inquisitivo, o qual está amparado o inquérito policial, não há previsão do contraditório e da ampla defesa; ou seja, a produção de provas, exceto aquelas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, deverão ser refeitas, neste caso, diante do julgador.



Segundo preceitua o artigo 158 do Código de Processo Penal, “será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL, 1941, <<http://www.planalto.gov.br/>>); inclusive, em sendo possível sua realização, e em não havendo, poderá acarretar nulidade da prova produzida em seu lugar, segundo artigo 564, III, “b”, do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma exceção ao princípio da livre apreciação da prova produzida judicialmente, com a adoção do sistema da prova legal, não sendo possível ao magistrado alcançar o entendimento da verdade por qualquer outro meio de prova existente, conforme cita Capez (2012, p. 39), “seja pela confissão do acusado, robusta documentação ou documentos testemunhais idôneos, pois a lei se apega ao formalismo de exigir a prova pericial como único meio de comprovar a materialidade delitiva”. Entende-se como exame de corpo de delito direto quando ocorre a perícia técnica e os especialistas possuem condições de auferir e afirmar a existência de determinada situação ou fato.

Ainda, há a possibilidade de realização do corpo de delito indireto em duas circunstâncias: quando restam somente vestígios imateriais, ou, embora restassem vestígios materiais, estes foram destruídos ou ocultados, seja por força da natureza, seja por ação do agente causador da infração. No caso da segunda situação, em não sendo possível a realização de exame, a coleta de prova testemunhal poderá substituí-lo, conforme artigo 167 do Código de Processo Penal, consagrando, desse modo, a materialidade do delito.

Os delitos sexuais nem sempre deixam marcas ou vestígios, ainda que praticados com violência ou grave ameaça. Estabelece-se como regra que, em havendo a violência real e, que a vítima compareça na delegacia ou hospital para análise médica logo após o crime, são grandes as possibilidades de obter-se sucesso na elaboração do exame do corpo de delito.

Nos casos de tentativa, quando o sujeito ativo não consuma o ato da conjunção carnal, como cita Capez (2012, p. 38-39), raramente restam elementos a serem periciados junto à vítima. Do mesmo modo, em havendo a consumação, “os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido, como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça”, situação de vulnerabilidade da ofendida.

Há também nos casos em que o agente não ejacula, tornando-se, em tese, impossível realização de perícia, contudo, embora não existam vestígios da prática do ato sexual, rastros pelo corpo oriundos da violência ou grave ameaça podem ser constatados, elaborando-se laudo que ateste as lesões pelo corpo da vítima, não necessariamente vaginais. Ainda, podem ocorrer atos libidinosos diversos da conjunção carnal, conforme cita Nucci (2011, p. 68), referindo-se a um “beijo lascivo



forçado, imune a exames periciais, por inexistência de vestígio, como regra”.

As principais provas em caso de crime contra a dignidade sexual dividem-se em seis, sendo elas: da conjunção carnal, da violência empregada, da violência moral, da tentativa do crime de estupro na hipótese em que não houve contato corporal, da autoria e da palavra da vítima, conforme ensina Capez (2012).

À época da edição do livro “Crimes contra os costumes e assédio sexual”, de autoria de Eluf (1999), havia julgados que admitiam a prática do estupro marital, bem como os que afirmavam não ter credibilidade a palavra exclusiva da vítima, considerando que os fatos ocorriam sem a presença de testemunhas, dentro do quarto do casal.

A autora, com vistas a contextualizar os ensinamentos acerca do estupro marital, colacionou a doutrina parte de uma decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal 123.887-2 (JTJ/285), no qual o réu alegava que “a prova não autorizava a condenação, porquanto não merece credibilidade a palavra exclusiva da vítima, pois os fatos ocorreram no interior do quarto do casal. Ademais, o apelante confessou que apenas agredira a ofendida [...]”, decidindo os Eméritos julgadores no sentido de que a “esposa que não fica à mercê dos caprichos lúbricos do marido – Recurso não provido. *Ao contrário do que ocorre com o estupro, o atentado violento ao pudor pode ser praticado pelo marido contra a mulher*” (ELUF, 1999, p. 35/36, grifo do autor).

Veja-se que, à época deste julgado, em 27 de outubro de 1993, além de não se admitir a capitulação como conduta delitiva o estupro marital, punia-se somente o atentado violento ao pudor, que hoje encontra previsão junto ao tipo penal de estupro, e, ainda, a palavra da vítima não possuía grande valoração.

Atualmente, graças à evolução jurídica, é admitida a possibilidade de tipificação do delito de estupro no relacionamento conjugal entre as partes; contudo, considerando tratar-se de prova difícil de ser coletada, pois o crime ocorre no seio do lar, é questionado se a palavra da vítima pode ser suficiente como prova da materialidade do ato.

Para o doutrinador Nucci (2013, p. 968), embora seja admitida a possibilidade de haver estupro marital, sendo afastada a tese de exercício regular de direito, trata-se de prova de difícil coleta, considerando que o fato, em regra, ocorre sem a presença de testemunhas, “sendo insuficiente a palavra da vítima contra a palavra da parte agressora. Por isso, é indispensável que existam provas sólidas, a fim de não se justificar abusos de toda ordem, originários de meras brigas domésticas”.

Em verdade, Nucci (2011, p. 159, grifo do autor) protege-se ao concluir ser insuficiente a palavra da vítima, pois as declarações da ofendida são colhidas sem o dever de dizer a verdade, “podendo ser parciais, espelhando uma visão particular dos fatos narrados na peça acusatória”, pois é a maior interessada na punição de seu



agressor, e tais alegações são expressadas por meio da denúncia, pois o Ministério Público baseia-se no relato da vítima e nas provas colhidas durante inquérito policial. Refere ainda, que a pessoa, vítima de delitos sexuais, por haver vínculo consanguíneo ou emocional com o agente, “tende a narrar os fatos de modo originariamente parcial, buscando denegrir o réu e salientar a *inocência* completa da parte da ofendida”.

Diante do envolvimento da vítima, ela poderá não ser capaz de declarar precisamente o que de fato ocorreu, pois, em regra, está sob o efeito de diversas emoções, considerando que teve sua intimidade violada, ocasionando raiva, receio, angústia, dentre outros sentimentos, podendo incorrer em erro e memórias modificadas, com falsas percepções de realidade, ou até mesmo, desejo de vingança.

Na concepção de Nucci (2011, p. 159-160), deve o juiz, por tratar-se a palavra da vítima meio de prova hábil, valorar a prova diante do caso concreto, “conforme a credibilidade inspirada por cada declaração colhida”, pois “a palavra isolada da vítima, nos autos, pode dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”.

Neste mesmo sentido, para Noronha (1994), a palavra deverá ser aceita; contudo, deverá observar determinadas ressalvas, pois em decorrência de querer que o seu ofensor seja condenado, poderá a vítima vir a mentir, deste modo acarretando no crime de denúncia caluniosa previsto no artigo 339 do Código Penal. Embora exista o risco da falsa declaração, não se pode negar tratar-se, a palavra da vítima, de meio de prova capaz de confrontar os demais elementos probatórios.

Para Eluf (1999), há um descrédito maior à palavra da vítima quando se trata de crime sexual, citando como exemplo o crime de roubo, o qual o ofendido registra a ocorrência policial, declarando ter sido assaltado com o emprego de violência ou grave ameaça, e nenhuma pessoa duvida do que é afirmado por ele. Em se tratando de estupro, as mulheres são ouvidas com ressalvas, muitas vezes sendo duramente questionadas, de modo que é perceptível a descrença no que é apresentado pela vítima.

De acordo com Dias e Joaquim (2013), pessoas, cientes da força probatória da palavra da vítima, com má-fé, podem imputar a outrem o delito de estupro sem que, na verdade, seja verídico tal fato. Segundo os autores, há casos de filhos que não concordam com o relacionamento da mãe e imputam ao seu parceiro o referido crime, com o propósito de interromper o envolvimento amoroso da genitora. Assim, acabam por ocasionar mais preconceitos quanto à veracidade do que é dito pela ofendida, e, nessa perspectiva, consoante afirma Boujikian (2013, não paginado), “pesquisas apontam para a forte discriminação que as mulheres sofrem quando vítimas de crimes sexuais, no que se refere à valoração que se faz da prova produzida”.

No entendimento de Tourinho Filho (2008), em ocorrendo delitos tidos como “às escuras”, a palavra da vítima terá relevante importância, possuindo valor



extraordinário, tendo em vista que ocorrem distante de pessoas que possam vir a testemunhar a conduta delitiva praticada.

Para Boujikian (2013, não paginado), a prova pericial possui grande importância, no entanto, conforme visto anteriormente, nem sempre é possível a sua realização, tendo em vista que não são todos os crimes que deixam vestígios a serem periciados. Nessas ocasiões, “a maior atenção deve ser voltada para as declarações da vítima e, caso ela tenha fornecido dados coesos e harmônicos, não há razão alguma para afastar de credibilidade referida prova”.

Capez (2012, p. 42) refere que, “via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo ser aceita com reservas”; entretanto, em se tratando de delitos sexuais, bem como nos demais crimes praticados às ocultas, ou seja, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, com amparo nos demais elementos probatórios, deve ser aceita.

Tais elementos a que se refere Capez encontram amparo na Lei 11.340/06, artigo 12, §3º, que afirma que “serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.” (BRASIL, 2006, <<http://www.planalto.gov.br/>>), formando o exame de corpo de delito indireto. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.

[...]

4. Recurso em habeas corpus improvido. (BRASIL, 2013, <<http://www.stf.jus.br/>>).

Inclusive, mesmo que a vítima possa voltar a se relacionar com seu agressor, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado por meio da ADI nº 4424 já mencionada, com a posterior reconciliação do casal, a persecução penal não será interrompida nos casos de lesão corporal cometidos na seara doméstica e familiar, pois tem natureza de ação penal pública incondicionada à representação da vítima, e tem o propósito de evitar que a dependência psicológica sofrida pela mulher não a mantenha refém de um companheiro com comportamento agressivo.

Por meio de pesquisa jurisprudencial, podem-se constatar diversos julgados



do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no sentido de que a palavra da vítima possui suficiência probatória, independentemente da existência ou não de exame de corpo de delito direto. Da análise do Acórdão da Apelação Criminal nº 70068117514, depreende-se que a materialidade do crime restou comprovada por meio do boletim de ocorrência policial, por laudo pericial, por fotografias e pela ficha ambulatorial, emitida pelo hospital ao qual a vítima foi atendida. Nesse sentido, conforme refere a Relatora Desembargadora Presidente Naele Ochoa Piazzeta, a delimitação exata do momento em que teria ocorrido a conjunção carnal com violência não se mostra plausível, “uma vez que a confirmação da ocorrência do crime, bem como a de sua materialidade, encontra-se alicerçada na palavra da vítima”, sendo esta “elemento de convicção que ocupa papel fundamental em delitos contra a dignidade sexual, usualmente praticados de forma clandestina” (BRASIL, 2016, <<http://www.tjrs.jus.br>>).

Colacionou-se ao referido Acórdão um julgado do Superior Tribunal de Justiça, sendo este o *Habeas Corpus* 135.972/SP, ao qual refere o Relator Ministro Felix Fischer que, a palavra da vítima, em se tratando de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, “em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios” (BRASIL, 2016, <<http://www.stj.jus.br>>).

Por fim, observa-se que a palavra da vítima possui alto valor probatório nos casos de crimes sexuais, considerando que a violência cometida contra a mulher não se limita à sexual, como também se refere à psicológica, à física, à patrimonial, à moral, dentre outras, implicando na consolidação de uma relação patriarcal, que por sua vez afeta a autoestima, o poder decisório e a capacidade de reação da vítima. Tal valoração é concedida quando sua declaração é coerente e harmoniosa junto aos demais elementos probatórios, pois, conforme verificado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como nos tribunais superiores, o relato da vítima é meio suficientemente capaz de justificar a sentença condenatória nos casos de aplicação da Lei Maria da Penha.

5 CONCLUSÃO

Conforme se verificou, este artigo teve como objetivo investigar os meios de provas capazes de demonstrar a existência do crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, na relação conjugal.

A violência contra as mulheres deve ser considerada como uma dificuldade complexa e profunda que perturba as sociedades ao longo dos anos, gerando prejuízos gigantescos para as saúdes física, psicológica e reprodutiva das mulheres, necessitando ser vista sob a óptica social, com o apoio dos governantes, pois, por



trás da violência, há um contexto familiar, de parentesco, afinidade, econômico, histórico e cultural envolvidos.

Ainda há muito a ser feito, principalmente pelo Estado, que deve adotar as medidas necessárias, bem como a implementar políticas públicas voltadas para a prevenção, atenção, proteção, punição e reeducação, para, assim, ensejar o combate eficaz da violência doméstica, propiciando uma existência digna e livre da hostilidade e agressividade, considerando que tal violência praticada contra a mulher exemplifica uma clara violação à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Neste artigo classificou-se o crime de estupro, buscou-se corroborar a possibilidade de configuração do referido crime nas relações conjugais, analisaram-se, também, os meios de prova do direito penal brasileiro, demonstraram-se as modificações legais e ressaltou-se o advento da Lei 11.340/2006, chamada de Lei Maria da Penha, que representou grandes mudanças sociais, culturais e legislativas, apresentando-se o conceito e evolução da referida legislação, até a sua promulgação no ano de 2006, bem como pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, a pedidos do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, intitulada como “Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil”, que revelou dados coletados onze anos após o início da vigência da referida Lei, considerando que esta buscava atingir a igualdade material.

Nesse cenário, diante das diversas modificações sofridas na legislação brasileira acerca dos crimes contra a liberdade sexual e em relação à proteção da mulher, aliadas à evolução cultural e à transformação social, verifica-se a importância da palavra da vítima como meio de prova.

Isso porque, muito embora norteado por robusta legislação, o processo criminal, além das provas documentais, deve-se preocupar com a figura da ofendida, pois o que é apresentado por ela não se trata de um mero depoimento, mas, dentro do contexto probatório, meio capaz de incriminar o agressor.

Ou seja, nos casos dos delitos cometidos sem a presença de testemunhas, como ocorre nos crimes de roubo e contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é meio hábil para condenação em sendo coesa e harmônica a declaração da ofendida, conforme tem sido admitido no direito processual penal brasileiro pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelos tribunais superiores.

Nota-se que a violência sexual é uma repugnante violação à dignidade da pessoa humana, negando os valores basilares de uma relação conjugal, e, mais ainda, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, na medida em que o parceiro submete sua mulher a atos sexuais contra sua vontade, degradando-a moral e fisicamente.

Portanto, conclui-se que, a palavra da vítima, nos crimes praticados no ambiente doméstico e familiar, por marido ou companheiro, poderá ser suficiente para



condenação do acusado, contudo, deverá partir de uma análise do caso concreto, com prudência, e de acordo com as circunstâncias do fato, do conjunto probatório e dos demais elementos presentes nos autos. Inadmiti-la seria como negar a existência do estupro conjugal, também desrespeitando a liberdade que a mulher, assim como os demais indivíduos, tem, de dispor de seu corpo, independentemente da circunstância, inclusive perante seu cônjuge ou companheiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Lei 8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 set. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos,



nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BARIN, Catiuce Ribas. **Violência doméstica contra a mulher: programas de intervenção com agressores e sua eficácia como resposta penal**. Curitiba: Juruá, 2016.

BOUJIKIAN, Kenarik. Credibilidade da palavra da vítima com prova de violência sexual, por Kenarix Boujikian. **Compromissos e atitude**, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/credibilidade-da-palavra-da-vitima-como-prova-de-violencia-sexual-por-kenarik-boujikian/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

COUTINHO, Rúbian Corrêa. **O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: uma construção coletiva**. [s.l.]: CNPG, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, T. M.; JOAQUIM, E. D. O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista JurisFIB**, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2018.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os costumes e assédio sexual**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil. **Fórum Segurança**, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. de; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao código penal: Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.



INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das desigualdades de gênero e raça. *IPEA*, ano 2015. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal; apresentação esquemática da matéria; jurisprudência atualizada. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial, arts. 121 a 249. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

_____. **Comentários ao código penal**: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação 70068117514**. Apelante: I. Apelado: M.P. Relator: Desembargador Sandro Luz Portal. Rio Grande do Sul, RS, 14 de jun. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado (Arts. 1º a 393)**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA¹

David Kelling de Souza²

Fabiana Marion Spengler³

1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades marcadas pelo regime democrático de Direito,⁴ o conflito integra a rotina das pessoas. As mais diversas causas podem dar azo ao aparecimento do conflito. Este, decorrente da convivência do homem em sociedade, pode surgir a partir de uma ruptura contratual, onde um contratante – ou os dois –, infringe(m) as cláusulas do compromisso firmado. Ainda, pode aparecer pelo não cumprimento de um papel social, o que não se dissocia da primeira hipótese (pois espera-se dos contratantes o respeito ao pacto firmado).

Com a consciência da existência do conflito premente e a partir da necessidade de entendê-lo, o trabalho que se apresenta contém o seguinte problema de pesquisa: a mediação de conflitos prevista no atual Código de Processo Civil é política pública que fomenta o acesso à justiça no Brasil?

O objetivo geral, por sua vez, está pautado em discutir os conflitos sociojurídicos atuais e investigar o Código de Processo Civil como política pública de acesso do

1 O presente texto compôs a monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul.

2 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc).

3 É Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq (PQ2), pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa “O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 02/2017 - PqG – Pesquisador Gaúcho, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos, e-mail: fabiana@unisc.br, link currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>.

4 Neste tipo de sociedade é que existe a possibilidade de atuação e participação da sociedade, diferente do que ocorre nos Estados Ditatoriais, por exemplo.



cidadão à justiça. Apresentam-se, como objetivos específicos: a) delimitação da temática referente aos conflitos sociojurídicos; e b) a análise da mediação de conflitos sob a égide do Código de Processo Civil em vigor, precipuamente o caráter deste como instrumento de concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, política pública de acesso à justiça.

Para cumprir a proposta delineada, esta pesquisa se desenvolveu a partir da leitura de textos constantes em livros, artigos e diplomas legais, possuindo como tipo de pesquisa a bibliográfica. Como método, utilizou-se o hermenêutico, forma como se deu a interpretação dos textos estudados, dos quais se extraíram conceitos, princípios e buscou-se a resposta dirimida no problema de pesquisa.

O texto traz consigo alguns pontos criticados pela doutrina no que tange à mediação inserida nos dispositivos legais do Código de Processo Civil, com vista a contextualizar os princípios constitucionais, processuais e da autocomposição.

2 O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS INSERIDA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor dispõe sobre o instituto da mediação como forma de autocomposição de conflitos. Assim, havendo a disposição dos envolvidos na lide, mesmo que a ação judicial já tenha sido a via escolhida, os demandantes poderão fazer uso das ferramentas consentâneas de tratamento de controvérsias, conforme esclarece Fernanda Tartuce (2016).

Aliás, o Código de Processo Civil vigente desde 2016, traz consigo um vértice principiológico, porquanto lança mão dos métodos autocompositivos para o tratamento dos conflitos, conforme o art. 3º e seus parágrafos 2º e 3º.

O *caput* do art. 3º do CPC prescreve que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br), ou seja, contempla o princípio da inafastabilidade da jurisdição, incorporando o que o inciso XXXV da Constituição Federal já previa, *in verbis*:

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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).



Dessa forma, o *Códex* engloba a máxima constitucional de que a tutela jurisdicional deve ser tempestiva e efetiva, e o procedimento deve ser adequado ao caso em concreto (CAHALI; CAHALI, 2017). Os parágrafos do art. 3º do CPC deixam claro o intuito do legislador. O parágrafo 2º prevê que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br), enquanto o parágrafo 3º, ambos do art. 3º do Código de Processo Civil expressa que:

A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

Objetiva o legislador ordinário, dessa forma, proporcionar às pessoas que contendem uma demanda, a oportunidade de dar ao seu conflito o condão autonomizador dos meios adequados de tratamento de controvérsias, mormente porque, como visto ao longo do trabalho, poderão elas contar com um facilitador (mediador ou conciliador) para auxiliá-las a juntas, buscar a composição do conflito.

De mais a mais, a previsão legal, para Cahali e Cahali (2017, p. 84) “revela um aprimoramento do sistema de resolução de conflitos, com ampliação do acesso à justiça, não restrito à solução adjudicada e impositiva, englobando os métodos consensuais”. Ou seja, tem-se uma nova noção de ação à justiça e, por conseguinte, as políticas públicas que visam ao seu alcance.

Analisar a política pública de acesso à justiça inserida no CPC importa em conferir, de forma crítica, a positivação da mediação de conflitos ao longo do texto do diploma legal.

Logo, é necessário que se esclareça de partida, que os dispositivos legais inseridos no Código de Processo Civil geram algumas dúvidas aos operadores e aplicadores do direito. Isto porque, em que pese a mediação seja amparada, como alhures mencionado, pelo princípio da voluntariedade, uma análise do Código de Processo Civil pode levar à compreensão diversa do princípio da autonomia da vontade das partes. Senão, veja-se:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

O texto do art. 334 do Código de Processo Civil continua (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br):



§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

A partir do dispositivo legal, alguns pontos são discutíveis e serão abordados ao longo deste texto. O primeiro deles é a obrigatoriedade da realização da mediação no deslinde do processo contencioso, tal como prevê o art. 334, *caput*, do CPC, acima transcrito. Outro ponto é o que se refere a quais são os conflitos que admitem a autocomposição, consoante o inciso II, parágrafo 4º, do art. 334, também do CPC. Por fim, o terceiro ponto: deve o autor declinar o interesse ou não na realização do procedimento de mediação ou de conciliação para ter a petição inicial recebida pelo juízo, conforme aduz o art. 319, inciso VII, do CPC?

Fragmentados os pontos polêmicos doutrinários, busca-se a resposta para alguns deles, sendo que, ao final, com espectro na doutrina processualista e de políticas públicas, apreciar-se-á a mediação de conflitos no Código de Processo Civil e o caráter do diploma legal como política de acesso à justiça, no seu significado e extensão.

2.1 A (in)voluntariedade das partes e a sessão de mediação: interpretação do art. 334 do CPC

Já referido que o *caput* do art. 334 e o seu parágrafo 4º, do Código de Processo Civil demonstram o intento legislativo para a incorporação dos métodos consensuais de tratamento dos conflitos nos ditames processuais no Brasil. Entretanto, é motivo de cautela se referir que um procedimento cuja vantagem e principiologia é a voluntariedade das partes, seja obrigatório quando do ajuizamento da demanda.

Fernanda Tartuce (2016, p. 299), esclarece que

ao mesmo tempo em que a obrigatoriedade é apontada por alguns especialistas como meio mais propício para o desenvolvimento da mediação, ela também pode gerar um desvirtuamento das características essenciais do mecanismo pela falta de sua consagração empírica representada pela imposição legal de um modelo.

A mesma autora traz exemplos de nações nos quais a mediação é pré-requisito para o acesso à jurisdição. No país *hermano*, por exemplo, a Lei de Mediação e



Conciliação Argentina condiciona o acesso ao Judiciário à comprovação da realização da prévia sessão de mediação ou audiência de conciliação (TARTUCE, 2016). A prudência, aqui, deve residir especialmente no fato de incorporar um procedimento cuja obrigatoriedade é requisito para o acesso à justiça, transformaria a autocomposição em apenas mais uma etapa desse processo.

Interessante, destarte, que no Canadá existe uma exposição prévia do que é a mediação. Este procedimento, que serve para esclarecer os objetivos do instituto, obriga que os conflitantes cuja tensão seja afeita ao direito de família, submetam-se a uma palestra sobre as técnicas da conciliação e da mediação.

Nesse espectro, Tartuce (2016) entende que a prática do Canadá se revela como a forma mais apropriada de enfrentar a mediação, pois não obriga que as partes se submetam a ela, mas apenas para que possam se informar sobre as técnicas autocompositivas.

Com efeito, a voluntariedade é um dos princípios mais relevantes da mediação. Assim, Petrônio Calmon (2013) menciona que este princípio oportuniza aos demandantes a disponibilidade de, livremente, participar de um procedimento com vista a alcançar um ponto de equilíbrio, restabelecendo, quem sabe, os laços rompidos.

Nesse sentido, o Brasil parece ter seguido o caminho de Portugal, pois, naquele país, o texto legal consagra o princípio da voluntariedade, conforme se lê na doutrina de Tartuce (2016).

Outrossim, a partir da leitura dos princípios da mediação não se pode deduzir que um instrumento com o fito de possibilitar o diálogo entre as pessoas seja imposto pela norma, uma vez que não é arrazoado com a proposta transformadora da mediação, pois fere a autonomia das partes.

Ademais, deve-se levar em consideração o art. 1º do CPC, norma fundamental do sistema processual:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

O dispositivo é expresso quando prevê a necessidade da ordenação do processo civil sob a égide constitucional, pois o direito processual civil possui natureza jurídica de direito público, uma vez que voltado para a atividade do Judiciário (BUENO, 2017). O autor continua quando elucida que

o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da Constituição Federal. É ela – e não as leis – que moldam o “ser” (ou melhor, o *dever-ser*) do Estado



brasileiro, inclusive de seus órgãos jurisdicionais. (BUENO, 2017, p. 21, grifo do autor).

Ou seja, a leitura do CPC somente possui valor quando sistematizada com a exegese constitucional. Nesse sentido, extreme de dúvida que não se pode impor a realização de qualquer procedimento que condicione o exercício do direito de ação, quer no curso do processo (mediação judicial) quer na fase pré-processual (mediação extrajudicial).

Desse modo, cabe ao magistrado (conjuntamente com as partes e aqueles citados no *caput* do art. 334 do CPC) analisar a consistência do procedimento de autocomposição ao caso concreto, e aplicar o princípio da razoabilidade, extraído do sistema processual civil pátrio. Inclusive, esta é a compreensão de Fernanda Tartuce (2016, p. 304) ao mencionar que “no estado atual, à luz da garantia de acesso à justiça efetivamente se revela inadequada a previsão de prévia submissão a instâncias consensuais”.

Por conseguinte, Spengler (2016a) elenca quatro consequências da obrigatoriedade do procedimento. A primeira é a má vontade e ausência de colaboração das partes; a segunda é ver a mediação enquanto mais uma etapa do processo, na qual as pessoas apenas participam por imposição legal; a terceira, porque um acordo costurado sob a obrigatoriedade possui maiores chances de descumprimento e, ao cabo, a autora menciona que os princípios básicos da mediação poderão ser abandonados.

2.2 A indisponibilidade de direitos e os conflitos que admitem a transação

O inciso II inserido no parágrafo 4º, do art. 334 do Código de Processo Civil prevê que a “audiência” de mediação/conciliação não se realizará “quando não se admitir a autocomposição” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br). Primeiramente, prudente contextualizar e, mesmo que brevemente, trazer críticas ao termo “audiência” quando referente à mediação.

Isso porque, alguns autores questionam a utilização do termo, mormente quando se está diante de uma palavra cujo significado retrata um momento processual que, não necessariamente, existe para buscar o consenso (SPENGLER, 2017). Veja-se que a palavra diz com o sentido de escutar, de dar atenção e audição. Fernanda Tartuce (2016) esclarece que o termo, no processo, significa a audição pelo juiz, momento no qual as partes, representadas pelos seus advogados, falam e ouvem, bem como produzem provas.

Ou seja, atualmente a palavra audiência é “identificada com uma situação em que um magistrado preside o ato; nessa medida, a audiência é considerada o ato



processual solene realizado na sede do juízo” (TARTUCE, 2016, p. 273).

Continua Tartuce (2016, p. 273), quando menciona que o ato “se presta para que o juiz possa colher prova oral, ouvir os procuradores das partes e proferir decisão”.

É dizer, portanto, que para a mediação, que é um ato não solene, a palavra “sessão” se apresenta como mais adequada, visto que, diversamente das circunstâncias nas quais o juiz preside os trabalhos, os encontros da mediação decorrem da autonomia das partes e da consensualidade (TARTUCE, 2016).

Todavia, assentado que o termo mais adequado é “sessão de mediação”, considerando os dispositivos legais do Código de Processo Civil, ao longo do texto poderão ser encontradas menções às audiências de mediação.

Superada a terminologia, a análise da submissão do conflito aos métodos consensuais de tratamento de controvérsias passa pela tipificação de quais são as demandas passíveis de transação.

A doutrina menciona que apenas os bens sobre os quais pairam a disponibilidade admitem a autocomposição (CALMON, 2013). Deve-se, portanto, analisar quais são os bens indisponíveis e quais os critérios que os definem. A disponibilidade está genericamente associada ao caráter patrimonial do direito.

Todavia, a indisponibilidade de alguns direitos não elide a disposição do seu titular. Isto porque, embora muitas vezes a autocomposição esteja associada a um direito personalíssimo, como ocorre no direito das obrigações e no direito de família, a supressão das formas alternativas de tratamento dos conflitos no leque dos direitos de personalidade, como ocorre nos conflitos familiares, não é, para Tartuce (2016, p. 29) “coerente com as criativas saídas que podem ser encetadas para os litígios”.

Não obstante a indisponibilidade de alguns direitos, é reconhecida a existência de pontos transigíveis, como ocorre, por exemplo, nas ações de alimentos (TARTUCE, 2016). Aliás, a Lei nº 13.140 de 2015 (que estabelece a mediação de conflitos como solução de controvérsias entre particulares e particulares e a administração pública), dispõe no seu art. 3º e parágrafos que:

Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.
§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (BRASIL, 2015b, www.planalto.gov.br).

No que concerne ao direito de família, ainda, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem entendimento consolidado acerca da autocomposição:



[...] o acordo obtido em sessão de mediação não é vedado nem mesmo se o direito objeto do acordo for indisponível. Pois no direito de família a maioria dos direitos é indisponível. Assim, se adotado o entendimento de que não pode haver mediação se o direito for indisponível, ficará afastada praticamente toda e qualquer hipótese de mediação em ações de direito de família. E por conseguinte, haverá negativa de vigência ao art. 694, caput, do CPC. A obtenção de acordo nas sessões de mediação pré-processual, realizada sem a presença do agente ministerial e do juiz, representa o cumprimento estrito da nova principiologia adotada pelo CPC, de privilegiar soluções consensuais, especialmente em ações de direito de família. [...] NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. Apelação Cível Nº 70071448567, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 09/03/2017. (Grifo próprio).

Ademais, ao longo dos anos o conceito de família mudou e não comporta apenas aquele que antes era tido como tradicional: a família composta por homem, mulher e filhos. A participação de todos os membros da família e a alteração dos papéis sociais deles decorrentes foram decisivos para a transformação do contexto familiar.

Maria Berenice Dias menciona que “o amor tornou-se fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar” (DIAS, 2005, p. 67). Ou seja, a antiga dominância masculina (exercício da extinta nomenclatura “pátrio poder”) deu espaço à consolidação da afetividade entre as pessoas, transformando a família e a sociedade.

Como é sabido, o conflito é inerente à vida social e familiar. Assim, Sales (2007) menciona que no meio familiar há ampla dinamicidade nas relações. Esta dinâmica, associada à complexa vida social que hoje impera sobre as pessoas, leva a desentendimentos, comuns à evolução dos conceitos do que é família. Dessa forma,

numa família, entretanto, solidariedade e conflito coexistem. Toda família funciona como uma unidade social contraditória em que os recursos, os direitos, as obrigações e os interesses competitivos se confundem. Além dos conflitos por divergência de opiniões, de idéias (sic), de crenças ou de poder, ocorrem os conflitos decorrentes da disputa pelos afetos. Sua dinâmica e organização se baseiam na distribuição dos afetos, o que tende a criar um complexo dinamismo de competições e disputas motivadas pelo desejo de conquista de espaços que garantam o amor, o reconhecimento e a proteção, uns dos outros, necessidades básicas da condição humana. (SALES, 2007, p. 137 *apud* MUSZKAT, 2003, p. 24).



A mediação, portanto, é um método capaz de otimizar os relacionamentos no âmbito familiar, mormente porque, nos relacionamentos, não há perdedores ou vencedores, tal como no procedimento da mediação. Apesar dos antagonismos existentes no seio da família, os conflitos, se bem administrados contribuem para o amadurecimento dos indivíduos (SALES, 2007). Conforme Spengler (2011), há extrema vantagem na opção pela via da mediação nos conflitos familiares, pois o procedimento tende a aproximar as pessoas, bem como possui o caráter de autonomia, reflexão e responsabilização dos indivíduos pelas suas escolhas.

Logo, observa-se que a mediação familiar é um procedimento “imperfeito que emprega uma terceira pessoa imperfeita para ajudar pessoas imperfeitas a concluir um acordo imperfeito em um mundo imperfeito” (SPENGLER, 2011, p. 176 *apud* MARLOW, 1999, p. 31). É, pois, a partir da mediação que será possível identificar a verdadeira face do conflito, proporcionando aos mediandos a capacidade de real tratamento da sua demanda.

É o real tratamento dos conflitos que torna pertinente a utilização de ferramentas capazes de clarificar a raiz da controvérsia. Desse modo, a mediação possibilita o diálogo e a escuta, fazendo com que os mediandos possam se colocar no lugar do outro, proporcionando a conversa e, quem sabe, a solução da tensão (SALES, 2007).

A autora exemplifica, ainda, a mediação no término da relação conjugal, quando cita que

a mediação no divórcio é um processo cooperativo de resolver problemas, usando um mediador imparcial na assistência a um casal que se separa para alcançar um acordo nos assuntos que os dividem. Esses assuntos geralmente incluem partilha de bens, partilha de obrigações, sustento para um dos parceiros, e se o casal tem filhos, a guarda, os cuidados e o sustento. (SALES, 2007, p. 146 *apud* GRUNSPUN, 2000, p. 14).

Os ressentimentos, assim, devem ser tratados pela via do diálogo através da participação ativa das pessoas, que será possível na mediação familiar.

Ainda no que tange aos direitos indisponíveis, há, ainda, aqueles que envolvem a Fazenda Pública, existindo na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) possibilidade expressa da autocomposição em conflitos nos quais figurem as pessoas jurídicas de direito público (BRASIL, 2015b, www.planalto.gov.br). Outro exemplo acerca da transação é a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O Termo de Ajustamento de Conduta é firmado entre o Ministério Público, legitimado para promover a Ação Civil Pública, e o segundo ajustante (sujeito passivo), quando o *Parquet* verifica a incorreção da atuação deste ente (que pode ser público ou privado). Neste caso, não é possível ao *Parquet* abrir mão de um interesse de



ordem transindividual, mas ele pode se utilizar do meio consensual para proteger o interesse e o direito tutelado (TARTUCE, 2016).

Rui Portanova, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aduz que “a indisponibilidade e o interesse público prevalente sobre determinado direito vão surgir da interpretação do caso concreto conjugada com a valorização dada pelo legislador” (PORTANOVA, 2013, p. 116). E conclui, ao mencionar que “tanto pode ser indisponível o Direito privado como o Direito público” (PORTANOVA, 2013, p. 116).

Salienta-se, contudo, que em todos os casos é imprescindível verificar a existência ou não de vulnerabilidade entre os conflitantes, resguardando-se o direito das partes.

2.3 A (in)disposição das partes à sessão de mediação como requisito da petição inicial

Como mencionado, o legislador se esforçou para proporcionar aos litigantes o diálogo. Porém, tamanha preocupação resultou na imposição às partes a indicação destas acerca do interesse ou não na realização da solenidade de mediação ou conciliação.

Com efeito, indicar o interesse pela autocomposição é pré-requisito exigido pelo novo Código de Processo Civil para a admissibilidade da demanda, conforme o art. 319, que dispõe que “a petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação” (BRASIL, 2015a, www.planalto.gov.br).

Ademais, determinada a emenda à inicial pelo magistrado, no caso de não ter o autor informado sobre o interesse na sessão de mediação questiona-se: o presidente do processo deverá extinguir a ação, pela inépcia da inicial, ou apenas irá precluir o direito do autor a se manifestar sobre a disposição à realização da mediação?

A primeira doutrina, diz-se, aquela que inicialmente abordou as disposições do novo código aduz que “o autor deverá manifestar-se na petição inicial pelo desinteresse no ato, sob pena de preclusão” (SPENGLER NETO; ZUCHETTO; FERREIRA, 2016, p. 280). A preclusão é a perda do direito de agir. É um instituto de natureza processual e, como tal, regra os atos das partes e os seus limites.

A análise da afirmativa de que preclui o direito do autor, no que tange à mediação, parece, aos olhos desta pesquisa, tão somente suprimir a livre disposição do demandante em requerer o procedimento de mediação, ficando ele sujeito à vontade ou não do requerido (que deverá, no prazo de 10 dias antes da data da sessão agendada, dispor sobre o seu interesse na realização do ato).



Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 180) informam que “a hipótese de desinteresse [na mediação] exige maior cautela”. Continuam, ao mencionar que “o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 180).

De mais a mais, caso o autor decline o seu desinteresse no procedimento, mas o réu fique em silêncio quanto à realização do ato, a lei processual presume a intenção deste a se submeter à mediação ou conciliação, impondo ao autor a sua participação, ao arrepio e em dissonância com o princípio da voluntariedade.

Em que pese isso, é importante reconhecer o esforço do Código de Processo Civil ao introduzir os procedimentos da mediação e da conciliação e oportunizar momento próprio para isto. Isso porque, a incrementado o código com uma nova audiência, possibilita às partes o debate dos seus dilemas, bem ainda os seus direitos, antes que o réu tome conhecimento da inicial, por exemplo, e os ânimos fiquem ainda mais exaltados (SPENGLER, 2017).

Ademais, dá às pessoas envolvidas no conflito, a oportunidade de estabelecer um diálogo com a intermediação de um terceiro que não possui o papel de colher provas e impor uma sentença, mas valorizar o verdadeiro objetivo dos mediandos.

A diretriz imperativa na busca pela autocomposição, em que pese a imposição em certos casos, esclarece que a sentença não é a melhor ou a única hipótese para o fim da demanda, revelando a importância da solução consentânea como forma de resposta adequada do processo.

Os princípios constitucionais aplicados ao direito processual civil demonstram o escopo garantidor do acesso à justiça dos métodos autocompositivos, corroborando a política pública de resolução de controvérsias que é a mediação no Código de Processo Civil.

2.4 O caminho da mediação como política pública de acesso à justiça no Código de Processo Civil

O ciclo de uma política pública funda-se da seguinte forma: a) em um problema político (e, por conseguinte, do público); b) na construção de uma pauta política, como resultado dos problemas que chamam a atenção do governo/Estado e dos cidadãos; c) no envolvimento dos agentes com capacidade de decisão, com vista a diagnosticar os problemas e propor medidas para resolvê-los; e d) na fase de implementação, quando busca-se a concretização dos planos realizados nas etapas anteriores. Essas etapas foram assim discutidas a partir de Bucci (2006) e Mazza-Arzabe (2006), com o fito de compreender o papel do “jurídico” nas ações do poder público.

Agora, o campo para a compreensão da mediação de conflitos enquanto política pública de acesso à justiça está melhor assentado, de modo que se passa à



descrição do instituto como ação de governo/Estado com o fito de dar resposta aos problemas sociais e jurídicos existentes no Brasil.

Com efeito, a mediação de conflitos ganhou destaque com a implementação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, datada do ano de 2010. A partir de então, salienta Spengler (2016, p. 67), o instituto é “mais que um meio de acesso à justiça, fortalecedor da participação social do cidadão”, pois se revela como uma política do Poder Público que ganha destaque no cenário jurídico do Brasil, fomentando o tratamento adequado das disputas sociais.

Afirmar que a mediação de conflitos se revela como uma política pública é dizer que existe um problema a ser enfrentado. Este problema se assevera no fato de que o Judiciário brasileiro enfrenta extrema conflituosidade e excessiva carga processual, decorrente das transformações sociais dos últimos anos (WATANABE, 2011). Também decorre da fragilidade das políticas de enfrentamento das demandas judiciais, mormente porque ainda impera a solução adjudicada dos conflitos, isto é, através de uma sentença judicial, em detrimento das ferramentas inerentes aos métodos adequados de tratamento de dissenso.

A necessidade de respostas dos agentes políticos à crise da jurisdição torna-se mais perceptível a partir dos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça. O relatório “Justiça em Números”, com os dados de 2015 publicados no ano de 2016, revela que tramitaram naquele período 74 milhões de ações judiciais (CNJ, 2016, www.cnj.jus.br).

A sobrecarga processual, por conseguinte, leva a um congestionamento sistemático e institucionalizado, abordado no capítulo destinado a estudar as políticas públicas e o acesso à justiça. Este congestionamento acomete a jurisdição de tal modo que a duração das ações aumenta, reduzindo os princípios da razoável duração do processo e do acesso à justiça a meras normas de conduta processuais programáticas.

Na prática, a incorporação das ferramentas adequadas de tratamento de conflitos de forma consensual, assegura Watanabe (2011), além de reduzir a quantidade de processos e a duração temporal destes, é fundamental para a transformação social, conduzindo os indivíduos a uma cultura de empoderamento e maior coesão social.

Mas transformar uma cultura social litigiosa em uma outra cultura com vista ao tratamento adequado dos conflitos demanda a elaboração de uma agenda política pautada pela participação de agentes públicos e da sociedade.

É notável que a política pública funciona a partir de uma dimensão participativa dos indivíduos inseridos no problema político. Assim, a ação do Estado demanda uma forma mais razoável que possibilite aos indivíduos inseridos na problemática social identificar os pontos de fragilidade das suas demandas e prospectar as soluções possíveis para a transformação da sua realidade (MAZZA-ARZABE, 2006).



Nesse sentido, é possível verificar que a agenda de elaboração do projeto de lei que consumou o Código de Processo Civil demonstra tanto a disposição política para a adequação da norma com o objetivo de garantir o acesso à justiça (em seu mais amplo conceito), quanto as razões que deram azo à formulação do diploma legal. Neste sentido, menciona o legislador na exposição de motivos do CPC

um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. (SENADO FEDERAL, 2015).

Ainda na exposição, verifica-se que o poder público, ali apresentado pelo Legislativo, reconhece as demandas dos jurisdicionados (cidadãos) e dos operadores jurídicos, de modo que as linhas gerais da atuação do grupo de trabalho que gestou o Código de Processo Civil buscou resolver os problemas existentes. Isto é, “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais” (SENADO FEDERAL, 2015) corrobora a aplicação das normas oriundas da Carta Magna.

Logo, diagnosticar os problemas existentes possibilita a reflexão das medidas necessárias para a sua solução, mormente quando a sociedade demanda a formulação de técnicas (planos, projetos, etc.) que consubstanciem a tutela de direitos. Estabelecem-se metas, momento em que “as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, também agentes econômicos” (MAZZA-ARZABE, 2006, p. 58).

Sucessivamente, superada a formulação de uma política pública, passa-se a sua implementação. A implementação deve observar, como já estudado, os problemas a serem enfrentados, as suas diretrizes e metas, conforme aduz Mazza-Arzabe (2006).

As políticas públicas, que são respaldadas pela ação governamental, não se reduzem à mera intenção política. É necessário que as ferramentas facilitadoras sejam implementadas de acordo com os planos e objetivos traçados. O Código de Processo Civil, contudo, não pode ser tido como um cronograma da ação pública, mas como um instrumento da implementação de medidas capazes de assegurar o acesso à justiça.

Nesse diapasão, o aludido diploma legal elege, no seu artigo inaugural, os objetivos da norma, que como se sabe, deve ter uma interpretação sistemática com a Constituição Federal (BUENO, 2017). Ou seja, deve-se sobrepor o “dever-ser” inserido na Carta Política de 1988 a qualquer outro instituto jurídico, pois assim, é possível projetar os avanços esperados com a implementação das políticas do público para o público.



O princípio do acesso à justiça, portanto, assegura ao cidadão o acesso formal ao Judiciário. É cediço, o acesso à justiça, oriundo do Estado Social de Direito, somente pode ser equacionado quando proporcionar às pessoas o “acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 2011), decorrente da qualificação das práticas processuais.

Nesse espectro, a mediação pode ser caracterizada como uma política de ação governamental estável no sentido jurídico e temporal, projetada a partir da construção de uma agenda política oriunda da percepção e definição de problemas e implementada através do Código de Processo Civil e da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ no ordenamento jurídico brasileiro. De mais a mais, os métodos adequados de tratamento de conflitos inseridos no diploma legal estudado (CPC) condizem com a redistribuição de papéis sociais aos indivíduos, uma vez que garante ao cidadão o acesso à justiça, concretizando oportunidades e conjugando uma cultura destituída da imposição de uma sentença, de modo a cumprir, segundo Spengler (2016) com o objetivo das políticas cujo traçado principal seja a pacificação social e o equilíbrio das relações.

Outrossim, vale mencionar, que os dispositivos inseridos no Código de Processo Civil precisam ser interpretados à luz dos interesses da sociedade, sopesados na Constituição Federal e que tais normas principiológicas são capazes de balizar todo o processo civil, o que corrobora a finalidade de acesso à justiça.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do presente texto esteve centralizada na análise da mediação inserida no Código de Processo Civil em vigor como política pública de acesso à justiça e as críticas pertinentes à positivação do aludido instrumento. A partir da análise da bibliografia, observa-se que o instituto da mediação se coaduna com os ciclos das políticas públicas, notadamente no que concerne às fases que o compreendem.

Nesse diapasão, a compreensão da existência de um problema político decorre da percepção de que existem demandas a serem atendidas através da atuação governamental. Logo, a crise da jurisdição – enquanto problema social decorrente do excesso de processos judiciais e carências no âmbito qualitativo da gestão das ações –, revela-se como problema a ser combatido pelo Poder Público.

Uma vez que ocorre a percepção do “problema político”, envolvendo os agentes governamentais e a sociedade, havendo interesse do Estado este faz uma escolha política, que passa pela possibilidade de se omitir, deixando que os próprios fatores da demanda social tangenciem a problemática (solucionando-a ou não), ou age positivamente, com o fito de dar uma resposta às pessoas.

Com efeito, o presente estudo demonstrou que o Estado, a partir do momento que optou em rediscutir o diploma que norteia as regras básicas do processo civil



brasileiro, estabeleceu uma pauta e compôs a discussão de um novo *Códex*, que passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, Senado Federal e foi sancionado, em 2015, pela Presidente da República.

Após o envolvimento dos agentes com poder decisório (pauta política), passou-se à fase de elaboração da política pública, consistente em diagnosticar os problemas da jurisdição e propor meios para solucioná-los. Nesse momento, trouxeram os agentes políticos a intensão da autocomposição dos conflitos, isto é, procederam à positivação das normas de direito que preveem a autonomia da vontade das partes como ferramenta adequada para o tratamento dos conflitos.

Por conseguinte, com a publicação do (novo) Código de Processo Civil, ainda em 2015, deu-se início à execução da política pública consistente em fomentar, no âmbito do Poder Judiciário e ao longo do processo judicial, as ferramentas alternativas à sentença, isto é, os meios adequados de tratamento dos conflitos.

Ocorre, contudo, que ainda não é possível auferir, com dados oficiais e numéricos, se a mediação de conflitos, da forma como proposta no Código de Processo Civil facilita, quantitativamente, o acesso à justiça. Isto é dizer, que não há uma ferramenta capaz de diagnosticar se mais pessoas acessaram o judiciário e se mais processos foram extintos em razão da utilização das práticas inerentes à mediação.

Doutra banda, com base na doutrina jurídica, especialmente com escopo naquelas trazidas ao presente trabalho, é possível estabelecer que a mediação de conflitos colabora para a imersão dos indivíduos em uma cultura de pacificação social, que dispense a eles maior autonomia e poder sobre a forma de dar fim às suas próprias tensões.

Dessa forma, a resposta ao problema de pesquisa vai nos seguintes caminhos: a) a mediação de conflitos do Código de Processo Civil, por se subordinar aos ciclos de formação de uma política pública e, tendo em vista o seu caráter de intervenção na cultura social do litígio, é considerada uma política pública de acesso à justiça, justamente por atuar nas questões centrais das demandas levadas ao Judiciário; e/ou b) a inexistência de dados acerca de acordos, de sessões de mediação realizadas e quantidade de processos findos em razão do instituto revela a necessidade de maior estudo, pelo próprio Judiciário, acerca dos métodos autocompositivos, com vista a proporcionar à população maior conhecimento sobre as suas ferramentas, o que não afasta, contudo, o caráter de política pública da mediação.

No que tange aos objetivos propostos, que delinearam o estudo para dar resposta ao problema de pesquisa acima respondido, viu-se que o conflito pode sim possuir uma roupagem positiva. Isto porque, o conflito é algo dinâmico e, quando tratado de forma adequada, proporciona maior coesão social.

A sociedade conflituosa é característica dos sistemas democráticos, pois no Estado Democrático de Direito é que as pessoas podem se expressar de forma



livre, sem a submissão à autoridade estatal (como ocorre nas ditaduras). Logo, cada sociedade estabelece papéis que são desempenhados pelos seus atores (as pessoas) e, em razão disto, o descumprimento de uma prerrogativa deste papel leva ao surgimento de um conflito.

Outrossim, voltando-se novamente ao Código de Processo Civil, eminentemente no que concerne à mediação, algumas críticas (que consagram o último objetivo específico do estudo) podem ser delineadas, inclusive para eventual continuidade da pesquisa.

A partir da leitura da doutrina e da jurisprudência, compreende-se que a mera aplicação da dicção legal, contida no Código de Processo Civil não é capaz de esclarecer todos os contornos possíveis que a mediação possui.

Isso porque, a prática forense, apesar dos quase dois anos de vigência do CPC, ainda não respondeu a todas as questões postas. Por exemplo: não se sabe exatamente se a falta de disposição expressa pelo (des)interesse na realização de sessão de mediação terá o condão de tornar a petição inepta, acarretando, sem a emenda à petição inicial, na extinção da ação sem resolução do mérito. Tampouco se espera, aliás, que os advogados, na praxe processual, deixem de emendar a peça vestibular, pois seria sucumbir todo o trabalho exarado à inicial a par de uma decisão extintiva (acarretando em prejuízo ao cliente/assistido).

O que se demonstra como afronta, no caso em análise, não é o transtorno processual que poderá decorrer da ausência de expressa manifestação do autor na inicial sobre o interesse na realização das sessões de mediação – pois seria um problema raso. Mas sim o fato de que as partes precisam querer a mediação. Se o autor silencia, na peça inaugural, é porque não a quer. Nada impede, contudo, que ao longo do feito os demandantes construam a via da autocomposição, mas sob o prisma da voluntariedade. Dispor sobre a realização da sessão de mediação ou da audiência de conciliação como requisito de admissibilidade da ação é atentar contra o princípio basilar da autocomposição: a voluntariedade.

Além disso, ao arrepio do princípio da voluntariedade, caso o autor decline de forma expressa, como quer o legislador, o seu desinteresse no procedimento, mas o réu reste inerte quanto à realização do ato, a lei processual presume a intenção deste em se submeter à mediação ou à conciliação. Logo, o autor estará obrigado a participar. O mesmo ocorrerá com o requerido. Se o demandante disser que quer se submeter à mediação, mesmo que o demandando não a queira, falece para este o direito de dispor ou não sobre o seu interesse, pois estará vinculado ao interesse unilateral do autor, outra dissonância com o princípio da voluntariedade, que demandará maior discussão a partir do transcurso do tempo e da prática forense.

Não obstante as críticas trazidas à lume, os resultados apresentados demonstram que a mediação está se enraizando enquanto política pública, pois



detém o condão de transbordar uma ideologia de governo, revelando-se como, além de política de ação governamental, como uma política de Estado, com o objetivo de dar maior celeridade ao tratamento dos conflitos e uma resposta adequada aos litigantes.

Ademais, o acesso à justiça se verifica não somente na quantidade de ações julgadas ou protocoladas em um período delimitado no tempo, mas na ressignificação da própria justiça e no exercício dos direitos fundamentais do cidadão, que passa, por sua vez, na racionalização e democratização do espaço do Judiciário, finalidade para a qual a mediação de conflitos se apresenta como meio possível, consentâneo e autonomizador.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. Art. 1º. In: BUENO, C. S. (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21-65.

CAHALI, F. J.; CAHALI, C. E. S. Art. 3º. In: BUENO, C. S. (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 84-91.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff-344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-72.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. AC 70071448567. Rel. Desembargador Rui Porta Nova. Oitava Câmara Cível, julgado em 09/03/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70071448567&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&etfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=media%C3%A7%C3%A3o.+in+ciso+VII&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 08 set. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SENADO FEDERAL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7 ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

SPENGLER NETO, T.; ZUCHETTO, T. M.; FERREIRA, V. G. Conciliação, mediação e arbitragem no novo Código de Processo Civil (CPC). In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. (Org.). **Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 265-289.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Mediação de conflitos: da teoria à prática**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Os novos meios de “ser família” no Brasil e a mediação familiar: (re) pensando direito**. Ijuí: UNIJUÍ, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse. In: RICHA, M. de A.; PELUZO, A. C. (Org.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 03-09.



O CONTROLE INTERNO COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE PATOLOGIAS CORRUPATIVAS NA GESTÃO MUNICIPAL: UMA ANÁLISE INSTRUMENTAL DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA

Marcela Silva Zereu¹

Filipe Madsen Etges²

1 INTRODUÇÃO

A administração pública possui obrigação constitucional de implementar ações que controlem, de maneira eficaz, possíveis desvios de conduta dos seus servidores que possam afetar o interesse coletivo almejado pelo Estado. Portanto, é imprescindível o aprofundamento do controle interno, especialmente na esfera da gestão pública municipal, como instrumento preventivo de patologias corruptivas. Com isso, se pretende debater se os instrumentos jurídicos institucionais do controle interno realizado pela administração pública de Capão da Canoa são suficientes para o enfrentamento de uma cultura histórica de corrupção brasileira? Para tanto, no primeiro capítulo, o objetivo é demonstrar como se formou a cultura de corrupção que deixa os cofres públicos, de um país potencialmente rico, na penúria e onde a população assiste horrorizada, todos os dias, os meios de comunicação noticiarem mais um escândalo envolvendo o dinheiro público. No segundo capítulo a intenção é identificar os instrumentos que o município de Capão da Canoa possui para combate a essa cultura corruptiva e se esses instrumentos são eficazes e suficientes para averiguar, corrigir e punir aqueles que causam dano ao erário.

Para alcançar o intento proposto, foi necessária a realização de alguns recortes temáticos com o intuito de orientar a pesquisa. Com relação à corrupção, adotou-se, para definição da cultura corruptiva, análise histórica desde o período

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Professor na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Constitucionalismo Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Consultor Legislativo na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Gestão Pública Municipal na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Campus Capão da Canoa).



colonial brasileiro com abordagem de temas como: patrimonialismo, coronelismo, clientelismo e formação cultural nacional. Para análise de eficácia do instrumento de controle interno foi escolhido, especialmente, o Município de Capão da Canoa por ser a cidade sede do campus onde a pesquisa foi desenvolvida. Por fim, como patologias corruptivas se entendem todas aquelas ações previstas na lei de improbidade administrativa, que causem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário.

Quanto à metodologia adotada, o tipo de pesquisa e a técnica adotada foi a bibliográfica, por meio de documentação indireta e fontes secundárias, tais como publicações avulsas, livros, revistas e jornais. Também optou-se por consulta a fontes diretas como legislação e entrevista a servidores públicos do Município de Capão da Canoa acerca do funcionamento do seu órgão de controle interno.

A importância social do debate proposto é inegável, dada a situação atual vivida pela população brasileira com relação à corrupção e o descrédito dos políticos e instituições quanto ao seu combate. Portanto, trata-se de tema que requer, academicamente, debate permanente e aprimoramento constante de seus sistemas de controle, como é o controle interno da administração municipal.

2 O SURGIMENTO DA CORRUPÇÃO COMO FATOR ENDÊMICO NAS GESTÕES PÚBLICAS MUNICIPAIS

A existência de práticas de corrupção não é uma marca tipicamente brasileira, muitos países latino-americanos e até europeus trabalham a questão da ampliação de instrumentos de controle da administração pública, que sejam aptos a minimizar o desvio dos seus recursos públicos a interesses de cunho privado. Ocorre que a busca de solução para um fator que parece tão arraigado na realidade nacional, como a corrupção, carece de uma ampliação de horizontes para que se possa buscar, nas suas origens, instrumentos que permitam mitigá-la.

O fenômeno da corrupção pode ser apontado como fruto de nossa construção histórica e social desde os tempos coloniais, quando, às práticas patrimonialistas, herdadas da burocracia portuguesa, foram acrescentados toques de coronelismo tipicamente brasileiros. A essa conjuntura ainda se pode acrescentar a formação apática e dependente do poder instituído de nossa sociedade. Passamos a analisar o quadro proposto.

2.1 A formação da “cultura” corruptiva

A cultura herdada durante o processo colonizador, tipicamente patriarcal, de um manifesto descaso com os assuntos relativos à esfera pública por parte da população pode ser apontado como um dos fatores de influência na corrupção percebida na



sociedade brasileira atualmente. Conforme aponta Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, esse “homem cordial” brasileiro que refletia na “extrema dificuldade do padrão médio de indivíduo nacional em tratar seus pares de forma impessoal e formal, pois os laços de pessoalidade - próprios do ambiente familiar – transcenderiam a esfera privada e eclodiriam na pública” (SILVEIRA, 2006, p. 210). Para ele, o Estado nada mais era do que uma ampliação do círculo familiar.

Para além dessa apatia e notórias carências educacionais que assolavam (e ainda assolam) a população brasileira, havia um descompasso entre nossa fragilidade social e o sistema burocrático implantado no Brasil desde a vinda da coroa portuguesa para o país. Tal situação se percebe, inclusive, pelo sistema político adotado no período imperial:

O artificialismo das instituições do Império provinha de uma circunstância invencível. É que o Brasil adotou, em 1824, o sistema político (representativo liberal) mais avançado do Ocidente, próprio de nações já urbanizadas e de industrialização já iniciada, que possuem um eleitorado razoavelmente independente. O Brasil, porém, era um país arcaico, eminentemente rural, não urbanizado, de eleitorado fraquíssimo, praticamente inexistente. Assim não é de surpreender a crônica dificuldade de funcionamento do sistema representativo, que levava, muitas vezes, o Imperador a suprir, de cima para baixo, a inexistência do eleitorado. (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 34).

Assim, a construção cívica nacional é acompanhada por deficiências de conduta oriundas do patriarcalismo, somadas a um eleitorado frágil, que tornava o sistema de representação política praticamente uma ficção. Seguindo na mesma linha de raciocínio, Oliveira Viana (1982, p. 377-390) aponta, em o *Clã Político*, que nossa cultura corruptiva pode estar relacionada com a constituição comunitária da população brasileira que basicamente foi gerida pela Metrópole Portuguesa – uma vontade de Estado – e não a partir da livre agregação do povo.

Viana (1982, p. 377-390) segue sua teoria descrevendo que a criação de nossos nacionais se devia à reunião de grupos de “moradores dispersos”, sendo estes forçosamente agrupados em vilas, criando microrregiões populacionais sem um vínculo mais próximo que os unisse, salvo o pesado mando do governador. Com isso a população brasileira “tendeu a se voltar submissamente para comunidades restritas, quase sempre circunscritas ao ambiente familiar, fatores que foram propícios para que estas células humanas se constituíssem como povos extremamente individualistas, isolados da vida coletiva”. Como consequência, as células familiares dominantes formaram o clã eleitoral, gênese de nossos partidos políticos, enquanto a população em geral não construiu um senso comunitário, coletivo.

Tal situação pode explicar a dificuldade dos políticos atuais em gerir a coisa



pública de maneira impessoal, deixando de lado seus interesses pessoais, familiares e de apadrinhados políticos, contudo se essa realidade é acompanhada pela apatia popular e a tendência de tudo esperar da autoridade, de forte conotação patriarcal.

Lacca (2005, p. 59) amplia a tese advinda da deformação cultural baseada no patriarcalismo e na fraca formação cidadã brasileira para adentrar no lado subjetivo da corrupção, pois, para ele, o desvio de conduta que acarreta o ato ilegal tem ligação a uma tendência da moral humana. A inclinação para atos corruptivos seria inerente à condição de ser humano, sendo a moral “algo a se adquirir”. Além disso, a corrupção afetaria um bem fundamentalmente coletivo, cuja abstração e vagueza são propícias para que não impliquem remorsos no coração do corrupto.

Segue o autor, com ares hobbesianos, que assim como a maldade é inerente à categoria do humano, o abuso é ao poder. Portanto, desde o nascimento das sociedades hierárquicas e organizadas o abuso do poder está presente: “bastó que existiera la primera ley, el primer deber y el primer juez para que apareciera el primer sobornador” (LACCA, 2005, p. 59).

Com isso, a cultura da corrupção tem sua vez na medida em que a generalização da desonestidade e de sua impunidade foram as principais causas não só da aceitação da corrupção como da admiração popular por aqueles que enriqueceram ilegalmente pela política. A ideia de que o sistema é assim, associada à ausência da cultura da denúncia fomentam práticas lesivas ao interesse público. Além disso, o senso corporativista dos servidores públicos, a severidade da lei contra quem acusa sem provas e a percepção de que cairia no vazio, demarcam o baixo índice de denúncias de atos de corrupção (LACCA, 2005, p 66).

Como se viu, a formação de uma cultura da corrupção em um país passa por uma série de fatores. Sem a intenção de esgotá-los, já é possível apontar que eles advém, tanto de elementos objetivos, como o patriarcalismo, fragilidade institucional e falta de uma educação adequada, como de fatores subjetivos, como uma tendência humana aos desvios ou a aceitação da corrupção como algo natural na sociedade, que não se pode extirpar. Entretanto, tais considerações são ainda insuficientes para explicar o fenômeno, o que nos leva a seguir o debate em relação ao patrimonialismo.

2.2 O “olhar” patrimonialista

A transferência do aparato burocrático português durante o processo de colonização brasileiro trouxe consigo uma forte relação de propriedade dos bens públicos em relação àqueles detentores do poder político. Assim,

em se tratando do estudo desse momento da história brasileira, pode-se, em virtude da análise realizada de Weber, sugerir a leitura de que,



por 'patrimonial', se compreende um Estado não só composto por um quadro administrativo pessoal do rei, como também um Estado cujas funções e cujos benefícios são apropriados de forma privada pelo rei e seus quadros. Essa característica do Estado português, nesse momento específico da história brasileira, é significativa, pois indica como o processo de colonização vai se desenvolver, no sentido de beneficiar os interesses dos setores ligados à Coroa portuguesa, por meio de relações patrimoniais. (JUNIOR, 2012, p. 19).

Silveira (2006, p. 207) aponta que a ideia de patrimonialismo que vem plasmada na conduta institucional brasileira se amolda à definição Weberiana de dominação com base em um direito pessoal, de natureza consuetudinária. Tem-se aí um indicativo da gênese de nossos problemas com a corrupção, uma vez que esse patrimonialismo, como exercício da dominação por uma autoridade, se legitima pela tradição cujas características principais repousam no poder individual do governante que, amparado por seu aparato administrativo recrutado com base em critérios unicamente pessoais, exerce o poder político sob um determinado território.

Aprofundando o debate sobre o patrimonialismo, Raimundo Faoro, em *Os donos do poder*, explica as mazelas do Estado e da Nação brasileira com base em nossa formação histórica, na estrutura patrimonialista herdada do colonialismo português, uma vez que, historicamente, o sistema administrativo lusitano não diferenciava as terras e o tesouro da Corte Real do patrimônio privado do governante. Além disso, apontava um estamento burocrático, formado por uma elite política onde “o distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade” (CAMPANTE, 2003, p. 155). Essa conjuntura repercute no Brasil, que “antes da formação de algumas vilas coloniais, antes mesmo da afirmação de um patronato rural dominante, de coronéis chefes de engenho e de líderes regionais, já havia no interior do Brasil todo um sistema cartorial apto a registrar, controlar e fiscalizar as produções” (SILVEIRA, 2006, p. 2015).

Com esse viés patrimonialista, o gestor de outrora desconhecia o limite entre o público e o privado, bem como a diferença entre seu patrimônio e o patrimônio público, uma vez que a administração obedecia apenas ao seu livre arbítrio e não a critérios objetivos, fixados em normas impessoais e abstratas (SILVEIRA, 2006, p. 207).

Para o Estado monárquico português essa confusão entre público e privado constituía uma prerrogativa estatal e não um desvio de conduta. Ribeiro (2000, p. 175-176) nos demonstra sobre o tema que a corrupção nem sempre teve seu conteúdo significativo uniforme, variando de acordo com os tempos, costumes e sistemas de Governo. Para o autor, na tirania e na monarquia não havia separação entre o bem público e o privado, estando a corrupção associada a algum modo de traição à pátria, como nos desvios de conduta ou na acusação feitas às mulheres, acusadas



de corruptas por tentarem assumir papéis fora daquilo que a sociedade compreendia como boa conduta. Assim, na medida que os antigos definiam a corrupção na linha da degradação da coisa pública por meio da usura dos costumes, os modernos a reduzem ao conceito de mau trato do dinheiro público.

Assim, essa construção patrimonialista do Estado brasileiro, plasmada pela influência do Estado português, que confundia público e privado dentro da normalidade institucional nos traz consequências perniciosas até os dias atuais.

2.3 Me dê a sua bênção, Coronel!

O coronelismo é fenômeno histórico nacional por excelência, uma vez que sua existência ainda pode ser percebida em locais mais remotos do país e suas práticas reproduzidas com mais ou menos intensidade por toda a sociedade política brasileira. Colussi (1996, p. 18) conceitua o fenômeno e suas implicações aduzindo que

o coronelismo, visto como fenômeno político e social, foi expressão de uma sociedade predominantemente rural e que abrangia a maioria dos municípios brasileiros. O poder privado fortalecia-se em consequência do isolamento, do atraso econômico e da falta de comunicação dessas localidades com os centros mais desenvolvidos. O único contato das populações com o aparelho do Estado dava-se em períodos de eleições, quando o voto significava a possibilidade de obtenção de favores ou de alguma melhoria material.

Esse coronelismo conduz ao clientelismo, que é prática política estabelecida desde os tempos coloniais. Santin (2007, p. 73) o conceitua como a “troca de favores entre detentores do poder político e alguns eleitores, os quais realizam relações particularísticas de trocas de interesses comuns”. Aponta seus traços baseados no personalismo, através de relações políticas eminentemente pessoais que comprometem o interesse público e a distribuição social dos recursos do país para atender interesses privados.

No campo político a prática reflete sobremaneira nos municípios, que seguem atrelados a práticas que remontam o período histórico do coronelismo. A manutenção dos municípios frágeis economicamente perante a federação reforça a sua dependência frente aos demais entes federativos e consequente necessidade de trocar apoio político por recursos financeiros. Nesse sentido aponta Pires (2016, p. 137):

Prefeitos, vereadores, governadores, deputados (estaduais e federais), senadores e presidente da república são chefes de Poderes Executivos e legisladores, em seus respectivos níveis, que se elegem e se mantêm a partir de acordos formais e informais que



contêm cláusulas de apoio mútuo. São muitos prefeitos (5.570) e uma multidão de vereadores, sustentando nas bases eleitorais seus aliados que, por sua vez, oferecem em troca atenção e recursos no exercício de seus mandatos executivos em níveis estadual e federal. Há uma série de problemas neste encadeamento, principalmente no que diz respeito à forma como os acordos são construídos na relação com o eleitorado (ensejando coronelismos, populismos, clientelismos etc.) e ao uso patrimonialista dos recursos [...].

Ou seja, a prática coronelista e clientelista acompanha a escolha de nossos representantes até os dias de hoje, sendo fator preponderante para a ocorrência de práticas corruptivas, uma vez que essa troca de favores quase sempre se dá na base de vantagens auferidas sobre o patrimônio público, em detrimento ao interesse coletivo. A tática clientelista influencia de forma preponderante o funcionamento de nossos governos e facilita a corrupção, conforme se percebe que

essa estratégia de formação da base governista fragiliza o controle legislativo sobre a administração pública, pois o parlamentar que deveria atuar como um fiscal do bom uso dos recursos públicos acaba se tornando parte integrante do Poder Executivo. Se o governo dessa forma consegue aprovar seus projetos no Legislativo, ele deixa, no entanto, os bens públicos sob o controle de políticos que na maioria das vezes agem orientados por seus interesses pessoais e eleitorais. Com isso, as fronteiras entre os interesses públicos e privados não ficam bem definidas. (CHAIA, TEIXEIRA, 2001, p. 74).

Nessa linha, se pode acrescentar apontamento de Lacca (2005, p. 73) acerca do monopólio da decisão política, materializado pelo presidencialismo. O autor entende que o presidencialismo é um sistema político forte, personalista e baseado na concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. Esse sistema foi forjado de forma clientelar, na base de troca de favores, alimentado pela corrupção.

Não se pretende aqui defender um sistema parlamentarista como menos propício à corrupção, mas não se pode deixar de notar que a sustentação dos governos presidencialistas ao longo dos anos sempre se fez na base da bênção - muito bem remunerada com recursos e cargos públicos - dos coronéis modernos que ainda são os donos do poder no país.

2.4 E o que vemos hoje

O que vemos hoje na realidade brasileira é um profundo descrédito na classe política nacional devido a uma série de escândalos envolvendo agentes públicos



e privados dos mais altos escalões nacionais. Essa conjuntura de desacreditação daqueles que conduzem a democracia tem colocado a perigo o próprio sistema democrático, pois os cidadãos, cansados de corrupção e ainda sem alcançar os níveis educacionais adequados, atiram-se a soluções políticas de retrocesso, claramente de cunho autoritário.

A crise de legitimação dos representantes políticos no Brasil, claramente demonstrada pelas manifestações ocorridas na metade do ano de 2013, já é apontada desde os anos 90 em relação aos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE. Tal conjuntura ocasiona um declive na credibilidade dos governos e as correspondentes consequências negativas em termos de legitimidade própria e das instituições (BAUTISTA, 2011, p. 6). Segundo Abramo (2007), pesquisas apontaram que, nas eleições de 2006, mais de 8,3 milhões de eleitores brasileiros receberam oferta de dinheiro, bens ou vantagens em troca de voto.

Ampliando a percepção do que é corrupção, Leal (LEAL, 2013, p. 14-15) demonstra que este entendimento não se atrela somente a ganhos financeiros. Para ele, a corrupção apresenta múltiplas faces, bem como uma capacidade infinita de expansão nas redes de relações sociais e institucionais, públicas e privadas do cotidiano, não sendo possível diferenciar a corrupção para ganhos públicos ou privados ou aquela que agrega ganho monetário daquelas que não repercutem financeiramente. Além disso, a corrupção, tendo aspectos econômicos, ou não, destrói ou impede direitos fundamentais como a dignidade humana, direito à igualdade, à vida, entre outros.

Portanto, além de se espalhar pelas esferas públicas e privadas, a corrupção deteriora direitos fundamentais, que compõem os objetivos estatais, corroendo o próprio Estado e o sistema democrático. Uma das consequências da corrupção é, mesmo quando não tem efeitos financeiros “a quebra de confiança no sistema, na medida em que procedimentos institucionais são solapados, a despeito de em tais situações não haver a configuração explícita ou ao menos tradicional do suborno propriamente dito” (LEAL, 2013, p. 16).

É importante destacar que as condições sociais também possuem relações diretas com a corrupção, uma vez que, conforme Lacca (2005, p. 67), a pobreza, associada à marginalização e à falta de educação representam, para os propósitos do corrupto, a maior riqueza. Dada a ignorância do povo em geral, em especial sobre a burocracia estatal, os corruptos têm se aproveitado para desviar fundos públicos e lesar o erário através do recebimento de comissões, fraude às licitações, venda e utilização de informação privilegiada entre outras práticas. O autor aponta ainda o excesso de discricionariedade na decisão pública, especialmente associado à falta de clareza da lei e de transparência dos atos públicos, bem como a repartição de cargos públicos por critérios impessoais. Também a impunidade opera como fator de



contaminação e de quebra de confiança de toda a cadeia do serviço público. Nesse contexto, os empresários, longe de pressionar por maior objetividade e imparcialidade nas relações entre os poderes econômicos e políticos, preferem buscar o “contato” que lhes pode render vantagens em privilégios, mediante o pagamento de propinas (LACCA, 2005, p. 75-78).

Uma forma de corrupção institucionalizada, que atinge todos os partidos que alcançam o poder é a construção de maioria parlamentar por meio de troca de postos na máquina pública. Tendo em vista ser impossível manter governabilidade e implementação do programa de governo sem uma base aliada de sustentação no legislativo que alcance a maioria, essa maioria é construída através do loteamento dos espaços políticos entre partidos que, muitas vezes, não guardam pertinência ideológica com o governo eleito e muito menos se enquadram no projeto político aprovado pela sociedade nas urnas (CHAIA; TEIXEIRA, 2001, p. 74).

Portanto, caminhando por essa problemática base cultural, social e institucional, é que devemos buscar formas de controle da corrupção para que possamos mitigar sua ocorrência mesmo diante desse contexto. Instrumento que pode se prestar ao avanço nesse sentido é o controle interno realizado pelos municípios, uma vez que essa é a esfera mais próxima e mais acessível para o acompanhamento do cidadão. Assim, vamos analisar o controle interno realizado no município de Capão da Canoa.

3 ANÁLISE INSTRUMENTAL DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO DO MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA

Nesta segunda parte do trabalho, vamos abordar a importância do sistema de controle interno, a organização e estrutura de controle do Município de Capão da Canoa, a sua liberdade de atuação e as formas de controle que são exercidos. Nesta análise, o objetivo é identificar os instrumentos que o município escolhido possui para combater essa cultura corruptiva e se estes instrumentos são eficazes e suficientes para averiguar, corrigir e punir aqueles que causam dano ao erário.

3.1 Importância do sistema de controle interno

A partir do contrato social firmado entre a sociedade e os governantes, em que fica acordado o pagamento de impostos pelos contribuintes em troca dos serviços públicos a serem prestados pela Administração direta ou indireta, como exemplo, o acesso à saúde e educação, o bem-estar social e lazer, tornou-se necessária a instituição de sistemas para controlar a prestação desses serviços. É importante averiguar se de fato essas garantias constitucionais estão sendo atendidas e ainda, fiscalizar a destinação desses recursos, uma vez que tratam de dinheiro público, de



modo a evitar fraudes e desvios. Fatos que não estão muito distante de nosso atual cenário político.

Visando o cumprimento dos objetivos traçados pela Administração Pública e atendendo aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37 da Carta Maior, tornou-se cada vez mais necessária a criação desses sistemas de controle para averiguação e fiscalização dos atos administrativos.

A Constituição Federal traz dois tipos de controle: externo e interno. De acordo com Cavalheiros e Flores (2007, p. 17), o controle externo é aquele exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, conforme artigos 31 e 71, CF/88. Já o controle interno, objeto de pesquisa deste artigo, é o poder de autoavaliação exercido pelo próprio órgão, seja Executivo, Legislativo ou Judiciário. O Sistema de Controle Interno está previsto no art. 70 da Constituição Federal e traz a seguinte redação:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (BRASIL, 1988).

Como já dito anteriormente e segundo Cavalheiros e Flores (2007), o sistema de controle interno objetiva realizar a autoavaliação da Administração, analisando a eficiência e contributividade do pessoal, planejamento e conformidade legal.

Segundo Botelho (2008, p. 26), com base no art. 74 da Constituição Federal, a importância do Sistema de Controle Interno é proteger os interesses econômicos da municipalidade, no que tange ao cumprimento dos gastos nas políticas públicas, como educação, saúde, segurança, exercendo uma fiscalização do ente, de forma a organizar, orientar e até mesmo inovar. De acordo com o autor, os objetivos gerais do sistema são: prevenir e detectar fraudes, erros, situações de desperdícios, bem como, atos corruptos; assegurar o acesso à informação; estimular a eficiência operacional; proporcionar qualidade às políticas públicas existentes; confrontar os dados existentes com os instrumentos de planejamento (PPA, LDO e LOA); analisar a qualidade e eficácia dos bens e serviços; assegurar o cumprimento de leis e regulamentos, bem como, a revisão da legislação local, conforme ordenamento jurídico atualizado; adotar quaisquer outros procedimento para o bom desempenho das funções da instituição, tudo em atedimento ao princípio da legalidade.



3.2 Organização e estrutura da Unidade de Controle Interno do Município de Capão Da Canoa

A Lei Municipal nº 1.575, publicada em 18 de abril de 2001, dispõe sobre a organização, finalidade, competência e atribuições do sistema. Conforme art. 1º, a Administração Pública Direta e Indireta fica sujeita à fiscalização pelo sistema. O sistema de controle no Município com a publicação da lei recebeu uma estrutura administrativa, ou seja, uma unidade orçamentária vinculada ao Gabinete do Prefeito, conforme art. 4º. Sob um comando de um diretor, a Unidade terá independência funcional para desempenhar suas funções.

Conforme consulta *in loco*³, a Unidade de Controle Interno do Poder Executivo de Capão da Canoa conta com dois servidores efetivos, ou seja, admitidos por meio de concurso público. O art. 6º da lei supramencionada dispõe sobre a nomeação do diretor da Unidade, o qual pode ser beneficiado com função gratificada, cuja escolha caberá unicamente ao Chefe do Poder Executivo. Deve-se ressaltar que há um requisito mínimo quanto à escolha: “dentre brasileiros que possuam capacitação técnica e profissional para o exercício do cargo, devendo possuir, como requisito mínimo para acesso ao cargo, nível superior nas áreas das Ciências Contábeis, Econômicas, Jurídicas e Sociais ou Administração”. É vedado pelo §3º do art. 6º a designação de profissionais que sejam contrados por excepcional interesse público ou exerçam atividade político-partidária, justamente para que o objetivo do sistema não seja difundido e a imparcialidade do mesmo não se perca.

A lei estabelece, no seu art. 2º, uma série de competências no sentido de permitir o controle dos atos públicos. As prerrogativas permitem à Unidade de Controle Interno: a) avaliar, no mínimo por exercício financeiro, o cumprimento das metas prevista no Plano Plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos do Município; b) viabilizar o atingimento das metas fiscais, físicas e de resultados dos programas de governo, quanto à eficácia, à eficiência e à efetividade da gestão nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Municipal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, estabelecidas na Lei de diretrizes orçamentárias; c) verificar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão; d) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres do Município; e) auxiliar o controle externo no exercício de sua missão institucional; f) realizar o controle dos limites e das condições para a inscrição de despesas em Restos a Pagar; g) indicar as medidas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, caso necessário; h) tomar as providências indicadas pelos Poderes para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites; i) efetuar o controle da destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos; j) realizar o controle sobre o cumprimento do

3 A visita foi realizada no mês de março e as informações foram prestadas pelos servidores que atuam no órgão.



limite de gastos totais do Legislativo Municipal; e por fim, cientificar a autoridade responsável e ao Órgão Central do Sistema de Controle Interno quando constatadas ilegalidades ou irregularidades na administração municipal.

Tais ações estão intimamente ligadas à Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e à Constituição Federal, permitindo que haja um rigoroso controle quanto aos atos de gestão do Município, garantindo, ou reduzindo muito, a possibilidade de desvios de recursos públicos.

3.3 Liberdade de atuação

A Unidade de Controle Interno (UCCI) tem liberdade para atuar e fiscalizar todos os atos da Administração. Além disso, possui independência funcional para desempenho de suas atividades. Conforme disposto na legislação municipal, o acesso a documentos e dados é obrigatoriamente livre aos servidores, podendo o agente público, por ação ou omissão, prejudicar a fiscalização e atuação da Diretoria, ficar sujeito à pena de responsabilidade administrativa, civil e penal, prevista art. 7º, §1º da Lei Municipal nº 1.575/2001. Visando alcançar o pleno funcionamento da máquina estatal, a UCCI deve proceder inspeções e auditorias nos setores e nos atos administrativos em que achar necessário. Serão realizados relatórios e pareceres, os quais serão destinados à autoridade competente, no caso da Prefeitura Municipal, ao Chefe do Poder Executivo.

O diretor se utilizará de técnicas de controle interno, podendo este dirigir-se aos setores e vistoriar o desempenho e capacitação dos servidores, as condições de trabalho, solicitar documentos, avaliar o serviço, etc. Conforme art. 9º da Lei Municipal, a Diretoria realizará as inspeções que entender necessário e sempre que julgar conveniente, levará a conhecimento do Chefe do Poder Executivo, devendo conter, conforme os incisos:

- I - as informações sobre a fiscalização exercida sobre a situação físico-financeira dos projetos e das atividades constantes dos orçamentos do Município;
- II - apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou de irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de recursos públicos municipais;
- III - avaliar o desempenho das entidades da administração indireta do Município.

Quando constatada a irregularidade, esta será levada ao conhecimento à autoridade responsável ou quando se tratar de várias, através de recomendação ou apontamentos, as mesmas serão compiladas em um relatório, chamado de relatório



de auditoria, que será entregue ao Prefeito Municipal, o qual terá 15 (quinze) dias para informar expressamente as providências tomadas, conforme §1º do art. 9º, bem como previsto no § 1º do art. 74, CF/88, que obriga os responsáveis pelo sistema, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, a darem ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Conforme percebe-se, a liberdade de atuação é ampla, no sentido de controle efetivo da administração direta do Poder Executivo Municipal, tanto que essa atuação estende-se à fiscalização dos demais Poderes locais e órgãos de administração indireta.

3.4 Formas de controle

O art. 2º da lei municipal inicia com a seguinte redação: “O Sistema de Controle Interno do Município, com atuação prévia, concomitante e posterior aos atos administrativos [...]”. Neste trecho, destaco as seguintes palavras: *prévia*, *concomitante* e *posterior*. A doutrina chama isto de formas de controle.

De acordo com Botelho (2008, pg. 31), o controle interno pode ser prévio ou preventivo quando anteceder a conclusão do ato, ou seja, é fiscalização realizada pelos servidores antes do início ou término do ato (a priori), conforme Ramis (2016). A forma mais eficaz de atuação prévia é a emissão de instruções, orientando os procedimentos a serem adotados pela administração, de forma a evitar vícios ou costumes.

Ainda, o controle pode ser concomitante ou sucessivo, segundo Botelho (2008, pg. 32), o qual é realizado com o acompanhamento pela própria unidade de sistema, verificando a regularidade de sua formação e execução, podendo a diretoria intervir quando surgir alguma irregularidade (RAMIS, 2016). Um clássico exemplo desta forma de controle são os processos licitatórios regulados pelo § 2º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 que permite aos Tribunais de Contas e aos órgãos integrantes do sistema de controle interno solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado. Assim, a Corte de Contas pode obrigar a adoção de medidas corretivas pertinentes à administração que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Por fim, há o sistema de controle subsequente ou corretivo (*a posteriori*), o qual é realizado após a conclusão do ato, visando a corrigir eventuais equívocos, podendo ser declarado nulo o procedimento. Se for possível a correção, a mesma deverá ser recomendada, se isto não puder ser possível, a partir de novo processo administrativo, a diretoria possui autonomia para solicitar a restituição dos prejuízos causados ao erário, podendo ainda, tal irregularidade ser remetida ao Tribunal de Contas do Estado quando não houver retorno da irregularidade apontada, ou havendo



esclarecimentos insuficientes, conforme art. 9º, §2º da Lei Municipal de Capão da Canoa.

Souza e Demascena (pg. 5), trazem uma classificação um pouco diferente. Para as autoras, as Unidades têm cunho preventivo, já que proporcionam ao gestor e tranquilidade de que os seus atos estão sendo controlados e monitorados, ainda, possui um cunho corretivo, uma vez que visa corrigir eventuais equívocos dos atos administrativos, podendo estes serem declarados nulos pelo própria administração através de seu poder de autotutela.

A partir dessas formas de controle e a prerrogativa da administração em corrigir seus próprios atos, assegura-se à sociedade, bem como, ao gestor a correção de eventual falhas e possíveis atos de corrupção.

4 CONCLUSÃO

Como vimos no início do trabalho, herdamos uma cultura corruptiva vinda desde o processo colonizador, legando ao brasileiro a característica do “homem cordial”, sendo aquele que possui dificuldade em lidar pessoalmente com a coisa pública. Mesmo após a evolução no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto ao controle da *res pública*, ainda percebe-se dificuldade por parte dos políticos atuais no trato do patrimônio coletivo. Diante disso, existe uma constante necessidade de ampliação e aperfeiçoamento dos sistemas de controle da corrupção.

A lei de controle interno do Município de Capão da Canoa, conforme visto ao longo do trabalho, proporciona poder aos servidores públicos efetivos, ou seja, pessoas que não desenvolvem atividades político-partidárias e que não ingressaram no poder público em razão desta atividade, garantindo maior imparcialidade na sua atividade. Estes servidores concursados possuem total liberdade de acesso aos documentos da administração pública municipal para realizar sua fiscalização.

Uma vez que o controle interno reporta ao prefeito municipal alguma irregularidade encontrada, cabe a este tomar as devidas providências, sob pena de ser responsabilizado pela omissão, bem como apresentar sua defesa na condição de responsável pelo ato viciado. Não havendo ação resolutiva do chefe do poder municipal de tal aponte ou não sendo satisfatória a defesa, o diretor do controle interno tem a obrigação de levar ao conhecimento do Tribunal de Contas, sob pena de responsabilização solidária. A Corte de Contas, por sua vez, por meio do seu controle externo, adotará as providências necessárias. Esta possibilidade de responsabilização solidária entre o prefeito e o diretor do controle interno estimula a tomada de posição quanto ao combate de atos de corrupção, tornando essa obrigação constitucional de denunciar ao Tribunal de Contas um escudo protetor de pressões externas e internas que poderiam macular iniciativa de coibir atos de corrupção.



Assim, conclui-se, longe de esgotar a temática, que a instrumentalização dos sistemas internos municipais pode auxiliar no enfrentamento de uma cultura histórica de corrupção, e assim ocorre no Município de Capão da Canoa. Entretanto, este mecanismo deve ser acompanhado de conscientização e educação da população quanto à importância de constante vigilância dos atos administrativos, especialmente por se tratar de recursos financeiros fundamentais a própria subsistência da população.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Cláudio. **Compra de votos nas eleições de 2006, corrupção e desempenho Administrativo**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/UserFiles/Image/compravotos2006.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BAUTISTA, Oscar Diego. **Ética en la gestión pública**. Disponível em <<http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento17466.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. Institucionalización de instrumentos éticos: un dique a la corrupción política en America Latina. In: **Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles**. Madrid, 2010.

BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração pública municipal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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

BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de jun de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF.

CAMPANTE. Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 46, 2003.

MUNICÍPIO DE CAPÃO DA CANOA. Lei Municipal nº 1.575 de 18 de abr de 2001. Dispõe sobre fiscalização do Município pelo Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, nos termos do Art. 31 da Constituição da República. Capão da Canoa, RS.

CAVALHEIRO, Jader Branco. FLORES, Paulo Cesar. **A organização do sistema de controle interno municipal**. 4 ed. Porto Alegre: CRC-RS, 2007.

CHAIA, VERA; TEIXEIRA, MARCO ANTONIO. Democracia e escândalos políticos. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, v. 15, n. 4, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 set. 2014.

COLUSSI, Eliane Lúcia. **Estado Novo e municipalismo gaúcho**. Passo Fundo: EDIUPF, 1996. 179 p.

JUNIOR, Aristeu Portela. Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil. **PLURAL, Revista do Programa de Pós Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v.19.2, p. 9-27, 2012.



LLACA, Edmundo González. **La corrupción: patología colectiva**. México: Editora Instituto Nacional de Administración Pública, 2005. 260 p.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

PIRES, Valdemir. Municipalismo no Brasil: origens, avanços pós 1988 e desafios atuais. **Cadernos Adenauer**, Volume 3, p. 125-146, 2016.

RIBEIRO, Renato Janine. **A sociedade contra o social – o alto custo da vida pública no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado Brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna. **CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito**, v. 1, p. 203-223, 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/081.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA, Cristiane de Oliveira. DAMASCENA, Luzivalda Guedes. **O controle interno na gestão pública municipal: Estudo de caso na Prefeitura de Itaporanga-PB**. Trabalho de conclusão de Curso de Especialização. Disponível em: <http://biblioteca.virtual.ufpb.br/files/o_controle_interno_na_gestao_publica_municipal_estudo_de_caso_na_prefeitura_de_itaporanga_a_pb_1343917431.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

RAMIS, Diogo Dias. **Controle da administração pública**. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12667>. Acesso em: 13 abr. 2018.

VIANNA, Oliveira. **Populações meridionais do Brasil e instituições políticas brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982. p. 377-390. (Biblioteca do Pensamento Republicano, 14).



O DIREITO FALIMENTAR ENQUANTO FERRAMENTA DE ENFRENTAMENTO DA CRISE ECONÔMICA NO BRASIL

Aryani Greiner Paz¹

Grace Kellen Correa de Freitas²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda uma análise do direito concursal no Brasil, tendo como base a lei nº 11.101/2005. Demonstrando como ocorreu a evolução histórica dos institutos da Recuperação Judicial, Recuperação extrajudicial, Falência, Crimes falimentares, assim como, sua aplicabilidade e o processamento.

O direito falimentar surgiu junto com o comércio. Antigamente era usada a lei das XII tábuas para regular o comércio, foi só no século XII, que tivemos o primeiro código comercial. No Brasil, apenas com sua descoberta no século XV que foi implantado o direito falimentar. Foi no ano de 2005, que foi criada a lei 11101, esta que é considerada de suma importância nos dias em que vivemos. Tanto a Recuperação Judicial, quanto a extrajudicial, trouxeram novas formas para a empresa conseguir se recuperar, assim como melhorias que não tinham na concordata.

A falência, atualmente é o instituto menos usado, pois leva ao fechamento da empresa, ou seja, suas atividades são encerradas, o que impossibilita a empresa de cumprir sua função social. Em um primeiro momento, busca-se demonstrar a evolução histórica do direito comercial e do direito falimentar. A presente pesquisa expõe de forma detalhada como ocorre a aplicação do direito falimentar no Brasil.

O principal objetivo do presente artigo é constatar qual dos institutos é mais benéfico ao empresário. Levando-se em consideração que a instabilidade da economia, faz com que muitas empresas parem de funcionar, o que causa um

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

2 Professora Universitária do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul e professora de Direito Empresarial do Ceisc. Professora orientadora do Gabinete de Assistência Jurídica da UNISC Sobradinho. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional - Doutorado. Mestre em Direito com bolsa CAPES-PROSUP. Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Graduada em Direito. Delegada da Escola Superior da Advocacia e Representante da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Sul - Subseção de Rio Pardo. Mediadora e conciliadora em formação. Participante dos grupos de pesquisa: Interseções jurídicas entre o Público e Privado e Prismas do Direito Civil-Constitucional. Sócia da empresa Axis Assessoria. Advogada.



enorme impacto para a sociedade. Por isso, busca-se sempre, a melhor forma para atingir o princípio da função social da propriedade, este que é a base do novo direito falimentar, ou seja, a lei 11.101/2005.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FALIMENTAR E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A evolução do direito falimentar e recuperação judicial passam por diversos momentos e que são de fundamental importância para que se compreenda o estágio atual.

2.1 Evolução histórica do direito falimentar

O direito comercial é um dos institutos mais antigos do direito. No período do direito romano antigo, o comércio era feito com troca de mercadorias e até mesmo prestação de serviços. O direito falimentar tem origem direta do direito Romano Arcaico.

No início, a principal finalidade do direito falimentar era dar importância apenas aos requerimentos dos detentores de crédito, mesmo que para isso tivesse que ser colocada a vida do devedor em risco. No início do direito comercial, a intervenção do judiciário não era necessária. A fase inicial no direito romano foi o direito quiritário, momento em que, o devedor concedia ao credor, assim, reduzindo seu débito, a ser pago apenas com cárcere privado (OLIVEIRA, 2005).

Apenas ouviu-se falar em direito comercial no século XII, com a lei das doze tábuas,³ onde ficava estabelecido que o devedor respondia por suas dívidas com seu próprio corpo. Ou seja, de acordo com a lei das doze tábuas, os credores podiam torturar escravizar e até mesmo matar o seu devedor, pois consideravam um criminoso aquele que não conseguia adimplir seus débitos.

No ano de 428 a.C. surgiu a Lex Poetelia Papiria,⁴ segundo a qual o devedor passou a dar o seu patrimônio para garantir o negócio, além disso, a execução do devedor passou-se a tornar proibida. Além de dar seu patrimônio como garantia no negócio, caso o devedor não conseguisse sanar sua dívida, ele ainda perdia seus direitos civis (BEZERRA FILHO, 2005)

A chamada nota de infâmia, onde o devedor era exposto ao desprezo público,

3 Lei das doze tábuas: antiga legislação do Direito Romano.

4 Lex Poetelia Papiria: Lei que extinguiu o instituto do nexum, ou escravidão do devedor insolvente. Marca ela o divisor das concepções obrigacionais, antiga, ou perseguição do corpo do devedor e só por extensão o patrimônio, e moderna, perseguição dos bens do devedor e só por extensão o corpo.



perdurou durante toda a idade média. Em países como Itália, Inglaterra e França, uma das principais finalidades era punir o devedor, considerada principal característica do direito falimentar (LOBO, 1999).

Na Itália, em Verona, no início do século XIII, surgiu um estatuto cooperativo das cidades medievais, que, em relação ao instituto da falência, restringia o caráter privado de execução. A partir daí a execução deveria ser totalmente patrimonial. (FAZZIO JÚNIOR, 2005)

Também no século XIII, se estabelece os primeiros delineamentos do direito falimentar. No Brasil, o primeiro registro do direito falimentar foi no ano de 1500, ano em que foi descoberto. Nesse período vigoravam as Ordenações Afonsinas. Ainda no século XV, surgiu a concordata mediada, que possibilitava um acordo do devedor com seus credores (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

Em 1769, o Alvará Real estabeleceu um novo modo para os falidos negociarem, este que era uma adaptação das Ordenações Filipinas (FAZZIO JÚNIOR, 2005).

No Brasil, a Lei de Falências de Portugal só passou a entrar em vigor após a Proclamação da República, por intermédio de observação do Alvará que foi expedido no dia 18 de agosto de 1769. No período imperial, no ano de 1850, foi proclamado o Código Comercial (OLIVEIRA, 2005).

Em 1850 foi promulgado o Código Comercial, e no mesmo ano foi publicado o decreto nº 738, que estabelecia como deveria ser o processamento da falência.

Com a proclamação da República, surgiu uma preocupação muito grande do governo em elaborar uma nova legislação que doutrinasse a falência. Assim, foi totalmente revogada a parte do Código Comercial que doutrinava a falência, revogação originada pelo decreto nº 917 de 24/10/1980. Mesmo com tantas mudanças, o decreto não satisfaz todas as necessidades do comércio na época, sendo reformado pela lei nº 859 de 18/08/1902, regulamentada pelo decreto nº 4.855 de 02/06/1903. No ano de 1908, em 17 de dezembro, foi promulgada a lei 2.204, que foi baseada no projeto do comercialista (OLIVEIRA, 2005). Em 1929, foi promulgada a lei 5746, que trouxe alterações da lei 2.024. Esta permaneceu em vigor até 1945, quando apareceu o decreto-lei 7.661/1945 (THOMÉ; MARCO; CURY, 2000).

No dia 21 de junho de 1945 foi publicada a lei 7.661, antiga lei que disciplinava a falência e a concordata. A nova lei aboliu a assembleia geral de credores, de modo a diminuir a intervenção destes, dando mais poderes aos juízes, já a concordata passou a ser um privilégio concedido pelo estado, e não mais um contrato (ROCHA, 2006).

O decreto nº 7.661 de 1945, também precisou ser reformado. Sendo criada em 09 de fevereiro de 2005 a lei 11.101, que ao contrário da antiga lei, que apenas via a decretação da falência como forma de satisfazer o débito, incluiu o instituto da



recuperação judicial.

Os principais princípios da nova lei falimentar são: separação do conceito de empresa e empresário; preservação da empresa; retirada do mercado de sociedades ou empresários que não podem ser recuperados; recuperação das empresas e empresários que podem ser recuperados; proteção aos trabalhadores, celeridade e eficiência dos processos judiciais, participação ativa dos credores, segurança jurídica; desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e finalmente, rigidez na punição dos crimes relacionados à falência e recuperação judicial, os chamados crimes falimentares.

Importa estabelecer algumas diferenças entre a antiga e a nova lei 11.101/2005: a flexibilidade da recuperação judicial e da extrajudicial em relação aos prazos para pagamento e a aplicabilidade dos institutos acima referidos, também é mais fácil e abrangente do que a concordat.

Atualmente os credores têm ampla autonomia para decidir sobre todos os assuntos da empresa em recuperação, além de trazer autonomia para os credores, comitê de credores e para o administrador judicial. Possibilidade de mesmo existindo título protestado, a empresa pode entrar em recuperação judicial, ao contrário da concordata, que exigia a inexistência de título protestado. As principais condições que a recuperação judicial e a extrajudicial impuseram para as empresas foram a apresentação do plano de recuperação, ou plano de negócio, pois os créditos abrangidos pela recuperação judicial, não são apenas os quirografários como era na concordata. E, por fim, trouxe a figura do Administrador judicial, no lugar onde era o fiscal. Para ser administrador judicial, basta apenas ser profissional idôneo, e não precisa ser credor ou devedor.

2.2 A Recuperação Judicial

A recuperação judicial foi criada como meio para possibilitar que a empresa cumpra com sua função social.

Ao contrário da concordata, onde só o comerciante tinha direito, a recuperação judicial englobou quase todos os tipos de empresários.

No Brasil começou a se falar em concordata nos anos de 1890, período Republicano, quando teve início a Proclamação da República (PEREIRA, 2015).

Conforme o artigo 140 da lei 7661/45, só o comerciante regular poderia utilizar-se dos favores da concordata, exceto em casos que o passivo quirografário não alcançasse a fração inferior de 100 vezes o valor do salário mínimo vigente à época (OLGUIN, 2013).

Com o passar dos anos e com o comércio aumentando, surgiu uma grande preocupação do Governo em relação às empresas que não tinham mais condições



de se manterem em atividade. De modo, que o Governo reviu e revogou o antigo Código Comercial, que a partir de então passou a vigorar o decreto número 917 de 24 de outubro de 1890 (OLIVEIRA, 2005).

Após alguns anos, o decreto 917 tornou-se insuficiente, fazendo com que no ano de 1902 fosse revogado pela lei número 859, de 16 de agosto de 1902, esta que foi regulada pelo decreto número 4.855 de 02 de junho de 1903 (OLIVEIRA, 2005).

Já nos anos de 1908, passou a vigorar a lei 2.024 de 17 de dezembro de 1908, que supria a concordata extrajudicial, passando a ser apenas judicial (PEREIRA, 2015).

Nos anos de 1943 e 1945 passou a vigorar o decreto lei número 7.661 de 21 de junho de 1945, este trouxe a tipificação dos crimes falimentares, o que para a época foi bastante inovador. Algum tempo depois o decreto 7.661, passou por algumas reformas, mas nada supriu a necessidade dos novos tempos (PEREIRA, 2015).

Alguns dos principais motivos que fizeram a lei falimentar ser revista foram: o aumento das grandes empresas, as crises econômicas e as diversas crises políticas.

Por conseguinte, em 2005 foi criada a lei 11101, que trouxe de forma clara como ocorre e quem pode usufruir da recuperação judicial.

A principal definição e objetivo que a lei 11.101/05 traz para a recuperação judicial é conseguir recuperar a empresa em situação de crise econômica, é um meio que o empresário pode utilizar para continuar com o seu negócio em funcionamento (BRASIL, 2005).

Os principais objetivos do instituto é satisfazer as dívidas, ou seja, manter os empregos, assim como o pagamento dos créditos trabalhistas, e também conseguir acordar com os outros credores sobre as dívidas, achando uma maneira de pagar todos os créditos, de modo a continuar com a atividade empresarial.

Assim, o instituto da recuperação judicial difere da concordata, pois, apenas os créditos quirografários eram abrangidos (ENEIAS; DIAS, 2009).

O cumprimento da função social da propriedade é considerada de suma importância nos anos atuais, prevista no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal. Ainda, o artigo 170 da Constituição prevê os princípios da atividade econômica. Destacam-se também os artigos 182 e 186 da Constituição, que dispõe sobre a função social da propriedade rural e da propriedade urbana.

O pedido de recuperação judicial é feito através de uma petição inicial, assim como qualquer outro pedido este deverá obedecer às regras do artigo 319 do Código de Processo Civil.

Para que seja possível o devedor entrar com pedido de recuperação judicial ele deverá atentar a todas as regras previstas na lei, seguindo exatamente o artigo 51 da



lei falimentar (BRASIL, 2005).

A recuperação judicial deverá atender a todos os requisitos do artigo 48 da lei falimentar (BRASIL, 2005).

O processo de recuperação judicial abrange todos os créditos que existirem na data do pedido. Deferido o pedido de recuperação judicial, o devedor terá 60 dias para apresentar o plano de recuperação. Após apresentado o plano, este é divulgado para que os credores se manifestem.

A partir do despacho, os credores têm 180 dias para aprovar ou não o plano de recuperação judicial. Caso este não seja aprovado, o juiz irá decretar a falência da empresa.

No despacho em que deferir a recuperação judicial, o juiz nomeará o administrador judicial, conforme o artigo 52, inciso I da lei falimentar.

De acordo com o art. 21 da lei 11.101/05 “o administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada”.

O administrador judicial diante do processo de falência ou da recuperação judicial tem fundamental importância.

No artigo 50 da lei falimentar, estão descritos alguns meios possíveis de recuperação judicial, para tal, é necessário observar a situação em que a empresa se encontra.

Além do administrador judicial, também são órgãos da recuperação judicial a assembleia geral de credores e o comitê de credores.

A assembleia geral de credores é um dos órgãos mais importantes da recuperação e deverá ser composta por todas as classes de credores previstas no artigo 41 da lei falimentar, ou seja, credores trabalhistas, com garantia real, quirografários, com privilégios especiais e gerais, e subordinados. Esta assembleia será convocada pelo próprio juiz, por meio de edital (LIMIRO, 2016).

Ao contrário da assembleia, o comitê de credores não é órgão obrigatório para a recuperação judicial. Ele pode ser constituído por vontade de qualquer classe de credor, para isso, deverá ser levado em conta a complexidade da ação, ou seja, o tamanho da empresa e a real necessidade de um comitê, pois uma constituição de comitê atrasaria ainda mais o processo de recuperação. Suas atribuições estão previstas no artigo 27 da lei 11.101 (CHAUVET, 2009).

Ressalta-se que o agricultor também pode pedir a recuperação judicial, pois, sua garantia encontra-se nos artigos 966 e 971 do Código Civil, combinados com o artigo 48, “caput” da lei falimentar (GARCIA, 2017).

O devedor poderá permanecer por até dois anos em recuperação judicial,



salienta-se que o descumprimento do plano de recuperação judicial, leva o endividado à falência, de acordo com o artigo 94 da lei falimentar.

Durante o período de recuperação, a empresa permanece em atividade, mas sempre satisfazendo o plano estabelecido.

Após, cumpridas todas as obrigações, será decretado por sentença o fim da recuperação judicial. O administrador judicial será o primeiro a ser pago e, após será obedecidos a ordem de pagamento aos credores, previstos nos artigos 83 e 84 da lei falimentar.

3 RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A recuperação extrajudicial foi importante evolução na legislação falimentar atual. O instituto que será estudado na sequência, garante que as partes possam acordar acerca do que se torna melhor para elas.

3.1 Evolução histórica e conceito

No ano de 1890, foi criado o Decreto 917, que dava a opção de a falência ser substituída pela concordata preventiva. Esta podia ser feita da forma extrajudicial e judicialmente (PEREIRA, 2015).

Desde os tempos antigos não é necessário atender os requisitos da lei para entrar com a recuperação extrajudicial, apenas ambas as partes devem estar de acordo. Porém, caso uma das partes queira levar o termo de acordo para ser homologado em juízo, o mesmo terá que atender todas as regras estabelecidas pela lei (RIBEIRO, 2016).

A recuperação extrajudicial é uma forma que traz muitos benefícios ao devedor, possibilitando função social.

É proibido que os credores desistam de aderir ao plano de recuperação extrajudicial, depois de o devedor pedir a homologação judicial do plano, a não ser que os outros credores entrem em concordância com a desistência. Para a homologação pelo judiciário do plano de recuperação extrajudicial, há dois tipos. O primeiro é por classe de credores, conforme os artigos 163 e 83, incisos II, IV, V, VI e VIII da lei 11.101/2005. O segundo modo é o plano individualizado, no qual o devedor, ao solicitar a homologação do plano de recuperação extrajudicial, deverá juntar também o motivo pelo qual está fazendo o pedido, os termos e as exigências acordadas com a universalidade dos credores que resolverem incorporar-se ao plano, de acordo com o artigo 162 da lei falimentar. Caso todos os detentores de crédito concordem com todas as medidas previstas no plano de recuperação extrajudicial, a



homologação judicial fica dispensada, para que seja começado sua implementação (RIBEIRO, 2016).

Sabe-se que assim como a recuperação judicial, a extrajudicial é muito importante, tendo em vista que o cenário econômico brasileiro piora a cada dia mais. A crise econômica no Brasil se intensifica cada vez mais, e acaba atingindo empresas de diversos ramos. O sofrimento das empresas é grandioso e as consequências que a crise traz são inúmeras, levando-se em consiração que a produção diminui, pois a circulação e a comercialização de bens e serviços se torna menor. Todos esses fatores, ao se juntarem, acarretam a insolvência de várias empresas. Mesmo que o direito comercial tenha melhorado para atender as dificuldades que os empresários passam, ainda encontram-se diversos obstáculos.

O instituto da recuperação extrajudicial, mesmo sendo um meio alternativo para recuperar as empresas, é eficaz. Mas esse meio fora das esferas judiciais possibilita que o devedor faça um acordo com seus credores, que seja melhor para ele (RIBEIRO, 2016).

O plano de recuperação da empresa tem dois modos de homologação. O primeiro é a homologação facultativa, onde os credores decidem se estão de acordo, ou não, com os pedidos do devedor. O segundo modo é a homologação obrigatória, nesse caso, três quintos de cada classe de credores podem optar por aceitar o plano, e então, podem impor aos demais.

O caminho do acordo extrajudicial foi longo até chegar ao Brasil, pois somente foi implantado no país, após várias outras potências instaurarem esse tipo de recuperação e terem sucesso, como por exemplo: Estados Unidos, França e Alemanha. (GUIMARÃES; SILVA; FONSECA, 2016).

Observa-se que a recuperação extrajudicial é um meio diferenciado para recuperar a empresa, que promove uma solução mais viável para driblar a crise.

Primeiramente, levando-se em comparação ao procedimento da recuperação judicial, a extrajudicial tem um trâmite mais ágil, e com menos custo.

Todavia, nem todos os créditos estão sejeitos na recuperação extrajudicial (GUIMARÃES; SILVA; FONSECA, 2016).

Além de tudo, a recuperação extrajudicial é menos invasiva, pois, o empresário permanece na administração da empresa

Para que seja possível a recuperação extrajudicial, o empresário deve agir corretamente, de acordo com a lei e respeitar o acordo que fizer com os credores, de modo a impedir a decretação da falência (GUIMARÃES; SILVA; FONSECA, 2016).

Ressalta-se que extrajudicialmente é mais possível de a empresa obter sucesso em sua tentativa de recuperação, comparando-se com a recuperação judicial, pois apenas um por cento de empresas que entram com o pedido judicial conseguem



voltar ao seu funcionamento normal, retomando suas atividades.

De acordo com a lei 11.101/2005, é possível fazer a recuperação extrajudicial de duas maneiras, ambas previstas nos artigos 162 e 163.

Independente de a minoria dos credores ter que se submeter à decisão da maioria, a recuperação extrajudicial comparada à judicial, pode gerar prejuízos aos detentores de créditos, pois, ao contrário de quando submetida ao judiciário, na extrajudicial, as formas de publicidade do pedido de recuperação são limitadas (BOARIN, 2017).

Como o procedimento é fora do judiciário, o Ministério Público não participa de nenhum ato e também não ha nenhum órgão ou pessoa que fiscalize o devido cumprimento do plano (BOARIN, 2017).

A recuperação extrajudicial é, sim, umas das melhores formas de solucionar a crise financeira da empresa, porém, em algumas situações ela não abrange todos os problemas. Ao contrário da recuperação judicial, instituto da lei falimentar que pode solucionar as questões referentes ao créditos tributários, trabalhistas, etc (GUIMARÃES; SILVA; FONSECA, 2016).

Observa-se, também, que caso o devedor já requereu recuperação judicial, ou já tiver plano de recuperação extrajudicial homologado ha menos de dois anos, a homologação para uma nova recuperação extrajudicial não poderá ser requerida.

O plano de recuperação extrajudicial poderá englobar as espécies de créditos previstos no artigo 83, incisos II, IV,V, VI e VIII da Lei Falimentar (11.101/2005).

Para conseguir a efetiva homologação do plano de recuperação extrajudicial deve fundamentalmente o devedor apresentar o motivo do pedido e do contrato que contenha as exigências e termos acordados entre ele e seus credores, claro, aquele que aderiram ao plano. Ele também deverá juntar sua exposição de situação patrimonial (BOARIN, 2017).

Ao contrário da recuperação judicial, mesmo o plano de recuperação extrajudicial sendo homologado, isso não gera a suspensão de execuções e ações contra a empresa.

Depois de distribuído o pedido de reconhecimento, nenhum credor pode desistir de aderir ao plano, em exceção se todos os outros credores concordarem com a desistência (BOARIN, 2017).

O prazo para a impugnação do plano de recuperação extrajudicial será de trinta dias, a partir da publicação do edital, para tanto os mercedores de crédito deverão comprovar que seu crédito existe (GUIMARÃES; SILVA; FONSECA, 2016).

Se por ventura alguns ou algum credor for contra a homologação do plano de recuperação extrajudicial poderá ser alegado o não preenchimento do requisito necessário para adesão, de três quintos que atesta que o devedor praticou os atos



previstos no artigos 94, inciso III, e 130 da Lei Falimentar, que o levam para a falência, por ter descumprido qualquer das exigências legais.

Caso haja algum vício no plano de recuperação extrajudicial, a homologação do mesmo será indeferida. O plano só produzirá efeitos depois do seu deferimento.

Se o plano de recuperação extrajudicial for recusado pelo juiz, os credores voltam a ter o direito de reivindicar seus créditos novamente.

Caso em que o plano de recuperação judicial incluir alienação judicial, o juiz deverá fazê-la, tendo como base o artigo 142 da lei 11.101/2005.

Mesmo sendo homologado o plano de recuperação extrajudicial, tal fato não impede que o devedor faça outro tipo de acordo com seus credores. Observa-se os artigos 161 e 167 da Lei Falimentar 11.101.

3.2 Das diferenças entre os institutos da recuperação judicial, falência e recuperação extrajudicial

A recuperação judicial é um meio de reestruturar a empresa, utilizando o monitoramento judicial por intermédio do administrador judicial. Com esse instituto torna-se possível recuperar a situação econômica da empresa, sendo dado ao empresário mais tempo para o pagamento das dívidas. A recuperação judicial é um dos meios mais eficazes para que a empresa atinja sua função social.

O instituto da falência é um meio de liquidar a empresa, decretando-a como falida. A falência não é considerada um meio adequado para resolver a situação do empresário, e geralmente é decretada a falência quando não há possibilidade de recuperar a situação econômica de outra maneira. O instituto da falência gera o fechamento da empresa, causando danos tanto para o credores, assim como para a sociedade e para o devedor (CASAGRANDE, [2016?]).

Já a recuperação extrajudicial, assim como exposto, é um meio mais prático de resolver a insolvência do devedor, pois ela dá a oportunidade de acordar sobre as dívidas com os credores. Além disso, ela não impossibilita os acordos privados. Esse instituto é o mais recomendado para as empresas que ainda têm chances de continuarem em funcionamento.

4 FALÊNCIA E CRIMES FALIMENTARES

Após análise dos institutos, cabe tecer considerações acerca da falência e dos crimes falimentares.



4.1.1 Falência

A palavra falência deriva do termo *en fallere*, que têm significado de faltar. O sinônimo de falência normalmente se chama quebra, ou seja, quando a empresa fica com sua situação econômica em estado crítico, o que a impossibilita de se recuperar. A falência pode ser considerada como uma falta do devedor com seus credores, e, mesmo com tentativas de adimplir a dívida, por esta ser muito alta, fica impossível o adimplemento da mesma (BEZERRA FILHO, 2005).

Pode-se dizer que uma empresa falida, é aquela que não tem como cumprir com suas obrigações (BAPTISTA, 2014).

Pontuam-se algumas diferenças em relação ao estado de insolvência e a crise econômica. O estado de insolvência é quando não há bens suficientes no ativo para conseguir satisfazer as dívidas. Se a baixa no patrimônio da empresa for a razão de investimentos, após um curto prazo identifica-se um aumento em seu ativo, assim afasta-se a possibilidade de crise econômica (BAPTISTA, 2014).

Já a crise econômica pode-se compreender como um meio de retratação admissível nas atividades desenvolvidas pela empresa (BAPTISTA, 2014).

Para ser possível de aplicar um meio de recuperação a uma determinada empresa é necessário saber exatamente como está a contabilidade da empresa (BEZERRA FILHO, 2005).

Ainda, um dos conceitos de falência, é que esta define-se como uma execução, onde todo o patrimônio da empresa é levado a leilão, para que seja possível adimplir as dívidas. De forma parcial, ou completamente. Depois de verificados todos os créditos, e apurado todo o patrimônio para venda, é feito o leilão, que é forma normalmente utilizada para transformar em dinheiro os bens do devedor. O capital arrecadado é utilizado para os pagamentos dos detentores de crédito, respeitando a ordem que a lei impõe. Para constituir a massa falida, entram todas as dívidas do devedor. Após a arrecadação do capital, se for positiva, passa a ser chamada de massa positiva, conforme doutrina no ponto didático (BEZERRA FILHO, 2005).

De acordo com a lei existem duas formas das dívidas serem pagas, pode-se usar o quadro de credores como base, ou apenas respeitar a ordem que a lei impõe, conforme os artigos 83 e 84 da lei 11.101/2005. Assim, os pagamentos deveram obedecer esta ordem.

No artigo 140, inciso I, da Lei Falimentar, há previsão de a empresa ter seus estabelecimentos vendidos em bloco.

Mesmo uma empresa sendo levada à falência, a nova lei falimentar, juntamente com o Código Civil, em seu artigo 1.044, prezam pela preservação da atividade da empresa, é um modo encontrado para não haver um colapso naquela economia local (BAPTISTA, 2014).



4.2 Crimes falimentares

Os crimes falimentares fazem parte da Lei 11101/2005, que se ocupa dessas definições a partir do artigo 168. Há reflexos no processo de recuperação e falência em razão da prática desse tipo de delito, conforme se estudará na sequência.

4.2.1 Conceito de crimes falimentares

A lei 11.101/2005, além de regular os institutos da falência, da recuperação judicial e extrajudicial, ela também trouxe a regulamentação dos crimes falimentares. O princípio que rege a aplicação de punição para o devedor que cometer algum crime é a preservação da empresa (LIMA, 2014).

O cometimento de algum crime falimentar pode levar à decretação de falência para a empresa.

Nos artigos 168 e 178 da lei 11.101/2005 encontra-se a definição dos crimes falimentares, estes que normalmente são exercidos pelo devedor, mas também por terceiros.

De acordo com o novo ordenamento, utilizar a expressão crimes falimentares poderia ser errado, já que no texto da lei apenas tem referimento a crimes em espécie (LIMA, 2014).

Uma das inovações da lei é que além de punir o devedor, pode-se também penitenciar outros que praticarem atos contrários à lei. O crime falimentar vai contra a fé pública, pois é praticado contra uma determinada atividade empresarial. Leva-se em consideração que o crime também é em relação à sociedade (LIMA, 2014).

4.2.2 Como são aplicados os crimes falimentares

Para que se tenha o crime falimentar deve haver sentença, seja ela para homologar a recuperação judicial, extrajudicial ou decretar a falência.

As condutas expresas na lei 11.101/2005 somente são puníveis se houver sentença que homologue a recuperação extrajudicial ou a judicial, ou que decrete falência (LIMA, 2014).

Se pode indicar quatro tipos de delitos falimentares: próprios, impróprios, pré-falimentares e pós-falimentares. Aqueles crimes praticados pelo próprio devedor são chamados de próprios, já se for praticado por outras pessoas são chamados de impróprios. Os que ocorrerem antes da recuperação judicial ou falência, chama-se pré-falimentares, e os pós-falimentares, depois da concessão.

Na lei 11.101/2005 não houve uma definição objetiva do legislador em relação aos crimes, apenas se apontou penas cabíveis para as faltas que o devedor cometer.



A condenação por crime falimentar, pode ter três efeitos: não poder mais exercer atividade empresarial, ocupar função de administração de outras empresas sujeitas a lei 11.101/2005, ou conduzir outro negócio por tempo definido ou gestão. Conforme salienta o artigo 181 da lei, mesmo que o devedor seja condenado, ele ainda pode ser sócio de outra sociedade simples.

Ainda, salientam-se outros efeitos penais de uma condenação, anulação optativa ou imposta da suspensão condicional da pena: reincidência, majoração do prazo prescricional, apontamento do nome como condenado no rol de acusados, suspensão de direitos políticos, perda de cargo público e até mesmo a suspensão do direito para dirigir (LIMA, 2014).

Todo e qualquer crime praticado tendo como base a Lei Falimentar, terá seu julgamento nos juízos criminais na mesma comarca onde foi feito o requerimento de falência e recuperação, ou onde foi homologado o plano de recuperação extrajudicial, conforme o artigo 183 da lei 11.101/2005 (LIMA, 2014).

Sobre a competência para o julgamento dos crimes falimentares há uma grande discussão, alguns Tribunais de Justiça, como o de São Paulo, têm achado algumas maneiras de pelo menos tentar diminuir o conflito, como por exemplo, se a lei 11.101/2005 foi mais benéfica ao réu, esta irá retroagir e o crime falimentar será recebido e julgado no juízo criminal. Mas, se for considerado que a lei não trará benefícios, os crimes serão recebidos pelo próprio juízo cível. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul adota a mesma tese que o de São Paulo, tendo em vista que a lei só retroage nos casos benéficos ao réu, porém, em relação aos crimes corridos após 2005, será aplicado o artigo 183 da lei 11.101/2005.

Os crimes falimentares, em suma, não admitem tentativa, eles são cometidos ou não. Na teoria subjetiva-objetiva irá caber a tentativa. Se o crime do devedor não for classificado como falimentar, terá sua classificação como estelionato (LIMA, 2014).

O artigo 169 da lei 11.101/2005 prevê pena de dois a quatro anos para aquele que publicar, explorar ou descumprir o sigilo da empresa, de modo a colaborar para a insolvência do empresário. Ressalta-se que o elemento subjetivo, é sempre o dolo.

A omissão de informações, ou fornecer informação falsa gera pena de dois a quatro anos de reclusão, mais multa, de acordo com o artigo 171 da Lei Falimentar. O favorecimento de um ou outro credor também é visto como crime, tendo como base o artigo 172 da lei 11.101/2005. O artigo 173 traz a pena de multa mais dois a quatro anos de reclusão, previsto para aquele que pegar para si, ocultar ou até mesmo desviar patrimônio do insolvente. Este artigo não abrange a recuperação extrajudicial.

Assim, qualquer conduta prevista no capítulo de crimes em espécie prevista na lei 11.101/2005 será punida e processada no juízo criminal da respectiva comarca.



5 CONCLUSÃO

Um dos mais antigos institutos do Direito é o direito comercial, este que teve origem direta do direito romano antigo. No início, a obrigação do devedor era satisfeita com seu próprio corpo, ao invés de responder com seu patrimônio. Nesse mesmo período, era afastada a intervenção do estado. Pode-se dizer que no Brasil o direito comercial teve início após sua descoberta, isso no século XVI.

Foi no século XII, com a lei das doze tábuas, que se ouviu falar em direito comercial, pois, era a primeira norma que tratava do assunto.

As primeiras definições de direito falimentar surgiram no século XIII, que trazia o instituto da falência, época que o devedor era visto como um criminoso. No Brasil, começou a se falar em direito falimentar no ano de 1500.

O Código Comercial apenas foi promulgado em 1850, no período imperial. O ano de 1850 foi um marco, pois, além de estabelecer novas normas, também regulou as relações comerciais. Diante de todas as mudanças na forma de comércio, tornou-se necessário que houvesse modificações. Em 21 de junho de 1945, foi promulgada a lei 7.661, que antecedeu a lei 11.101, que foi publicada em 09 de fevereiro de 2005.

O principal objetivo da nova lei é fazer com que a propriedade atinja sua função social. A nova lei trouxe os institutos da recuperação judicial, extrajudicial, falência e também as definições de crimes em espécie (antigamente chamados de crimes falimentares).

Os principais motivos que levaram a Lei Falimentar ser revista, e chegar até a lei 11.101/2005, foram: as diversas crises políticas e o aumento das grandes empresas. Pois, as empresas começaram a enfrentar várias crises, e não havia lei que regulasse tal matéria.

Outras inovação que a lei 11.101 trouxe foi a descrição dos crimes em espécie, antes conhecidos como crimes falimentares.

Por fim, a lei 11.101 representa um grande avanço para o direito comercial, empresarial e falimentar trazendo formas inovadoras para a recuperação das empresas em situação econômica crítica. Os institutos de recuperação judicial e extrajudicial são de suma importância para empresas que sofrem consequências em razão das diversas crises políticas e econômicas que o país atravessa nesses últimos tempos.

Ressalta-se que o instituto da recuperação extrajudicial é a melhor forma de requerer a recuperação da empresa, mesmo ela não sendo tão segura para os credores. É claro, que se entre as dívidas da empresa estiver os créditos não abrangidos pela recuperação extrajudicial, está terá que se submeter à recuperação judicial, uma forma que não é tão ágil e de baixo custo como a extrajudicial, mas traz mais segurança aos credores, e abrange a totalidade dos créditos. Uma empresa apenas deve ser levada à falência se essa realmente for a última opção. E em caso



de uma empresa ter que se submeter a um dos institutos, os empresários e seus devidos administradores devem estar atentos para não praticarem qualquer ato que seja considerado crimes tendo em vista que tal conduta pode piorar a situação da empresa.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luis. **Característica e evolução histórica da falência**. São Paulo, maio de 2014. Disponível em: <<https://lsbaptista.jusbrasil.com.br/artigos/149687555/caracteristicas-e-evolucao-historica-da-falencia>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BOARIN, Lucas. **Recuperação extrajudicial**. [S.l.] [2014?]. Disponível em: <<https://lucasboarin.jusbrasil.com.br/artigos/137611711/recuperacao-extrajudicial>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências**. 3. ed São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei Falimentar 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Crime Falimentar em Espécie. Relator: Pedro Aciole. São Paulo, SP, 18 de outubro de 1994. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28276/crimes-falimentares-em-especie>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Crimes Falimentares em Espécie. Relator: Jane Silva. São Paulo, SP, 05 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28276/crimes-falimentares-em-especie>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

CASAGRANDE, Jorge Augusto Derviche. **O passo a passo da recuperação extrajudicial**. [S.l.] [2016?]. Disponível em: <<https://jorgecasagrande.jusbrasil.com.br/artigos/265390299/o-passo-a-passo-da-recuperacao-extrajudicial>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. As atribuições do Comitê de Credores no Processo de recuperação judicial. **Revista Migalha**, 28 out. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI95888,81042-As+atribuicoes+do+Comite+de+credores+no+processo+de+recuperacao>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

ENEIAS, Miria S.; DIAS, Viviane S. **A recuperação judicial à luz do princípio da preservação da empresa**. [S.L]. [21--]. Disponível em: <<http://imepac.edu.br/oPatriarca/v5/arquivos/trabalhos/ARTIGO05MIRIA.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. 2.ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2005.

GARCIA, Gabriel Rodrigues. **Recuperação judicial de empresa**, Porto Alegre, jan. 2017. Disponível em: <<https://gabrielgarciaadvogados.com.br/recuperacao-judicial-de-empresas>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

GUIMARÃES, Leonardo; SILVA, Clara Carvalho et al. Recuperação extrajudicial de empresa: mecanismo eficiente ao empresário em crise. **Revista Migalhas**, [S.L.] 01



set. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI244856,71043-Recuperacao+extrajudicial+de+empresas+mecanismo+eficiente+ao>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LIMA, João André Ferreira. **Crimes falimentares em espécie**. [S.l.] maio de 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/28276/crimes-falimentares-em-especie>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

LIMIRO, Renaldo. Atribuições da Assembleia Geral de Credores na Recuperação Judicial. **Revista Migalhas**, [S.L.], 11 out. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI247038,91041-Atribuicoes+da+Assembleia+Geral+de+credores+na+recuperacao+judicial>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

MELO, Hodor Flávio Guerra Leitão de. Histórico, conceito, espécies, natureza jurídica, processo da concorda, in **Consultor Jurídico**, [S.l.] 24 maio 2000. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2000-mai-24/breve_analise>. Acesso em: 06 nov. 2017.

OLGUIN, Pedro Rocha. Recuperação de empresas e concordata face ao princípio da preservação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, PI, ano 18, n. 3506, 5 fev. 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/23652>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Direito Falimentar Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, maio 2005. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=594>. Acesso em: 08 ago. 2017.

PEREIRA, Wesley. Aspectos históricos da recuperação judicial de empresas no Brasil. **Jusbrasil**, [S.L.]. [c.a. 2015]. Disponível em: < <https://wesleyalmeidap.jusbrasil.com.br/artigos/251960141/aspectos-historicos-da-recuperacao-judicial-de-empresas-no-brasil>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

RIBEIRO, Mateus Rocha. Desenvolvimento histórico do processo de recuperação judicial e extrajudicial das empresas falidas no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56059&seo=1>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

ROCHA, Angelito Dornelles da. 1 Histórico do Direito Falimentar. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, nº 484, 03 de out. de 2006. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/84-artigos-out-2006/5484-1-historico-do-direito-falimentar>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência de Crime Falimentar. Conflito de jurisdição nº: 70055237853. Relator: Aristides Pedroso Albuquerque Neto. Porto Alegre, 07 de agosto de 2013. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113189955/conflito-de-jurisdicao-cj-70055237853-rs>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

THOMÉ, Georgina Maria; MARCO, Carla Fernanda de et al. Falência e sua evolução: da quebra à reorganização da empresa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/760>>. Acesso em: 25 set. 2017.



INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: SINÔNIMO DE DESENVOLVIMENTO E VALORIZAÇÃO REGIONAL

Rafael Berté¹

Elia Denise Hammes²

1 INTRODUÇÃO

O alimento sempre esteve associado ao desenvolvimento do homem. Desde o início, houve a preocupação de cuidar da terra e aperfeiçoar os meios de produção para o cultivo de plantações. Em diferentes regiões do mundo produziam-se alimentos similares, mas de acordo com o modo de preparo da terra, as técnicas utilizadas e o fator local faziam o alimento possuir diferenciado sabor, de região para região.

Esta característica peculiar baseava-se principalmente em duas condições específicas: o fator humano e o fator natural. O primeiro era baseado no saber-fazer. As técnicas para arar a terra, os métodos de plantio, os modos de colheita e, principalmente, o armazenamento dos produtos se tornavam fundamentais para a qualidade da produção. Em se tratando de fator natural, o solo, clima, a posição dos ventos, o relevo, a vegetação e local geográfico eram fundamentais para cada produto ter sua particularidade especial. Em muitas situações, as técnicas utilizadas eram de extrema valia, mas o local geográfico não possuía o atributo necessário para a diferenciação do produto, e, vice-versa.

Quando havia o choque desses dois fatores, o local herdava a fama por oferecer produtos de qualidade e exclusividade. De acordo com Porto (2007), antes de Cristo já existiam regiões que se destacavam e eram conhecidas por oferecerem produtos exclusivos da terra e da condição humana, como por exemplo, o vinho de Falerno e o mármore de Carrara.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1996) e mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2001). Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2018) com estudo voltado a norma e território: a implementação da política pública nacional do microempreendedor individual na escala local. Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, atuando principalmente nas áreas de direito empresarial com pesquisas voltadas ao papel das empresas no Estado contemporâneo e de políticas públicas voltadas para o setor empresarial. Coordenadora do Curso de Direito de Santa Cruz do Sul -UNISC 2018-2019.



Se por um lado, as regiões conseguiam agregar importância em seus produtos devido à condição humana e natural, por outro, as regiões que não possuíam as características se apropriavam de meios ilícitos para concorrer em igualdade.

Segundo o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (2016), o marco histórico de proteção de uma Indicação Geográfica-IG, foi o ano de 1700, quando o Marquês de Pombal instituiu a IG “Porto” referindo-se a um famoso vinho português, por estar sendo utilizado de forma indevida pelos ingleses.

Nesse sentido, as IGs começaram a se multiplicar pela Europa. Muitos lugares passaram a ser conhecidos pela identidade que seus produtos eram ofertados. Após as guerras que abalaram continente europeu, as IGs surgiram como uma alternativa sólida, e que dependia exclusivamente do homem e da terra. Para Porto (2007), a utilização deste signo distintivo foi uma forma que, principalmente os franceses, encontraram para valorizar e individualizar seus produtos, devido aos estragos sofridos e reparar os danos econômicos causados pela guerra.

Pecqueur (2009 p. 86) reforça que produtos e serviços ligados ao espaço territorial tornam-se fundamentais para o desenvolvimento das pequenas regiões. De acordo com o autor, esse modelo reflete a constituição de uma oferta de bens e serviços que é coconstruída pela interação entre fornecedores e consumidores, na qual estes últimos exercem uma função muito ativa. Pela sua ancoragem territorial, o modelo distingue-se da simples diferenciação pela qualidade ou dos modelos de bens combinados.

No âmbito internacional, as indicações geográficas são tuteladas pela Convenção de Paris. Segundo Barbosa (2003), a partir desta União, formou-se no ano de 1891, o Acordo de Madrid sobre a proteção das Indicações de Procedência na qual o Brasil passou a ser signatário. Essa proteção não se estendeu às Denominações de Origem. O Acordo de Madrid de 1981, sobre a repressão sobre as falsas indicações de proveniência, trouxe em seu artigo 1º uma visão de proteção ampla sobre o tema.

Em relação ao contexto nacional, o Brasil possui um problema para harmonizar suas leis em relação às leis externas. Se por um lado, para exportar produtos com procedência o Brasil tem que se adequar às leis estrangeiras, por outro, deve priorizar o interesse nacional a fim de desenvolver o país sem gerar prejuízo. Isso gera um conflito de normas.

Conforme Porto (2007), quando o Estado Brasileiro conseguir encontrar esta equidade entre os interesses nacionais e o mercado internacional, o país será mais competitivo e atingirá as metas estabelecidas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).



2 A INDICAÇÃO GEOGRÁFICA COMO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Uma das grandes dificuldades encontradas pelas pequenas regiões é o acesso ao mercado econômico através de seus produtos. A infraestrutura e as políticas sociais adotadas pelos governantes são voltadas basicamente aos grandes centros, deixando, em muitas ocasiões, as microrregiões esquecidas no mapa. Ademais, é possível encontrar várias regiões que possuem potencial para fornecerem produtos ou serviços de características especiais.

Em muitos casos, os pequenos produtores não estão jurídica, econômica e culturalmente preparados para prover uma IG na região identificada. Segundo Porto (2007), no contexto jurídico, existe uma carestia sobre o conhecimento da lei de proteção, bem como serviços jurídicos que orientem e facilitem o reconhecimento ao órgão competente, que no Brasil é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial-INPI. No campo econômico, há falta de investimentos por parte do governo e pelo setor privado. O longo e exaustivo processo não trás garantias de investimento em curto prazo e, em diversos casos, o mercado concorrencial não tem a paciência necessária. No sentido cultural, a mudança de comportamento e hábito é essencial para a concessão de uma IG.

As tradições e o modo de fazer devem ser seguidos à risca, valorizando o patrimônio e a historia do local. Ao governo falta maior divulgação através dos meios de comunicação, investimentos e condições que facilitam e viabilizam o tocante reconhecimento.

Nos países em desenvolvimento, com é o caso do Brasil, há um potencial de valorização e exclusividade nos produtos e serviços oferecidos. Uma das adversidades encontradas é o acesso às informações necessárias. Segundo Giovannucci (2008), enquanto na União Europeia as IGs possuem um espaço relevante e incisivo no meio comercial, os países em desenvolvimento representam menos de 10% de todas as IGs reconhecidas no mundo.

Além do acesso às informações necessárias aos países em desenvolvimento, outros fatores contribuem para o baixo número de registro das Indicações Geográficas. Conforme apontam Mascarenhas e Wilkinson (2014), o desconhecimento da população sobre o tema, a inexistência de aparato legal, falta de suporte institucional, políticas públicas de alicerce para o reconhecimento e manutenção, e a baixa propensão para consumir produtos por causa de seus preços diferenciados, fazem esses institutos serem deixados em segundo plano.

No mesmo pensamento dos autores, um dos grandes desafios é encontrar uma assimetria entre quem produz e quem consome produtos e serviços protegidos por IG.

Por parte do produtor, há o conhecimento técnico e o investimento aplicado para que os seus produtos atinjam a excelência e, por consequência, a valorização. O produtor que expõe o seu produto na vitrine, possui totais condições de garantir a



qualidade, pois sabe a origem e o modo de fabrico. Por outro lado, existem fatores que influenciam os consumidores a seguir outra linha de raciocínio. O preço encarecido é uma delas.

Outro fator negativo encontrado nas IGs são comportamentos oportunistas que põem em xeque os benefícios diretos e indiretos conquistados pela proteção. Mascarenhas e Wilkinson (2014) são claros ao dizerem que, por se tratar de uma iniciativa coletiva, as IGs podem dar lugar à falha de controle e pode haver a oferta de produtos de baixa qualidade, numa espécie de parasitismo. Por não haver barreiras para aqueles produtores que são situados na área demarcada, ou naqueles que futuramente possam adquiri-las, existe o risco de ser tirado proveito da reputação sem seguir o regulamento estipulado.

Portanto, a associação responsável pelo controle da região protegida deve ser incisiva e fiscalizadora a ponto de barrar qualquer meio ilegal que os produtores ousarem em praticar, aplicando penas, incentivando o cumprimento das regras e capacitando os produtores para a concorrência leal.

3 INDICAÇÃO GEOGRÁFICA NO BRASIL: PROTEÇÃO E BENEFÍCIOS

Conforme Porto (2008), o governo brasileiro começou a perceber que era importante valorizar a propriedade intelectual incentivando as exportações e valorizando os serviços e produtos do país. Apesar de proteção recente quanto às Indicações Geográficas, o país respeita acordos, mesmo que indiretamente, desde a Convenção de Paris, de 1883.

De acordo com Porto (2007), criou-se através do Decreto nº 16.254, no Brasil, a primeira legislação sobre propriedade intelectual onde se previa a repressão às falsas indicações de procedência. No ano de 1891, o Brasil aderiu ao protocolo de Madrid, onde o tema baseava-se exclusivamente a indicações de procedência. Em 1934, foi criado o Departamento Nacional da Propriedade Intelectual com objetivo de reprimir as falsas indicações geográficas e a concorrência desleal.

De acordo com o INPI (2016), em 1958, criou-se a Proteção das Denominações de Origem e seu Registro Internacional, configurando um sistema específico de proteção da Indicação Geográfica, no Acordo de Lisboa. Por sua vez, o Brasil não é signatário desse acordo.

Por fim, segundo o INPI (2016), o Tratado Internacional TRIPS ou ADPIC (em inglês: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), decorrido na Rodada do Uruguai, no âmbito das negociações da Organização Mundial do Comércio, definiu o conceito atual da IG.



De acordo com o Tratado, as IGs são indicações que identifiquem um bem como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou característica seja primordialmente atribuída à sua origem geográfica.

Em 1988, através da Constituição Federal, as indicações geográficas tiveram importante proteção constitucional. Através do artigo 5º, inciso XXIX, as IGs foram expressamente protegidas como signos distintivos. Além deste grande avanço, foi criada “a cláusula finalística para a proteção dos direitos de propriedade industrial, vinculando constitucionalidade de sua proteção ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país” (PORTO, 2008, www.evocati.com.br).

Em 1996, a Lei de Propriedade Industrial (LPI), trouxe em seus Arts. 176 a 178 proteção e suporte para as regiões que possuíam condições e características para se tornarem uma IG. De acordo com a Lei, a Indicação Geográfica pode ser dividida em duas espécies: a IG de Indicação de Procedência-IP e a IG de Denominação de Origem.

A Indicação de Procedência, conforme o Art. 177 da LPI é o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou serviço. Nesse caso, o requisito principal para a concessão da IP é a fama que o local possui por ofertar serviço ou produto, independente de qualidade.

Conforme Porto (2007), para que uma região obtenha o reconhecimento de uma Indicação de Procedência (IP), não é feita nenhuma exigência em relação à comprovação de qualidade ou singularidade. Basta necessariamente, que a região tenha se tornado conhecida como centro de extração, produção ou prestação de serviços mesmo que não se comprove as características peculiares dessa região, como os fatores naturais ou humanos.

De acordo com Porto (2008), o legislador teve a intenção de facilitar o registro da IP, fazendo com que as regiões consigam o reconhecimento com maior facilidade em consonância com os interesses nacionais.

Conforme Barbosa (2003) e Porto (2007), esse reconhecimento não necessita ser nacional. Essa fama pode ser reconhecida em âmbito regional através das condições fáticas e pela concorrência. As pessoas devem relacionar uma comida típica, por exemplo, a um determinado lugar que é conhecido por fazê-la com excelência. Este processo de reconhecimento é demorado e exige um trabalho diferenciado das pessoas locais.

O INPI é o órgão nacional que emite o registro das IPs, com base na Resolução 75/2000. Conforme o Instituto, até fevereiro de 2016, o Brasil contava com 37 Indicações de Procedência registradas.



Em relação à Denominação de Origem, além da fama, outros três requisitos são essenciais para a concessão: fator humano, fator local e a qualidade exclusiva. Conforme Gollo e Castro (2008), além dos fatores naturais e humanos, outro exemplo que diferencia uma DO é a qualidade. Esses sabores incomparáveis são comprovados por *experts* no assunto que atestam sobre a qualidade diferenciada.

De acordo com o INPI, no que diz respeito aos fatores naturais, uma DO pode ser reconhecida pelo solo, clima, posição dos ventos e outros fatores naturais que contribuem para que o produto se torne único.

Em relação aos fatores humanos, o modo de plantio, colheita, posição e distância dos pés (por exemplo, na produção de uvas), a fabricação, envasamento e acomodação passada muitas vezes, de geração em geração, fazem com que a qualidade final se torne única. O valor agregado numa DO é diferenciado. Conforme Porto (2007), aquelas pessoas que adquirem um produto numa região protegida por DO terão a garantia que os produtos serão de qualidade e peculiaridade incomparável.

Conforme o INPI, a primeira DO concedida no Brasil foi para a produção de arroz no Litoral Norte Gaúcho. Segundo o instituto, neste caso específico, a comprovação de como o meio geográfico afetou as características do produto, se traduziu no que diz respeito aos fatores naturais, pelo regime de ventos, especial da região.

Para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), “uma região protegida por IG possui muitas vantagens em relação a regiões sem esta proteção” (2016, www.inpi.gov.br). Dentre elas, as relevantes: aumento do valor agregado dos produtos ou serviços, diferenciando dos demais: os produtos e serviços oriundos de regiões protegidas por IGs possuem valores diferenciados devido a sua procedência. Através de selos de qualidade, o consumidor compra o produto orientado pelo lugar de origem. Em outras palavras, o consumidor paga mais caro o produto, mas tem a garantia de que sua origem é certificada; preservação das particularidades dos produtos ou serviços, patrimônio das regiões específicas: os produtos protegidos levam junto com a embalagem a história da região.

Adquirindo um produto protegido por IG, o consumidor valoriza os costumes e a história da região, e encontra peculiaridades específicas do meio local; estímulo aos investimentos na própria área de produção, com valorização das propriedades, aumento do turismo, do padrão tecnológico e da oferta de emprego: um dos maiores benefícios que uma região protegida possa alcançar, visivelmente, é a sua valorização. Além da valorização dos produtos, a região se destaca, pois a IG contempla a todos. De acordo com o INPI(2016), o produtor rural irá se capacitar buscando tecnologias para que sua produção aumente com maior qualidade. O comércio local aquece suas vendas. Desperta o interesse de pessoas de fora da região para conhecer esses locais, aumentando o turismo.

Conseqüentemente, as vagas de emprego aumentam conforme vai aparecendo



a demanda; criação de vínculo de confiança com o consumidor, que, sob o sinal distintivo da indicação geográfica, sabe que vai encontrar um produto ou serviço de qualidade e com características regionais: produtores e consumidores andam de mãos dadas nos locais protegidas por IGs. O consumidor tem a ciência que comprando o produto, encontrará procedência e qualidade. O produtor terá a responsabilidade de atender a demanda na melhor forma, sempre buscando a confiança do consumidor.

Existe uma relação mútua que vai além de uma relação comercial. Para o INPI (2016), a IG melhora na comercialização dos produtos ou serviços, facilitando o acesso aos mercados através da propriedade coletiva: outro ponto que chama atenção na proteção das IGs é a valorização da propriedade coletiva. As Indicações Geográficas abrangem todos os produtores daquela região demarcada. Não há uma proteção individual. Existe um benefício coletivo que atende e valoriza o menor e o maior produtor em igualdade. Para isso, todos deverão se adequar às normas estipuladas pela associação fiscalizadora, e se capacitar para poder atender de uma forma qualificada o consumidor final.

De acordo com o Instituto (2016), as Indicações Geográficas potencializam as regiões e os pequenos agricultores. Uma IG sempre atenderá requisitos formulados pela sua associação e fiscalizados pelo órgão competente, fazendo com que os produtos e serviços que fazem parte da área sigam à risca as normas estipuladas.

4 PROCEDIMENTO PARA A CONCESSÃO DE UMA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA NO BRASIL

As Indicações Geográficas são passíveis de uma grande variedade de proteção. Segundo o INPI (2016), as IGs podem ser protegidas pela legislação *sui generis*, por decretos ou pelo registro próprio.

No Brasil, conforme o INPI, a Indicação Geográfica é de natureza declaratória, desenvolvida pelos produtores e prestadores de serviço e identificada pelos consumidores. Para ser reconhecida, a solicitação de IG deve obedecer a legislação e demonstrar que na região há fatores distintivos para a concessão. Somente produtores ou prestadores de serviço da região demarcada podem utilizar a Indicação Geográfica, sendo representados por uma entidade. Não há pedido individual. O sindicato, associação ou outra entidade com o mesmo propósito solicita a IG para a região demarcada e contempla a todos os membros da região, através de um cadastro prévio dos produtores do local.

Para o início do processo de registro, alguns elementos devem ser apresentados junto ao INPI. De acordo com a Instrução Normativa 25/2013, para o pedido de uma IG, é necessário a apresentação da Guia de Recolhimento de União (GRU) paga,



juntamente com um formulário preenchido, solicitando o registro específico, em duas vias, com os dados do requerente, a espécie da IG solicitada (Indicação de Procedência ou Denominação de Origem).

Além destes dados, a referida instrução normativa exige documento que comprove a legitimidade do solicitante; nome geográfico e a descrição do produto; delimitação da área geográfica, para garantir o uso devido do sinal distintivo da Indicação Geográfica pelos produtores ou prestadores de serviço localizados na área delimitada; regulamento de uso, onde são estabelecidas as regras de produção, disciplina e sanções ao não cumprimento das ditas regras; estrutura de controle, que vai garantir a observância ao estabelecido no regulamento de uso, comprovação da reputação da região ou do meio geográfico que afeta o produto ou serviço, entre outros elementos; comprovação de que os produtores ou prestadores de serviço estão estabelecidos na área geográfica exercendo efetivamente sua atividade.

De acordo com dados do INPI (2016), o tempo de concessão de uma IG após o depósito é de dois anos, se a documentação solicitada estiver de acordo. Em alguns casos, o registro é acima de cinco anos. Este tempo elevado, em muitos casos, dá-se pela falta de estrutura da entidade que solicita o registro e também pelas exigências do pedido. A demarcação da área deve ser minuciosa, e isto em alguns casos, é motivo de desacordo dos pontos da região. A legislação refere-se à palavra local para a concessão da IG. Este local, em diversos casos, atravessa os municípios deixando de um lado a IG, de outro, um local sem proteção. Nesse momento em que os interesses locais se sobrepõem, em diversas ocasiões os pedidos de concessão são arquivados.

No âmbito internacional, segundo o Instituto(2016), em vários países as IGs são protegidas pela legislação *sui generis*, ou decretos. Nos Estados Unidos, as Indicações Geográficas podem ser protegidas como Marcas Coletivas ou de Certificação.

O Rio Grande do Sul foi pioneiro em âmbito nacional em proteger as suas regiões sob o instituto IG. Conforme o INPI (2016), a primeira Indicação Geográfica brasileira foi a Vale dos Vinhedos sob registro 20002, referente a vinhos e espumantes. Esta primeira indicação institui-se no ano de 2002 e a comprovação deu-se através de documentos que certificaram que a vitivinicultura no Brasil originou-se com a colonização italiana no Rio Grande do Sul a partir do ano de 1886.

Em 2012 o Vale obteve o registro de Dominação de Origem. Esta titulação veio para selar o grande trabalho desenvolvido na região da serra gaúcha. A região foi a primeira no mundo fora do continente europeu a ser reconhecida como exportadora de vinhos e espumantes.

O Vale dos Vinhedos formado pelos municípios de Monte Belo do Sul, Bento Gonçalves e Garibaldi possui uma extensão de terras de 72,42 km². Segundo a Associação de Produtores de Vinhos Finos do Vale dos Vinhedos – APROVALE (2017),



que regula e fiscaliza os associados, a região possui 26 vinícolas que correspondem a 27% dos vinhos e 12 % dos espumantes fabricados no Brasil.

Existem 37 empresas associadas que aquecem a economia da região através do turismo, gastronomia e artesanato. A região passou a receber turistas do Brasil e do exterior que buscaram nos Vales dos Vinhedos, um local brasileiro com a identidade europeia.

Segundo a APROVALE (2017), os benefícios para a região foram completamente satisfatórios e muito mais do que esperados. De acordo com dados da Associação, as propriedades agrícolas passaram a ter valorização de duzentos a quinhentos por cento dependendo de sua localização e finalidade. As vinícolas, independentemente do porte, passaram a realizar investimentos em conhecimento científico, maquinário e tecnologia tanto na parte industrial quanto na agrícola. Atualmente, as vinícolas empregam diretamente mais de mil funcionários e investidores ligados ao turismo passaram a se instalar no roteiro.

Além destes benefícios, os vinhos finos do Vale dos Vinhedos passaram a ser reconhecidos internacionalmente, agregando valor de mercado e padrão de qualidade.

5 O CASO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA DA CACHAÇA NO BRASIL

Como visto, a proteção de uma Indicação Geográfica, num primeiro momento é regional. Alguns produtos *made in Brazil* atingem relevância nacional e necessitam de uma proteção especial, principalmente contra os países que os produtos são exportados. E a cachaça produzida no país é este caso atípico.

De acordo com o Instituto Brasileiro da Cachaça – IBRAC (2017), a história da cachaça se confunde com a história do Brasil. A cana-de-açúcar, produto típico brasileiro, quando destilada, se torna um exclusivo aguardente que simboliza o modo de viver e o jeito descontraído do brasileiro.

Segundo o Instituto (2017), a primeira plantação de cana no Brasil foi feita no ano de 1504, pelo fidalgo judeu de Portugal Fernão de Noronha, que hoje leva seu nome. De acordo com a história, há referências que o primeiro engenho foi construído em 1516. Apesar de não haver registro preciso sobre o verdadeiro local, segundo o Instituto (2016), pode-se afirmar que a primeira destilação se deu no território brasileiro, no litoral.

Por se tratar de um produto original do Brasil, a cachaça teve sua proteção regulada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, no ano de 2001, sob o Decreto Nº 4.062, de 21 de dezembro de 2001 que definiu as expressões “cachaça” e “Brasil” e “cachaça do Brasil”, com Indicações Geográficas.



De acordo com o INPI (2016), o decreto teve como objetivo proteger o termo “cachaça”, principalmente nos países para onde é exportada, tendo que na Lei da Propriedade Industrial existe a obrigatoriedade de se proteger o nome geográfico da região, não se aplicando à cachaça.

Por se tratar de um tema recente no Brasil, as Indicações Geográficas possuem pequena procura por parte da sociedade. Os incentivos públicos e privados ficam aquém do potencial produtivo que o país possui. Muitas regiões possuem uma gama de produtos e serviços exclusivos, mas a falta de informação faz com que caiam no cotidiano.

Como visto neste artigo, a concessão de uma Indicação Geográfica não é um processo simples. Exige luta e interesse local. O processo é árduo e em alguns casos, a demora é significativa. Por outro lado, os benefícios pós-concessão são evidentes e valem a pena. Estar protegido por uma IG significa que o local é diferenciado, valorizando o povo, a história da região e os produtos e serviços oferecidos. As IGs aparecem no cenário nacional como válvula de escape para o desenvolvimento. Qual local que não gostaria de ter uma valorização digna por oferecer um produto ou serviço de qualidade? Claro que todos. E o caminho seria sem dúvidas, as Indicações Geográficas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se perceber, que desde a antiguidade havia uma preocupação referente aos locais de produção que possuíam destaque nos conceitos qualidade e exclusividade. Os reis, faraós e monges encomendavam seus produtos e serviços de regiões que possuíam fama pela qualidade incomparável.

Este artigo teve como objetivo conhecer e enaltecer a Indicação Geográfica como caminho para o desenvolvimento das pequenas regiões. Este instituto está legislado sobre a LPI e neste ano, completa 21 anos de proteção específica no âmbito nacional.

Com um avanço considerável desde 1997, as IGs se apresentam como uma válvula de escape junto ao cenário nacional como uma ferramenta de valorização das pequenas regiões do Brasil. O grande diferencial desse instituto é a sua contemplação em todos os setores locais. Uma região protegida por IG é sinônimo de prosperidade e transformação, pois ela atinge todos os produtores, grandes ou pequenos, valoriza os produtos, a terra, o modo fazer, fomenta o turismo e aquece o comércio.

Adquirindo um produto protegido por IG, o consumidor tem a ciência e a tranquilidade de consumir um produto com procedência e com qualidade exclusiva. Nesse sentido, as Indicações Geográficas valorizam as pequenas regiões e os pequenos produtores, criando um vínculo de confiança junto aos consumidores e,



conseqüentemente desenvolvem as regiões.

A importância social de uma Indicação Geográfica, em muitos casos, ultrapassa os limites continentais e a torna de reconhecimento mundial, graças à qualidade ofertada que é diferenciada das demais.

O caminho entre o início do pedido de registro junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial até o momento da concessão da IG, na maioria dos casos, é lento e moroso. A autarquia apresenta uma defasagem de servidores capacitados para o feito e alguns processos internos ainda não são automatizados.

Outro fator negativo que faz o processo ser prolongado são as demarcações das regiões que receberão o instituto e quais serão os seus beneficiários. A IG possui a peculiaridade de poder ser protegida em regiões de diferentes municípios deixando, por exemplo, alguma parte que não se enquadra nos requisitos, desprotegida. Esse conflito de territórios pode fazer com que a proteção não saia do papel.

E outro elemento que gera dúvida no momento de encaminhar o pedido de registro ao INPI é sobre os elementos da associação ou do sindicato que os produtos deverão estar ligados. Para a região solicitar o registro, deverá primeiramente fundar uma associação ou sindicato com as regras objetivas, estatuto próprio, no qual informa, dá suporte jurídico e administrativo aos produtores devidamente cadastrados. As sanções quanto ao descumprimento do estatuto e a fiscalização por parte da organização também devem ser claras e específicas.

Esses procedimentos burocráticos quem demandam tempo até o momento da concessão do registro exigem perseverança e paciência. Mas, noutro sentido, recompensa e faz o esforço valer a pena.

Portanto, as Indicações Geográficas tornam-se essenciais no contexto atual justamente pelos benefícios trazidos aos consumidores, que sabem a procedência, e aos produtores, que garantem qualidade no que oferecem.

O Vale dos Vinhedos, localizado no Rio Grande do Sul é um exemplo a ser seguido. O local foi o primeiro no Brasil a ser reconhecido com uma Indicação Geográfica e o primeiro no mundo, a ser reconhecido pela União Europeia como exportador de vinhos e espumantes.

Hoje, os vinhos e espumantes são conhecidos em todo mundo, a região é superdesenvolvida, o turismo teve um aumento considerável, a terra teve uma valorização astronômica e a região é referência no Brasil sobre o tema.

Quando o Brasil perceber que as Indicações Geográficas são um caminho para o desenvolvimento das regiões, e conseqüentemente, desenvolvendo as regiões o país como um todo se desenvolve, novos caminhos se abrirão e a chance de crescimento econômico, social e cultura será conseqüência eminente.



REFERÊNCIAS

- ACORDO DE MADRID, de 14 de abril de 1891. Disponível em: <http://www.marcas.epatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/5/21/Acordo%20de%20Madrid%20-%20Registo%20Internacional%20Marcas.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- APROVALE- Associação dos Produtores de Vinhos Finos do Vale dos Vinhedos. Disponível em: <www.valedosvinhedos.com.br>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- ADPIC- Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Decreto nº 4.062, de 21 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d4062.htm>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- _____. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 maio 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017
- _____. Decreto nº 16.254 de 12 de dezembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16254-12-dezembro-1923-518630-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- _____. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. DI 101p br - módulo 5 – indicações geográficas – (5v) 2016 © omp / inpi. Disponível em: <www.inpi.com.br>. Acesso em: nov. 2016.
- _____. Instrução Normativa nº 25 de 21 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/in_25_21_de_agosto_de_2013.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- _____. Resolução INPI nº 75 de 28 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/br/br070pt.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2018.
- GOLLO, S. S.; CASTRO, A. W. V. de. Indicações geográficas no Brasil: as indicações de procedências já outorgadas e as áreas e produtos com potencial de certificação. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E SOCIOLOGIA RURAL, 46., 2008, Rio Branco, AC. **Anais...** Brasília, DF: SOBER, 2008. Não paginado. Disponível em: <<http://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/43987/1/778.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- GIOVANNUCCI, D. **The new 'local'**: linking geographical indications and organics. Geneva: International Trade Center, 2008. 3 p.
- IBRAC- Instituto Brasileiro da Cachaça. Disponível em: <<http://www.ibrac.net/index.php/o-ibrac/historico>>. Acesso em: 22 mai. 2017.
- MASCARENHAS, G; WILKINSON, J. Indicações geográficas em países em desenvolvimento: potencialidades e desafios. **Revista de política agrícola**, Brasília-DF, ano XXIII, n. 2, abr./maio/jun. 2014. Disponível em: <<https://seer.sede.embrapa>>.



br/index.php/RPA/article/view/918/824>. Acesso em: 22 mai. 2017.

PECQUEUR, Bernard. A guinada territorial da economia global. **Revista Política e Sociedade**, Florianópolis, n.14, p. 79-106, 2009.

PORTO, Patricia Carvalho da Rocha. **Indicações geográficas**: a proteção adequada deste instituto jurídico visando o interesse público nacional. 2007. Monografia (Programa de Pós-Graduação)- Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

_____. Indicações geográficas, modelo Brasil. **Evocati Revista**, Aracaju, n. 29, maio 2008. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp? tmp_codartigo=228](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=228) >. Acesso em: 22 mai. 2017.



OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM ESTUDO DOS CRITÉRIOS EXTRAÍDOS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Claudia de Barros Gehres¹

Caroline Müller Bitencourt²

1 INTRODUÇÃO

Diante da ocorrência de diversos casos de grande repercussão nacional que fomentaram discussões recentes sobre o direito à liberdade de expressão e suas possíveis consequências jurídicas, o problema que se apresenta é compreender quais os limites constitucionais expressos e não expressos à liberdade de expressão no Brasil e como tem sido a sua tratativa no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Esta temática foi escolhida em razão de sua extensa abordagem em diversos círculos e mídias sociais nos últimos anos. Alguns fatos contribuíram para a propagação do debate, tais como: o crescimento do acesso à *Internet* e o espaço disponibilizado por esse meio para manifestações; o aumento da presença de grupos minoritários em diversos setores da sociedade e; conseqüentemente, a resistência de outros grupos em conviver com eles.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

2 DOUTORA em DIREITO (2012) e estágio Pós-Doutoral pela PUC Paraná (2018). MESTRE em Direito (2009). ESPECIALISTA em Direito Público (2007). Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito -Mestrado e Doutorado- UNISC, onde ministra as disciplinas Teoria do Direito (mestrado) e Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas (doutorado). Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Processo Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Teoria do Direito. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Integrante do Grupo de pesquisa Núcleo de pesquisa de desenvolvimento humano da PUC/PR. Advogada.



Em vista destes fatores, a relevância do tema abordado justifica-se pelo interesse demonstrado pela sociedade em entender o âmbito de aplicabilidade das limitações ao direito fundamental à liberdade de expressão. Ademais, um entendimento mais abrangente das restrições ajudaria a proteger outros direitos fundamentais eventualmente atacados pelo exercício exagerado da liberdade de expressão – ou ainda, por discursos de ódio que pretendam se revestir de direito fundamental.

2 A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Segundo Miranda (2002), a primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, previa em seu principal dispositivo sobre liberdade de expressão, o Artigo 179, inciso IV, que todos poderiam comunicar aquilo que pensassem, através de palavras escritas e publicá-las independentemente de censura, desde que respondessem por eventuais abusos (BRASIL, 1824).

Gomes (2013) escreve que a Constituição de 1891 fez pouca alteração no texto da anterior em relação à liberdade de expressão, mas incluiu a vedação ao anonimato. Sua redação não apenas manteve os direitos e garantias elencados na Carta de 1824, como também acrescentou ao rol as garantias de liberdade e igualdade inerentes ao Estado laico.

A Constituição de 1934, como aponta Sarlet (2012), trouxe um texto mais detalhado sobre a matéria, que era disposta no Artigo 113, § 9º, e previa a livre manifestação do pensamento, sem sujeição à censura, exceto quanto a espetáculos e diversões públicas, e, respondendo cada um pelos abusos que eventualmente cometer, como a lei determinar. Proibia-se o anonimato e a propaganda “de guerra ou processos violentos”, além de assegurar-se o direito de resposta (BRASIL, 1934).

Sarlet (2012) explica que o texto da Constituição de 1937, outorgada à época da Ditadura do Estado Novo, demonstra a concepção menos liberal adotada no ordenamento jurídico desse período, impondo restrições ao exercício da liberdade de expressão. Ou, como define Gomes (2013), pode-se dizer que ela suprimiu a liberdade de expressão, substituindo-a por uma codificação de repressão à imprensa.

A Constituição de 1946, tal como a de 1934, conjugava a democracia liberal com a consolidação de partidos com aquisições sociais. Refletindo a decaída do autoritarismo que pautava a Constituição anterior, a Carta de 1946, diminuiu as limitações à liberdade de expressão, sem eliminá-las completamente (GOMES, 2013).

A Constituição seguinte (de 1967), como ensina Gomes (2013), fez poucas alterações ao modelo anterior e trazia em seu Artigo 150, § 8º a liberdade da manifestação de pensamento, da convicção política ou filosófica e da veiculação de



informações independente de censura, exceto quanto a espetáculos de diversões públicas, e respondendo cada um por eventuais abusos. Assegurava o direito de resposta, e vedava a “propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe”. (BRASIL, 1967).

Após o golpe de 1964, a Constituição de 1946 foi subordinada à quatro Atos Institucionais, promulgados entre 1964 e 1966, e voltados à aumentar a concentração de poder no Presidente da República. Logo houve a necessidade de elaborar uma nova Constituição para incluir esses Atos e outros posteriores, sendo criada a de 1967. Nos dois anos seguintes, os líderes militares publicaram diversos Atos Institucionais e, em outubro de 1969, a Emenda Constitucional nº 1 (MIRANDA, 2002). Esta emenda incluiu limites à liberdade de expressão, passando a proibir “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (GOMES, 2013).

Com o fim deste regime autoritário, fez-se necessário um novo regime constitucional e, em janeiro de 1985, elegeu-se o novo presidente, ainda pelo sistema de sufrágio indireto, e, em maio, uma emenda suprimiria as normas constitucionais de caráter excepcional e retomaria o sistema eleitoral direto. Ademais, previu-se um Congresso ordinário e constituinte, que aprovou uma nova Constituição em 5 de outubro de 1988 (MIRANDA, 2002).

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco no que tange à garantia da liberdade de expressão e é possível afirmar que seu texto possui esta característica em resposta às restrições ao referido direito no período ditatorial. A Constituinte de 1987-1988, preocupou-se, primeiramente, em evitar todas as restrições e violações a direitos ocorridas durante o regime militar, e esta preocupação é o que embasa vários de seus dispositivos.

Concluída a presente abordagem da liberdade de expressão nas constituições brasileiras, faz-se necessário entender como tal direito fundamental está previsto na legislação constitucional e infraconstitucional, e o que depreende a doutrina a partir de tais previsões. É disto que tratará o capítulo a seguir.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E ENQUANTO ACESSO À INFORMAÇÃO

A doutrina costuma dividir o direito fundamental da liberdade de expressão em dois aspectos: o da liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento e o que trata da liberdade de expressão enquanto acesso à informação. Por tal motivo, neste trabalho, optou-se por tratar das disposições normativas e conceitos doutrinários referentes ao preceito constitucional em comento desta mesma forma.

Para Dória (1960), citado por Silva (2012), liberdade de pensamento constitui o direito de expressar, através de qualquer meio, aquilo que se pensa sobre religião,



ciências, artes, ou qualquer outra matéria. É liberdade referente ao conteúdo intelectual que pressupõe as relações entre os indivíduos, nas quais o homem tende a compartilhar com outros as suas crenças e conhecimentos, sua visão de mundo, opiniões religiosas e políticas e criações científicas.

Tavares (2012) explica que o gênero denominado liberdade de expressão abarca direitos conexos, dos quais pode-se citar a liberdade de manifestação de pensamento, de comunicação e de informação, de acesso à informação, de mídia, de imprensa, de divulgação e de radiodifusão. E Bulos (2012) também inclui neste rol a “liberdade de ficar calado ou direito ao silêncio”, que define como a prerrogativa que todos têm de não serem obrigados a manifestar o que não quiserem, da qual decorre o direito de não produzir prova contra si mesmo (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 5º, LXIII).

Já o anonimato é expressamente vedado pela Constituição, com base na ideia de que para se exercer a liberdade de pensamento, deve-se ostentar a identidade dos posicionamentos expostos, sob pena de, eventualmente, responder judicialmente pelos prejuízos gerados a outrem (BULOS, 2012).

Concluída a explanação sobre a liberdade de expressão enquanto manifestação do pensamento, deve-se abordar o outro aspecto, assim definido pela doutrina, atribuído a este direito fundamental: o da liberdade de expressão enquanto acesso à informação.

Silva (2012) define a liberdade de comunicação como um grupo de direitos, procedimentos, mecanismos e difusores que englobam e efetivam uma estruturação objetiva dos meios pelos quais se cria, expressa e manifesta o pensamento e a informação, além de organizar os meios de comunicação através de legislação específica.

Souza (1984), citado por Tavares (2012), afirma que a liberdade de informação se divide em duas dimensões jurídicas: uma coletiva, que se relaciona com a opinião popular e com o êxito da democracia estatal; e outra individual, na qual se garante o interesse pessoal pelo consumo de informação com o intuito de desenvolvimento da personalidade, com base nos princípios da democracia e da dignidade humana.

Bitencourt e Reck (2016) explicam que a liberdade de informação está prevista no inciso XIV do Artigo 5º, que assegura a todos o acesso à informação e estabelece o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Assim, consolidou-se o entendimento segundo o qual o acesso à informação constitui um direito fundamental subjetivo ainda que se entenda que este direito deve ser compreendido em consonância com o contexto histórico anterior à Constituição de 1988, o período da ditadura militar.

Realizadas as presentes exposições sobre a liberdade de expressão na legislação e na doutrina brasileiras, cabe encerrar este primeiro capítulo. A seguir,



serão apresentadas as teorias doutrinárias acerca dos limites expressos e não expressos aos direitos fundamentais.

4 DISTINGUINDO O ÂMBITO DE REGULAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Bulos (2012), via de regra, os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, mas relativos – o que significa dizer que são passíveis de restrições. O que se pretende com esta afirmação não é abrir espaço para atos ilícitos e escusar eventuais infratores das devidas consequências jurídicas de seus atos, mas impedir o arbítrio estatal. Além disso, as limitações têm como objetivo evitar colisões entre as liberdades e assegurar a integridade do interesse social, de modo a impedir que determinado direito ou garantia seja usufruído com a violação da ordem pública ou de direitos e garantias de terceiros.

Conforme Canotilho (1998), as normas que preveem os direitos fundamentais visam proteger “bens” ou “domínios existenciais” específicos, tais como a vida, o domicílio, a religião e as criações artísticas. Esses âmbitos recebem várias nomenclaturas, entre as quais, estão: âmbito de proteção, domínio normativo e pressupostos de fato dos direitos fundamentais. O objeto de sua proteção, em muitos casos, é um ato ou comportamento, podendo ser ativo ou omissivo.

Para Alexy (2008), são restringíveis os bens protegidos pelos direitos fundamentais e as posições *prima facie* asseguradas pelos princípios de tais direitos. Tais objetos de restrição se relacionam estreitamente. Por tal motivo, é que uma restrição dirigida a um bem protegido também será sempre uma restrição à posição *prima facie* assegurada por algum dos princípios de direito fundamental. Logo, restrições a direitos fundamentais são normas restritivas de uma posição *prima facie* do direito fundamental (ALEXY, 2008).

Por fim, Sarlet (2012) entende que para o correto debate a respeito da restringibilidade dos direitos e as limitações dela decorrentes, é indispensável o exame da comparação entre as denominadas “teoria interna” e “teoria externa”, pois a adoção de alguma destas repercute na forma de se compreender a abrangência do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A “teoria interna” defende que um direito fundamental tem seu conteúdo e limites determinados desde sempre, como se esses surgissem juntos. Dessa forma, acredita-se que haja “limites imanentes”, os quais constituem limites implícitos e apriorísticos e que se diferenciam das autênticas restrições. Como os direitos têm sua abrangência definida preexistentemente não é necessário nem possível restringi-los. Isso porque as restrições são vistas, para a teoria externa, como prejuízos aos direitos impostos externamente por normas (CANOTILHO, 2006 apud SARLET, 2012).



A “teoria externa”, por sua vez, faz a diferenciação entre os direitos fundamentais e os limites que, eventualmente, lhe são impostos, motivo pelo qual Sarlet (2012) entende ser necessária a indicação correta da abrangência de cada direito.

Apresentadas tais concepções acerca do âmbito de proteção e do âmbito de regulação dos direitos fundamentais, parte-se para a discussão acerca da teoria dos limites expressos a direitos fundamentais.

5 TEORIA DOS LIMITES EXPRESSOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Novais (2010), citado por Sarlet (2012), explica que os denominados limites aos direitos fundamentais podem ser explicados como atos comissivos ou omissivos dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, diminuam ou extingam o acesso a determinado bem juridicamente tutelado, interferindo em sua fruição ou reduzindo deveres do Estado de garantia e concessão decorrentes dos direitos fundamentais.

Acerca do tema, Canotilho (1998) explica que, ao estudar a questão das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, é possível compreender-se erroneamente que todas essas normas têm caráter restritivo. No entanto, muitas dessas normas visam complementar, densificar e efetivar o conteúdo aberto, incompleto ou abstrato dos preceitos constitucionais.

Os direitos fundamentais, enquanto vistos como direitos de hierarquia constitucional, só podem ser restringidos por dispositivo constitucional expresso (“restrição imediata”), ou através de lei ordinária embasada imediatamente na Constituição (ou “restrição mediata”). Pode-se citar como exemplo, a limitação feita no próprio texto da Constituição, que prevê a faculdade de “reunir-se pacificamente, sem armas” (no Artigo 5º, XVI) (MENDES; BRANCO, 2012).

Canotilho (1998) elenca um sistema que utiliza na compreensão das restrições de direitos, liberdades e garantias, uma forma de exame dos tipos de restrições possivelmente existentes, a saber: a) restrições constitucionais diretamente instituídas no texto constitucional; b) restrições criadas por lei e autorizadas expressamente pela Constituição; e c) limites imanentes ou implícitos, sendo constitucionais, ainda que não previstos expressamente.

Conforme entendimento de Paulo e Alexandrino (2010), deve-se mencionar que o próprio Texto Constitucional admite a possibilidade, em ocasiões específicas e graves, de imposição de restrições ou exclusões periódicas de direitos fundamentais, sem ser necessária autorização do Judiciário. Pode-se citar como exemplo, que, em caso de estado de defesa, poderão sofrer limitações o direito de reunião, o sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, entre outros.

Expostos os conceitos e apontamentos doutrinários sobre os limites expressos



aos direitos fundamentais, encerra-se o presente capítulo. A seguir, será abordada a teoria que trata dos limites não expressos aos direitos fundamentais.

6 TEORIA DOS LIMITES NÃO EXPRESSOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS: CLÁUSULA GERAL E RESERVAS LEGAIS

De acordo com Novais (2003 apud FREITAS, 2007), os efeitos das leis gerais nos direitos fundamentais devem ser objeto de um meio de controle que se baseie na busca pela harmonização dos interesses questionados, na sua concordância prática e na efetivação do dever de proporcionalidade que é inerente aos atos de poder realizados em um Estado Democrático de Direito.

Os limites imanentes são os que os direitos fundamentais possuem desde seu início e de seu interior, isto é, não lhe são externamente impostos. Aduzir que tais direitos possuem limites imanentes significa dizer que, sob o aspecto material e sob o aspecto puramente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais definem suas respectivas fronteiras ao consagrá-los (ANDRADE, 1983 apud FREITAS, 2007).

A teoria que aceita limites e restrições ao conteúdo e exercício dos direitos fundamentais não sujeitos à reserva legal confunde-se com o estudo dos limites imanentes por se tratar do entendimento mais difundido sobre esta, e fundamentado nos “direitos dos outros”. Na seara do Estado de Direito, conforme explica Novais (2003), citado por Freitas (2007), o respeito ao direito dos outros decorre do princípio da igual dignidade de todos, da qual surge a ideia de reconhecimento recíproco por todos, de que a igual liberdade de todos e de cada indivíduo requer limitações às liberdades de cada um e de todos.

Compreendida a ideia de cláusula geral, deve-se abordar a questão das reservas legais, sendo estas limites ao exercício dos direitos constitucionais, que são classificados na doutrina como “reservas legais simples” e “reservas legais qualificadas”. A “reserva legal simples” se dá quando a Constituição tão somente dispõe que uma restrição elaborada pelo legislador ordinário deve ser prevista em lei (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Mendes e Branco (2012) entendem que a reserva legal simples ou “simples restrição legal”, ocorre quando a Constituição autoriza que o legislador venha a intervir no âmbito de proteção dos direitos individuais. A reserva legal qualificada, por sua vez, ocorre quando a Constituição não apenas determina a previsão legal da restrição prevista, mas também impõe a finalidade que tal norma deverá seguir (PAULO; ALEXANDRINO, 2010).

Segundo Canotilho (2000) citado por Mendes e Branco (2012) as normas constitucionais que sujeitam certos direitos à reserva de lei restritiva possuem como



elementos: uma norma de garantia, a qual admite e assegura um âmbito de proteção e; uma norma autorizadora de limitações, que possibilita ao legislador impôr restrições ao âmbito de proteção dos direitos consagrados pela Constituição Federal.

Após discorrer sobre os limites não expressos aos direitos fundamentais na forma da cláusula geral e das reservas legais, passa-se, no capítulo seguinte, a elencar a visão da doutrina no tocante ao papel da proporcionalidade e o âmbito das restrições a tais direitos.

7 DIFERENCIANDO O ÂMBITO DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DA PROPORCIONALIDADE

Para Alexy (2008), os princípios são normas que exigem a realização da melhor forma possível entre as possibilidades jurídicas e fáticas em disposição. Uma das principais teses da “Teoria dos Direitos Fundamentais” é a de que tal afirmação implica na máxima da proporcionalidade e suas três subdivisões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e de que dela decorre o caráter de princípios atribuído aos direitos fundamentais.

Conforme Bitencourt (2013), o princípio da proporcionalidade se divide em três diferentes dimensões que devem ser severamente observadas para não se ultrapassar os limites dos limites e das restrições, tornando-se uma medida arbitrária e não uma justificativa dos limites e restrições aos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, tem-se o dever de adequação do meio e o dever de necessidade, que exigem a verificação da legitimidade da finalidade no caso concreto. Se o meio era o mais apto e menos gravoso a atingir o fim buscado, ou seja, aquele que causou menores desvantagens e afetações ao direito fundamental.

Os conceitos de adequação e necessidade demonstram a exigência de uma realização máxima diante das possibilidades fáticas. A adequação possui o caráter de um critério negativo, de modo que elimina meios inadequados e exclui algumas coisas sem determinar tudo. Dessa forma, ajusta-se à ideia de ordem-moldura, e, como tal, exclui o que não é adequado, mas não determina tudo. A necessidade opera-se de forma semelhante a exigir que, entre dois meios adequados, escolha-se aquele que atue de forma menos intensa (ALEXY, 2008).

A proporcionalidade em sentido estrito exprime o significado da otimização relativa aos princípios colidentes. Ela é igual à lei do sopesamento, qual seja: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” Esta lei demonstra que ele pode ser dividido em três etapas: na primeira será analisado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios colidentes; na segunda, a importância da satisfação do outro princípio em questão e; na terceira, se a importância da satisfação de um



dos princípios justifica a afetação/não satisfação do outro (ALEXY, 2008, p. 593).

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 99), elabora acerca da conexão de relações entre preferências condicionadas e regras, a seguinte lei: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência [sic] jurídica do princípio que tem precedência”. Essa lei, a qual atribui a nomenclatura de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da sua teoria dos princípios. Ela demonstra a natureza dos princípios enquanto mandamentos de otimização: primeiramente, a inexistência de relações de precedência absolutas e, em segundo lugar, a sua referência a atos e situações não quantificáveis.

8 OS CRITÉRIOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA DEFINIR O ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA REALIDADE BRASILEIRA

No presente capítulo far-se-á uma análise dos critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar casos nos quais o exercício da liberdade de expressão foi questionado. Visa-se analisar os acórdãos de situações em que supostamente as partes envolvidas teriam se excedido ou abusado de seu direito à liberdade de expressão. Para tanto, foram realizadas pesquisas nas bases de jurisprudência dos sites dos tribunais, quais sejam: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>> e <<http://www.stj.jus.br/SCON>>.

Quanto aos campos a serem preenchidos nos sites para a realização das pesquisas, foram os seguintes: no portal do STF; Pesquisa livre: liberdade E expressão; Ministro: todos; Data: 22/04/2015 a 22/04/2018 e; Tipos de decisão: apenas acórdãos. Os demais campos não foram preenchidos. Foram encontrados setenta acórdãos. Trinta e seis dos acórdãos encontrados não tratavam de assuntos relativos à liberdade de expressão e outros oito tratavam de processos em que a liberdade de expressão estava em discussão, mas que não se alinham aos objetivos deste trabalho.

Já no portal do STJ, preencheram-se apenas os campos: Palavra-chave: “liberdade de expressão”; Data: de 22/04/2013 a 22/04/2018 e; Tipos de decisões: apenas acórdãos e decisões monocráticas. A pesquisa teve como resultado cinquenta e oito acórdãos. Dentre os arquivos encontrados, três foram excluídos da análise por não se encaixar no tema abordado neste trabalho. Ademais, em outros dois, o conteúdo abordava temas relativos à liberdade de expressão, mas que não se conectavam com o tema desta pesquisa.



8.1 Discurso de ódio

Para Freitas e Castro (2013), o discurso de ódio seria uma variável da liberdade do pensamento e, neste sentido, enquanto mero sentimento de rejeição ou ódio não expressado, não importaria ao Direito. Todavia, após externalizado, o discurso de ódio gera repercussão na forma de expressão do pensamento, criando, a partir daí, efeitos danosos hábeis a perdurar no tempo dependendo do meio de transmissão utilizado (WALDRON, 2010 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

De acordo com Freitas e Castro (2013), pode-se observar que este discurso tem como elemento central a expressão de um pensamento que humilha e inferioriza pessoas e grupos sociais. Este discurso visa propagar a discriminação a todos que possam ser considerados “diferentes”, por motivos como etnia, orientação sexual, condições econômicas ou gênero, a fim de realizar sua exclusão social.

Ademais, a discriminação indica, além da diferença, uma assimetria entre pessoas em posições distintas, sendo supostamente superior a daquele que expressa o ódio e, supostamente inferior a daquele a que se dirige a rejeição. A finalidade buscada é humilhar e amedrontar indivíduos ou grupos sociais que, por características pessoais específicas, não seriam dignos de participar da sociedade no mesmo grau que os demais (WALDRON, 2010 apud FREITAS; CASTRO, 2013).

Tratando-se da pesquisa jurisprudencial acima mencionada, em relação ao discurso de ódio, não foram encontrados acórdãos nas pesquisas realizadas com a jurisprudência de ambos tribunais com os padrões de pesquisa utilizados inicialmente, de modo que a abrangência da busca foi aumentada. Retirou-se as especificações temporais e manteve-se a relativa ao tipo de decisão em “somente acórdãos”. Foram encontrados quatro documentos nos arquivos do STF e dois no do STJ. Alguns dos acórdãos não se enquadravam na temática deste trabalho, não cabendo à análise.

No Recurso Especial 1569850/RN, a Sexta Turma do STJ entendeu que a situação questionada configurou discurso de ódio. A questão em debate referia-se a uma postagem em rede social possivelmente incidente no delito do Artigo 20, §2º, da Lei n. 7716/89. Delito este que consiste na expressão de superioridade de uma coletividade racial em relação a outra, o que, para o tribunal, ocorreu no caso concreto em que a parte ré externalizou desprezo pelo povo nordestino ao escrever que estes deveriam ser “olhados com carinho pelo *ebola*”. Assim, decidiu-se pelo provimento do recurso para autorizar a quebra de sigilo requerida (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

O Recurso Especial n. 1580395, debatido também na Sexta Turma do STJ, abordou caso relacionado ao anterior, referente a outra parte ré, no qual questionava-se a potencialidade lesiva de uma publicação em rede social a configurar o delito do Artigo 20, §2º, da Lei n. 7716/89. Os argumentos foram bastante semelhantes aos do acórdão anterior, incluindo a decisão pela autorização de quebra de sigilo de dados.



(BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134682/BA, discutiu-se eventual crime de racismo religioso, na hipótese concreta em que, através de publicação bibliográfica, o paciente teria incitado os adeptos do catolicismo a realizar resgate religioso à comunidade espírita, a fim de salvá-los. Tal atitude, no entendimento do tribunal, apesar de demonstrar uma ideia de superioridade por parte do acusado em relação aos atingidos, não apresenta sinais de violência, dominação ou repressão de direitos fundamentais (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

A despeito tratar-se de conduta intolerante e prepotente, insere-se num contexto de disputa entre religiões que decorre da liberdade de proselitismo, esta fundamental ao exercício concreto da liberdade de expressão religiosa. Dessa maneira, a intenção de atingir outrem, com uso de persuasão, trata-se de um comportamento intrínseco às religiões deste gênero. Com este fim, não se mostra ilícita a comparação entre diversas religiões, inclusive com expressão de certa hierarquização entre elas. Portanto, decidiu-se pela atipicidade da conduta, dando-se provimento ao recurso para determinar o trancamento da ação penal respectiva (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O discurso discriminatório propriamente criminoso apenas se dá após três fases indispensáveis, quais sejam: uma primeira cognitiva, na qual se atesta uma desigualdade entre grupos ou indivíduos diversos; outra valorativa, na qual se confere uma suposta relação de superioridade entre estes e; uma terceira, na qual o agente, partindo das fases anteriores, supõe uma dominação legítima, além de exploração, eliminação e redução de direitos daquele diferente visto como inferior (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

No Habeas Corpus 109676/RJ, julgado pela Primeira Turma do STF, o impetrante buscava a declaração de inconstitucionalidade do §3º do Artigo 140 do Código Penal, que prevê o crime de injúria qualificada. Isto porque entende que a sanção penal nele prevista (de um a três anos de reclusão) fere o princípio da proporcionalidade por não refletir a gravidade da referida infração, que seria inferior à prática de racismo. Propõe o afastamento da cláusula de inafiançabilidade e imprescritibilidade prevista no artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal (BRASIL, 2013, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Para o tribunal, não há a alegada ofensa ao princípio da proporcionalidade porque a pena designada à injúria por discriminação surge diante da necessidade de assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas, além do valor da harmonia inter-racial e do repúdio ao discurso de ódio. Ademais, incidiu no caso concreto a impossibilidade de o STF agir como legislador positivo, o que seria necessário se acolhida a tese de inconstitucionalidade. Também a pretensão do impetrante de



reconhecimento da atipicidade ou desclassificação para injúria simples demandaria o reexame da matéria fático-probatório, vedado na via utilizada, de modo que foi indeferido o processo (BRASIL, 2013, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

8.2 Incitação à violência

A incitação à violência é um crime tipificado no Artigo 286 do Código Penal que veda a incitação pública da prática de crime, de modo que o bem jurídico protegido não é aquele sujeito à lesão, mas à paz pública. A ideia é criminalizar atos que, se não coibidos, poderão causar riscos efetivos à coletividade (CAPEZ, 2011 apud ZAMPIERI, 2016).

Conforme Zampieri (2016), tratando-se especificamente da incitação à violência, a conduta criminosa se estabelece pela indução, provocação ou instigação pública à prática de um crime determinado. Esta atitude deve, necessariamente, ser realizada em público, de modo que seja percebida por um número indeterminado de pessoas. Portanto, abrange qualquer prática hábil a criar ou aumentar a intenção de cometer o crime. Nesse sentido, tratando-se de um crime formal, de perigo abstrato, sua constatação não depende da produção de resultado naturalístico. É, em verdade, fundamental que a conduta criminosa do agente limite-se a este “estímulo”, sem uma interferência direta na decisão delituosa do incitado, sob pena de tornar-se, de fato, um partícipe do crime.

Voltando-se à análise jurisprudencial, nenhum dos julgados encontrados na jurisprudência do STJ e do STF tratavam de tal tema, motivo pelo qual ampliou-se novamente a abrangência da pesquisa. No site do STJ, a pesquisa foi realizada sem qualquer limitação ou especificação de tempo. Foram encontrados diversos acórdãos, dos quais selecionou-se para análise os vinte mais recentes. No site do STF, por sua vez, também mostrou-se necessário realizar a pesquisa sem limitações temporais. No entanto, foram analisadas apenas decisões na forma de acórdãos, das quais foram encontradas quatro.

Em nove acórdãos encontrados, o termo “incitação” referia-se a uma infração cometida por detentos no interior da penitenciária. Em outros três acórdãos, o termo foi usado em um contexto diverso. Um acórdão do STF e quatro do STJ tratavam do crime de tumulto, incitação à violência ou invasão de local restrito aos competidores em eventos esportivos, previsto no Artigo 41-B da Lei n. 10.671 de 2003. Em um Mandado de Segurança, tratou-se da negativa de concessão de visto brasileiro a um estrangeiro envolvido em práticas incitatórias de violência. Em um acórdão, a despeito de tratar-se de acusação de incitação ao crime, não há informações sobre a ocasião em que se deu o delito ou qualquer argumentação sobre este na íntegra do acórdão, uma vez que a controvérsia a motivá-lo foi o cumprimento da pena. Ademais, cabe mencionar que alguns dos demais julgados possuem pouca fundamentação,



de modo que tornou-se possível somente uma breve exposição de seu conteúdo.

No Agravo em Recurso Especial 1253447/SP, decidido monocraticamente, argumentou-se que houve incitação à violência contra um acusado que respondia por crime sexual. A incitação teria sido realizada pelo apresentador de um programa jornalístico, que se referiu à vítima de forma agressiva, além de divulgar alguns de seus dados pessoais. Decidiu-se que tal atitude ultrapassou o direito da imprensa de informar. Ressaltou-se que nenhum direito fundamental é absoluto, não passível de restrições e limites. Dessa forma, manteve-se a decisão anterior com a condenação à remoção do conteúdo da *internet* e da programação televisiva e indenização por danos morais (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

No Recurso Especial 1674025, outra decisão monocrática, vários réus foram acusados de diversos crimes, sendo um deles a incitação à violência. A narrativa da denúncia informou que em tempo e local indeterminados, os denunciados praticaram e incitaram condutas discriminatórias contra judeus, explicitando fazerem parte de um movimento *skinhead*. Entretanto, decidiu-se pela inépcia da denúncia, por ter sido confeccionada de forma genérica e impessoal, sem relacionar qualquer acusado a uma conduta concreta ou descrever minimamente a situação dos delitos. Por tal razão, decretou-se a despronúncia de todos os réus em relação a alguns delitos que incluem a incitação à violência (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

Um dos acórdãos, o já mencionado Inquérito 3932/DF, realizado pela Primeira Turma do STF, referia-se a um caso de ampla repercussão nacional em que um deputado federal proferiu ofensas a outra parlamentar, que incluíam uma frase em que afirmou que não a estupraria por ela não o merecer. O parlamentar foi acusado de incitação ao crime de estupro em razão de tal declaração. O tribunal recebeu a denúncia, afirmando que a apuração do crime deverá ser efetuada na ação penal. Houve a exposição dos argumentos abaixo analisados (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Entendeu-se que o uso da palavra “merece” em tal contexto visou atribuir a este delito de alta gravidade a qualidade de um prêmio ou favor, além de denotar uma ideia de que o homem estaria em posição de julgar quais mulheres mereceriam ser submetidas a tal prática. Tal atitude implicou na relativização e desprezo do valor dos bens jurídicos protegidos pela criminalização do estupro, o que reforça e perpetua traços culturais do país que subjagam a mulher e tendem a culpar a vítima pela ocorrência do crime. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O fato também repercutiu em uma campanha nacional contra o crime, manifestada na *internet*, demonstrando que houve uma ofensa grave a todas as mulheres do país. Além disso, como já referido, a constatação da prática do delito de incitação ao crime independe de resultado naturalístico. (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).



Assim, para o tribunal, as declarações relatadas na denúncia demonstram potencial de intensificar um propósito já existente de incorrer no crime incitado. Também entendeu-se que a conduta coaduna-se com o tipo penal referente à injúria, por submeter a vítima à humilhação pública. Ademais, foi afastada a imunidade parlamentar material em razão das manifestações não possuírem relação com a atividade política (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O tribunal também fez referência a diversas normas de proteção da mulher, como a Lei 11.340 de 2006 (“Lei Maria da Penha”) e diversos tratados internacionais relativos à proteção da mulher e conferências internacionais sobre a mulher realizadas pela Organização das Nações Unidas. Além disso, salientou-se que a interpretação do ordenamento jurídico deve visar a máxima eficácia aos direitos humanos e fundamentais, consoante determinações do direito interno e das Convenções e Tratados Internacionais internalizados (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Outro acórdão encontrado, de apenas onze páginas, os Embargos Declaratórios no Inquérito 3862/DF, julgado pela Primeira Turma do STF, questionou uma possível ofensa aos povos indígenas, constituindo incitação à violência e racismo por parte de um parlamentar. A discussão central deste julgado residiu na legitimidade ativa. No entanto, manteve-se a decisão anterior, que, além de referir-se a questões processuais, entendeu que as declarações questionadas, por sua natureza, não visavam ofender a um grupo, mas a um agente público determinado (BRASIL, 2014, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

8.3 Censura

Conforme escrevem Paulo e Alexandrino (2010), em complemento às normas constitucionais que garantem a liberdade de expressão, o inciso IX do Artigo 5º prevê a vedação à censura prévia, com a seguinte redação: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No entendimento de Moraes (2003), censura prévia é o controle, a análise ou a exigência de autorização a qual se submete, previamente e de forma vinculada, qualquer texto ou programa que vise a exibição ao público. O aspecto preventivo e vinculante é o que define a censura prévia, cujo objetivo antidemocrático é a restrição à livre manifestação do pensamento. Este tipo de censura é totalmente afastado pela Constituição.

Ademais, entende Kushnir (2004), citada por Carvalho (2014), que toda censura possui um caráter intrinsecamente político, independentemente de seu foco repressivo direcionar-se às diversões públicas ou às atividades da imprensa.



Quanto à pesquisa de jurisprudência, nos resultados da pesquisa no site do STJ, foi encontrado um acórdão referente à censura: o Agravo Regimental no Recurso Especial 1557554/MG, no qual a parte ré foi acusada de utilizar-se de seu poderio enquanto Prefeito Municipal para intervir na programação de uma emissora local, a fim de dirigir a veiculação de notícias e imagens de acordo com seus interesses políticos. Por tal motivo, o tribunal *a quo* entendeu que houve ato de improbidade.

Já na pesquisa realizada no site do STF, foram encontrados sete acórdãos referentes à censura. Em quatro desses processos as partes ativas solicitaram a exclusão de conteúdos a seu respeito da *internet* ou que o tribunal determinasse a proibição de divulgações futuras. Demonstrou-se entendimento de que a proibição prévia é incabível, por constituir censura. A retirada posterior é possível se o conteúdo tiver dolo de ofender, caluniar ou difamar, o que não ocorreu em tais casos.

Um outro processo buscou a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata do horário de exibição de programação inadequada para o público infantil e juvenil. A ação foi procedente com base no entendimento de que o dispositivo constitui censura ao determinar a proibição da exibição dessa programação em determinados horários. A lei deve se limitar a recomendar um horário para as programações (BRASIL, 2016, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

O último acórdão referente à censura tratava da questão das biografias não autorizadas. A Ação foi julgada procedente, determinando a interpretação conforme à Constituição dos Artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, tornando inexigível a autorização prévia de pessoas biografadas e de outras citadas em obras do gênero. Isto porque a exigência de autorização prévia, para o STF, constituiria censura (BRASIL, 2015, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

8.4 Proteção à intimidade e vida privada

O Artigo 5º, inciso X da Constituição prevê a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas. Segundo Moraes (2003), o dispositivo define os limites impostos à liberdade de manifestação do pensamento e ao acesso à informação, vedando ofensas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

De acordo com Tavares (2012), o direito à privacidade assegura ao seu titular a faculdade de divulgar ou não os seus dados, informações, expressões e referências pessoais, e, havendo divulgação, a decisão de como, quando e a quem esta se dará. Esses elementos são os decorrentes da vida familiar, como fatos, hábitos, atitudes, ideias, segredos, entre outros. O direito à privacidade é compreendido de forma a englobar o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, além da inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações, etc.



Os conceitos constitucionais da intimidade e da vida privada estão fortemente ligados, mas podem ser diferenciados através da menor amplitude do primeiro, que é incluído no âmbito de abrangência do segundo. Dessa forma, a intimidade está relacionada com as relações subjetivas e íntimas das pessoas (familiares e afetivas), ao passo que a vida privada trata dos demais relacionamentos humanos, como os de cunho trabalhista, comercial, acadêmico, etc. No âmbito familiar, esses direitos devem ser lidos de forma mais ampla, em razão da delicadeza e do sentimento envolvidos nestas relações, de modo que exige-se maior cuidado com eventuais interferências externas (MORAES, 2003).

Conforme Tavares (2012), a honra constitui uma soma das características que individualizam um cidadão e formam o respeito da sociedade em relação a ele, seu nome e a identidade que o diferencia dos demais no convívio social. O cidadão tem direito a preservar sua honra pessoal, que é fundamental na vida em sociedade. Dessa forma, tudo que fere sua honra e faz parte de sua privacidade deve ser resguardado.

O direito à imagem é consagrado nos incisos V e X do Artigo 5º da Constituição e trata da apresentação, mediante desenhos, publicações ou obras, de uma figura, coisa ou pessoa. É definido como a proteção da imagem física de uma pessoa, em face de um ato que a represente ou vise reproduzi-la em fotografias, pinturas, filmagens, etc (TAVARES, 2012).

Quanto à pesquisa jurisprudencial, dentre os acórdãos encontrados na jurisprudência do STJ, trinta e nove tratavam da tutela da intimidade e da vida privada, e que em trinta deles houve entendimento de que restou figurada a ofensa a tais direitos e a consequente condenação em danos morais e/ou materiais.

Os critérios do Tribunal para motivar tais entendimentos costumam ser a intenção difamatória ou vexatória (*animus diffamandi*); o uso de expressões/adjetivos pejorativos e/ou ofensivas; a veracidade dos acontecimentos expostos e; tratando-se mais especificamente de demandas envolvendo matérias jornalísticas questionadas, intenções que vão além da mera narrativa de fatos (ou *animus narrandi*) ou da exposição de críticas (*animus criticandi*).

Além disso, os julgados falam em sopesamento entre os direitos da personalidade *versus* o direito à liberdade de expressão e ressaltam que nenhum direito fundamental é absoluto, cabendo-lhes restrições. Sobre conflitos entre direitos fundamentais, um trecho do Recurso Especial 1624388/DF elenca alguns elementos a serem relevados pelo tribunal nesses casos, sendo eles o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade e a vedação de veiculação de crítica jornalística que vise difamar, injuriar ou caluniar (BRASIL, 2017, <<http://www.stj.jus.br/SCON>>).

O histórico da repressão à liberdade de expressão no Brasil é destacado pelo STF, também como argumento para embasar decisões. Conforme entendimento



sedimentado na Reclamação 22328/RJ, a Constituição de 1988 foi minuciosa em relação à proteção da liberdade de expressão em razão da censura ocorrida durante o regime militar. A restrição a esse direito fundamental é exceção, portanto, o ônus argumentativo é de quem busca restringi-lo ou limitá-lo, não cabendo à parte que defende a liberdade (BRASIL, 2018, <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>).

Em outros nove processos a controvérsia tratava de acusações por crime de desacato, em que os acusados alegaram que a tipificação de tal crime contraria o direito à liberdade de expressão. Invocaram os Artigos 5º, incisos IV, VIII e IX, e 220 da Constituição e o Artigo 13 Convenção Americana de Direitos Humanos. O entendimento do Tribunal em oito desses casos foi de que a tipificação do crime de desacato não afronta a liberdade de expressão, porque, assim como os outros direitos fundamentais, ela não tem caráter absoluto. Nesse sentido, citou-se uma recente decisão, o Habeas Corpus 379269/MS, na qual uniformizou-se o entendimento acerca da manutenção da tipificação do crime de desacato no ordenamento jurídico nacional. Dois acórdãos encontrados na pesquisa do STF tratavam dessa matéria. Ambos sustentavam o entendimento de que o crime de desacato não é inconstitucional e traziam argumentos semelhantes aos da corrente majoritária do STJ.

Ademais, quatro processos do STJ tratavam de pedidos de remoção de conteúdos ofensivos ou invasivos da *internet*. O entendimento do tribunal, nesses casos, é de que as páginas demandadas tem responsabilidade solidária pelos conteúdos publicados, juntamente com aqueles que os publicam. Conseqüentemente, devem ser responsabilizadas apenas em relação à remoção posterior desses conteúdos, pois restringir publicações previamente poderia acarretar em censura prévia.

9 CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, pôde-se compreender como a jurisprudência dos tribunais consultados trata questões relativas ao uso abusivo da liberdade de expressão e as medidas adotadas quando constatadas ocorrências neste sentido. Realizada a exposição a respeito do entendimento doutrinário acerca do direito à liberdade de expressão e da teoria dos limites expressos e não expressos aos direitos fundamentais, fez-se uma análise qualitativa e quantitativa dos julgados pesquisados, através da qual foi possível observar a aplicação das teorias estudadas.

Assim, identificou-se que os aspectos e argumentos considerados pelos julgadores em seus votos decisivos, são: o histórico do país em relação a direitos fundamentais – mais especificamente, a repressão sofrida nos períodos não democráticos e sua repercussão no extenso rol de direitos e garantias estabelecidos na atual Constituição –; o dolo do agente, qual seriam suas intenções ao praticar o ato questionado judicialmente; a ocasião em que ocorreu a manifestação; a imunidade



parlamentar material; as consequências do ato questionado na fruição dos direitos fundamentais daquele que supostamente foi afetado por ele; a ponderação entre dois direitos fundamentais colidentes – a qual foi observada de diversas formas distintas, uma vez que, entre os casos analisados havia colisão entre vários direitos fundamentais distintos, que exigiram a aplicação do sopesamento para sua solução e; outros, que referiam-se a características específicas dos casos concretos.

Ressaltou-se em vários dos julgados o caráter não absoluto dos direitos fundamentais e que estes possuem restrições e limitações expressas e não expressas. Viu-se a aplicação, por parte dos tribunais, das teorias anteriormente referidas em alguns dos processos. Pôde-se observar a aplicação dos limites: constitucionais e legais, em julgados fundamentados com base em direitos fundamentais colidentes com a liberdade de expressão e as limitações e restrições impostas por leis e tratados internacionais nos processos em que tais normas foram elencadas como fundamento jurídico; jurisprudenciais e doutrinários, naqueles em que a argumentação dos julgadores pautou-se em decisões anteriores ou conceituações da doutrina e; histórico-sociais, em que a História do Brasil e o contexto político-social influenciou e/ou baseou a decisão do tribunal.

Além desses critérios, algumas decisões proferidas tiveram como fundamento características ou previsões legais específicas daqueles temas. São exemplos disso a utilização de legislação protetiva dos direitos das mulheres no caso em que se discutiu incitação ao crime de estupro; a questão do proselitismo religioso, característica particular e inerente à manifestação das religiões, que foi levada em consideração no acórdão que discutiu uma possível discriminação deste gênero e; em casos referentes à injúria racial, salientou-se que o crime foi tipificado em resposta à impunidade ocorrida em diversas ocorrências do gênero e à normatização de condutas discriminatórias de raça no país.

Por fim, em relação às medidas aplicadas pelos tribunais, é possível vislumbrar a preferência por medidas posteriores, a fim de se evitar restrições prévias a direitos fundamentais, que, posteriormente, sejam identificadas como injustas ou desproporcionais. Há um entendimento de que a liberdade de expressão deve ser mantida até a constatação em processo judicial de que houve abuso deste direito. Somente após constatado um uso abusivo é que poderá ser aplicada a sanção cabível, que pode ser: a determinação de remoção de algum conteúdo da *internet* ou a publicação de retificação; a concessão de direito de resposta; o pagamento de indenização relativa a danos materiais e/ou morais ao ofendido; ou ainda, a condenação em algum dos crimes citados.



REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.
- BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. **Revista do direito**, v. 2, n. 49, mai./ago. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1946. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 25 mar. 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- _____. Emenda Constitucional (1969). Emenda Constitucional nº 1. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial 1253447**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 13 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial**



1557554/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1674025**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1569850**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1580395/DF**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 11 de junho 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Declaratórios no Inquérito 3862**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 109676**. Relator: Ministro Luis Fux. Brasília, DF, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 3932**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 22.328**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 06 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus 134682**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional & teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. **Revista da faculdade de direito UFPR**, v. 59, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, R. S. CASTRO, M. F. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 66, jul. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

GOMES, Marcos Emílio et al. **A constituição de 1988, 25 anos: a construção da**



democracia & liberdade de expressão: o Brasil antes, durante e depois da constituinte. São Paulo: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAMPIERI, J. M. M. **Um tapinha que pode custar caro à liberdade de expressão**. 2016. 105 f. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br>>. Acesso em: 16 jun. 2018.



O INSTITUTO DA COCULPABILIDADE E A SELETIVIDADE ENQUANTO CRIMINALIZADORA DA VULNERABILIDADE¹

Robson Leandro Soda²

Rosane Teresinha Carvalho Porto³

1 INTRODUÇÃO

A desigualdade social, fenômeno manifesto em inúmeros países pelo mundo, sempre esteve presente nas sociedades, desde tempos longínquos, sendo mais acentuada em nações subdesenvolvidas. Essa discrepância social que assola também nosso país traz como consequências a vulnerabilidade, fazendo com que indivíduos que se encontram à margem da sociedade não possuam seus direitos fundamentais garantidos, afetando-os em diversas dimensões, inclusive em sua subjetividade.

O presente trabalho trouxe a perspectiva do princípio da coculpabilidade ante a omissão do Estado em promover as mesmas oportunidades sociais para todos os cidadãos, remetendo ao conceito sob a ótica dos principais doutrinadores sobre o instituto, principalmente de Eugenio Raúl Zaffaroni e de Gregore Moura .

A coculpabilidade na Constituição Federal de 1988 também foi discutida, bem como sua ligação com o próprio Direito Penal, consagrando direitos fundamentais e princípios basilares como da isonomia, da individualização da pena, com enfoque para a dignidade da pessoa humana, reforçando ainda mais a teoria estudada.

Tratou-se também do Labelling Approach ou como é referida “Teoria do Etiquetamento Social” pelo qual fica claro que os órgãos do sistema penal selecionam

1 Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado pela Banca Examinadora composta pela orientadora Dra. Rosane Teresinha Carvalho Porto e pelo Ms. Edison Botelho Silva Jr.

2 Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS. Integrante do grupo de pesquisas Direito, Cidadania & Políticas Públicas, coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC.

3 Doutora em Direito pela UNISC. Mestre em Direito na área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Especialização pela PUC/RS em Docência no Ensino Superior na modalidade a distância . Professora de Direito da Infância e da Juventude, Metodologia da pesquisa e Criminologia , na UNISC. Professora na Pós -lato Sensu na UNISC. Subcoordenadora do curso de direito UNISC / Sobradinho. Editora Adjunta da Revista do Direito/PPGD. Estuda temáticas voltadas a criança e adolescente, violência, criminologia, gênero e Justiça Restaurativa. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Assessora científica do MACKPESQUISA. Facilitadora de Justiça Restaurativa em formação pelo Tribunal de Justiça do RS, atuando no CEJUSC / RS.



de acordo com estereótipos pelos quais desses são esperados os comportamentos já predeterminados.

Partindo desta premissa de seletividade e invertendo o que apregoa a teoria da coculpabilidade, observa-se que o Estado, em determinadas situações, age criminalizando as atitudes dos que estão à margem da sociedade pelo simples fato de suas condições socioeconômicas serem desfavoráveis, criando estigmas.

Assim, o presente artigo utilizará a metodologia indutiva por meio de pesquisa doutrinária na busca de conceituar e analisar o referido instituto, instigando um questionamento investigativo acerca das causas do cometimento de determinado crime, de atentar para o contexto social ao qual o acusado está inserido, bem como também trará uma abordagem reflexiva acerca da estigmatização dos marginalizados - seletividade que criminaliza a vulnerabilidade- apresentando-se assim como uma vertente⁴ às avessas da própria coculpabilidade, visto que possuímos um sistema penal falho, que pune as pessoas apenas por não possuírem um condão socioeconômico favorável, incriminando a vulnerabilidade e promovendo a seletividade.

2 DO PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE: TEORIA E CONCEITO

Vivemos em uma sociedade que apresenta para seus cidadãos uma magnitude de fragilidades e problemas sociais no tocante que boa parte dos indivíduos se encontram em condições indignas, em decorrência de um sistema institucional falho, mas que ainda sim cobra a severidade punitiva.

O chamado princípio da coculpabilidade, ou como também é conhecido, instituto da corresponsabilidade, idealiza uma divisão de responsabilidades entre o agente delituoso e o Estado, quando este último não cumpre com sua tutela e implementação dos direitos sociais pactuados, conduzindo atrativamente aquele ao caminho da criminalidade.

Por ventura, existem opiniões da qual a teoria seria de certa forma “prescindível”. Isso porque a própria culpabilidade por si só, já teria métodos de avaliação com uma escala de grau possível a abrandar a pena do agente, reduzindo sua culpabilidade.

No entanto, um dos principais pontos discutidos dentro do princípio da coculpabilidade é de que nem sempre existe responsabilidade exclusiva de quem pratica o ato delituoso, e em se tratando apenas da culpabilidade os verdadeiros

4 O fenômeno da coculpabilidade às avessas, conforme Moura (2006) pode se manifestar na legislação sob três formas, quais sejam a de tipificação de condutas dirigidas a pessoas marginalizadas, o abrandamento das penas para os crimes elitizados e como fator de diminuição e também de aumento da reprovação social e penal. Contudo o escopo do presente trabalho está consoante ao primeiro caso. Os demais poderão ser melhor elucidados na monografia que originou o presente artigo bem como na obra "Do princípio da coculpabilidade", Gregore Moura, da editora Impetus.



responsáveis não seriam corretamente penalizados.

Sposato (2005, p. 45), em sua tese de pós-graduação, retrata a construção de Hassemer, baseada nas fragilidades do conceito de culpabilidade. Na mesma ordem ela compartilha da opinião crítica do autor ao identificar que “o tradicional conceito de culpabilidade travestido em princípio, desvia a corresponsabilidade da sociedade sobre o delito, deixando-a tão somente ao indivíduo, em quem se manifesta uma suposta maldade geral”.

Moura (2006), ao trazer considerações relevantes a respeito do instituto, define a coculpabilidade como um princípio implícito dentro de nossa Constituição Federal de 1988, cuja a corresponsabilidade do Estado em detrimento a determinados crimes é reconhecida, e se torna manifesta quando relacionada as condições socioeconômicas do agente e à falta de tutela estatal.

No Brasil não existe previsão expressa⁵ do instituto da coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico, contudo o princípio já é positivado em diversos países, como no Código Penal da República da Argentina, prevista como agravante ou atenuante de pena, no Código Penal Colombiano e também no Código Penal do Equador.

Seguindo o entendimento de que o Estado não cumpre com seu contrato social, afastando os cidadãos de garantias constitucionais, parte da doutrina defende a teoria da coculpabilidade como um garantismo penal. Assim, o poder público poderia reconhecer suas próprias falhas, absorvendo sua culpa proporcional na dosimetria de pena, bem como continuar na busca de mecanismos de reabilitação e ressocialização do agente delituoso.

Merton (1970, p. 234), acrescenta:

Quaisquer que sejam as proporções diferenciais do comportamento desviado nos diversos estratos sociais, e sabemos por muitas fontes que as estatísticas oficiais a respeito dos crimes mostram uniformemente proporções maiores nos estratos inferiores, e que elas não são dignas de confiança, resulta da nossa análise que as maiores pressões para o comportamento transviado são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. Diversas pesquisas têm mostrado que áreas especializadas de vícios e crimes

5 Apesar da coculpabilidade não ser um princípio explícito em nosso ordenamento jurídico, verifica-se sua presença nas relações jurídicas do país sob vários aspectos, quais sejam doutrinários e jurisprudenciais. Apresenta-se aplicável em nossa legislação, como por exemplo na Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, que trouxe mudanças significativas em vários artigos de nosso CPP, inclusive no âmbito do interrogatório judicial possibilitando ao legislador apurar, de forma separada, a culpabilidade do autor e a culpabilidade do fato ocorrido, para na sequência fazer uma melhor análise das circunstâncias judiciais. Pode se manifestar também como atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal, pois, ainda que não expressa pelo legislador, submete-se ao prudente critério do julgador.



constituem uma reação 'normal' contra uma situação em que a ênfase cultural sobre o sucesso pecuniário tem sido assimilada, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para que uma pessoa seja bem-sucedida. [...] É a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais legítimos para 'entrar no dinheiro' é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível em todos os níveis a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia de 'oportunidades iguais para todos', o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização das vias legais, mas ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes.

Nesta seara, Santos (2002, p. 231) assevera que a corresponsabilidade do Estado é aceitável, como forma de valorar a responsabilidade do agente que cometeu determinado delito, quando este vive à margem da sociedade, com condição desfavorável imposta por esta, e determinante "de anormal motivação da vontade nas decisões da vida".

Nilo Batista (2007 p. 105), é mais sucinto ao precisar que o instituto da coculpabilidade "faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu".

Segundo a melhor doutrina capitaneada por Santos (2002, 265), a culpabilidade é punível ao sujeito capaz de compreender as proibições da norma reguladora, de ter a consciência real ou potencial da antijuridicidade. Observa-se claramente nesse sentido a doutrina de Bitencourt (2009, p. 163) quando este relata que "a capacidade, de culpabilidade, exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter."

Marat (2008) questiona-se o porquê de uma comunidade ser obrigada a respeitar determinada lei num local onde a mesma não possua assegurados seus direitos fundamentais de sobrevivência. Para o filósofo a sociedade deveria satisfazer as necessidades dos cidadãos como a proteção, a subsistência, um abrigo conveniente e cuidados com a saúde e velhice para então poder obrigá-los a seguir as ordens então estabelecidas.

E ainda completa:

Numa terra em que tudo é possessão de outro e na qual não se pode apropriar-se de nada, resta apenas morrer de fome. Então, não conhecendo a sociedade a não ser por suas desvantagens, estarão obrigados a respeitar a lei? Não, sem dúvida. Se a sociedade



os abandona, voltam ao estado natural e quando reclamam à força direitos dos quais não podem prescindir senão para proporcionar-lhes melhorias, toda autoridade que se oponha é tirânica e o juiz que os condena à morte não é mais que um vil assassino. (MARAT, 2008, p. 75).

Nessa esteira, afirma Zaffaroni que “a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat⁶ e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de direito, que reconhece direitos econômicos e sociais [...]” (ZAFFARONI, 2000, p. 83).

Vale a pena destacar a diferença existente entre a coculpabilidade e responsabilidade social. A vontade do agente é livre, porém pode ser contaminada, ficando viciada no que tange às condições adversas que este agente vivencia em seu meio social, gerando um poder de escolha mais restrito, o que demandaria uma menor reprovabilidade do julgador. Nessa linha, “o simples fato de se viver em sociedade já gera para o indivíduo a obrigação de respeito e observância das regras sociais” (MOURA, 2006, p. 49).

Ferri (2003 p. 282) justifica ao tema que o crime é um fenômeno social advindo de causas naturais e que o agente “é sempre responsável por qualquer ação antijurídica realizada por ele, unicamente porque e enquanto vive em sociedade”.

A responsabilidade social, enquanto gera a obrigação e respeito às normas perante o Estado gera a este uma devida proteção, enquanto que a coculpabilidade, como delimita Moura (2006), defende os direitos do cidadão frente ao Estado quando este não cumpre com seus deveres constitucionais, tornando-se um importante instrumento de justiça social para o indivíduo que se torna vulnerável casuístico ao meio social marginal e desumano em que vive.

Entretanto, a teoria não defende um determinismo⁷. Nem tão pouco adota o livre arbítrio. Busca sim um meio-termo na medida que determinismo e livre arbítrio se completam. Entende-se que a atração que o meio social impõe pode ou não influenciar para o cometimento da infração penal, e que para aqueles influenciáveis (em casos de extrema pressão social) necessitar-se-ia da aplicabilidade do instituto da corresponsabilidade (MOURA, 2006).

6 Jean- Paul Marat, viveu na França no final do século XVII e em 1780 elaborou o intitulado Plan de Législation Criminelle (Plano de Legislação Criminal), publicado apenas em 1790. O ensaio trazia em sua primeira parte os princípios fundamentais de uma legislação justa, contrariando as ideias iluministas da época. Assim, antes mesmo da Revolução Francesa eclodir com todas as forças, o médico e filósofo já difundia suas ideias de reforma e de proteção para as camadas inferiores da sociedade.

7 Todos os fatos baseados em causas. Todo acontecimento regido pela determinação, seja de caráter sobrenatural ou natural.



2.1 Culpabilidade e a Constituição de 1988

A Constituição em um Estado Democrático de Direito, possui também grande ligação com o Direito Penal, consagrando direitos fundamentais e princípios basilares de proteção ao cidadão. Os próprios princípios constitucionais (implícitos ou explícitos), norteiam a aplicação e interpretação de todo um ordenamento jurídico, e alguns doutrinadores penalistas entendem que o sistema penal não há de punir condutas lesivas aos valores desta lei maior (CUNHA, 1995, p. 129).

Para Prado (2007, p. 32), ao tratar os princípios penais como um núcleo essencial, formata-se o conceito estrutural do delito, salva guardando liberdades, "oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal."

Barroso (2008, p. 65) expõe que nossa Carta Magna é suprema e nenhum ato jurídico pode ser contrário a ela. Assim, num contraste de normas, todas as que forem anteriores à Constituição de 88 ficam revogadas e as posteriores a sua vigência devem ser declaradas nulas.

É lógico que se obteve muitos avanços necessários em textos jurídicos, porém partindo da premissa de que ainda não foram suficientes para uma inclusão e efetivação dos mesmos direitos fundamentais já positivados, torna-se mister uma maior discussão para que ocorra a inserção da parcela social excluída desses mesmos direitos.

Maximiliano (1984, p. 84) nos ensina que quanto aos processos interpretados pela justiça, havendo incoerência e contradição ou absurdos "deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir real e o bem presente e futuro da comunidade".

A Organização das Nações Unidas, consagrou que todos são iguais em dignidade e direitos e que assim o ser humano não deve ser submetido a tratamento arbitrário e discriminatório "razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material" (SARLET, 2001, p. 89).

Miranda (1991) amplia-lhe a abrangência no tocante às características quando afirma em seus ensinamentos que a dignidade da pessoa humana possui uma visão universal da atribuição de direitos. Ela pressupõe uma autonomia vital da própria pessoa onde a maior importância está no ser, e não no ter.

O princípio da individualização da pena art. 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição de 1988 nos diz que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação



social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos”. Além disso, este princípio possui três fases, denominadas cominação, aplicação e execução.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2009) a individualização da pena, na fase de execução, necessita um processo de seleção, indispensável, para classificar os condenados ao programa de execução adequado com a condição de cada agente delituoso. Assim, dá-se condição e oportunidade para que estes presos possam lograr uma possível reinserção social.

Logo, ambos os princípios - corresponsabilidade e individualização da pena - reconhecem as condições sociais do agente, aplicando a sanção de modo individualizado, ainda que os infratores tenham praticado crimes idênticos, dividindo (quando necessário) a responsabilidade com o Estado, na falta deste com seus deveres constitucionais.

Também, de suma importância para o instituto da corresponsabilidade, temos o princípio constitucional da igualdade. Em seu título II, nossa Constituição traz no caput do artigo 5º, 1ª parte, que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]” Logo nossa legislação não deveria fazer nenhuma discriminação por características socioeconômicas, sexo, raça, religião etc.

Ligada ao conceito de justiça, o princípio da igualdade possui duas concepções interligadas entre si, quais sejam, a igualdade formal e a material. A formal consiste ao tratamento imparcial conferido pela lei ao indivíduo. É conhecida também como igualdade jurídica, ou igualdade perante a lei. Ela deve ser de tratamento equânime e a possibilidade de concessão de possibilidades deve ser igual para todos. Ela também pode ser considerada, por vezes, insuficiente, visto que não leva em consideração as peculiaridades do agente delituoso, podendo com isso criar inúmeras injustiças.

Conforme Silva (2003, p. 37) essa regra baseada no puro normativo, de que todos são iguais perante a lei “traduz, em sua origem mais genuína, a exigência de simples igualdade entre os sujeitos de direito perante a ordem normativa, impedindo que se crie tratamento diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato”.

Já a igualdade material seria um objetivo a ser alcançado pelo Estado e sua sociedade. Traz-nos a já consagrada ideia de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, ou seja, um marco contra a discriminação pois enseja tratamento isonômico, um tratamento proporcional à condição de cada indivíduo (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

3 DA SELETIVIDADE E A CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE

O *Labelling Approach* ou como é chamada “*Teoria do Etiquetamento Social*” surgiu com a criminologia crítica, nos Estados Unidos, concentrando os estudos



nos processos sociais que acarretavam em criminalidade, das causas do crime, ou, melhor, dos reflexos do controle estatal sob o pretense criminoso.

Os sociólogos ao desenvolverem a teoria observaram que a sociedade, ao desrespeitar os indivíduos de um grupo social, acabava contribuindo para o comportamento delituoso, criando uma espécie de “rotulação social”, também conhecida como etiquetamento (ZAFFARONI, 2001).

Para Zaffaroni (2001, p. 133-134), os órgãos do sistema penal selecionam de acordo com estereótipos ficando claro que desses são esperados os comportamentos já predeterminados. Uma forma de etiquetamento, visto que obriga a todos a olhá-los da mesma forma. Ainda nesse sentido, o autor assevera que “o estereótipo alimenta-se das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos e, embora a seleção seja preparada desde cedo na vida do sujeito, é ela mais ou menos arbitrária”.

Observa-se, assim, que a grande maioria dos indivíduos que apresentam o comportamento delituoso já se encontram elencados pelo próprio sistema penal, seja por seu nível de escolaridade, sua cor, condição social e tantas outras condições imagináveis (BARATTA, 1999).

Dessa forma o professor Aguiar (1999) acrescenta que a nossa legislação espelha, tanto na prática quanto no conteúdo, explicitamente as ideologias dos grupos que as criam. Nessa ótica, observa-se que classes superiores podem estigmatizar as classes subalternas, trazendo benesses para uns e opressão para outros.

Assim, diante da absurda suposição que a população dos setores mais vulneráveis já é criminalizada fica claro que a estrutura punitiva já está montada para que o devido processo legal não se opere e que “esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos executivos, de modo que também no sistema penal ‘formal’ a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima” (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Para que as punições se deem de forma mais proporcional, sem transformar o criminoso em vítima, é que o instituto da coculpabilidade vem sendo desenvolvido com mais intensidade desde o final da década de 80 pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.

O penalista desenvolveu o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade (ou risco de seleção), onde esta situação de vulnerabilidade pode ser classificada em dois grupos: posição de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade.

A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é



predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do “injusto” é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia. (ZAFFARONI, 2001, p. 270).

Logo, o elemento definidor da culpa do agente seria o esforço pela vulnerabilidade. De um lado, as pessoas com posição estatal mais favorecidas financeiramente demandam de maior esforço para serem enquadradas, com menor estado de vulnerabilidade e maior reprovação dos seus atos. Em contrapartida, quanto mais riscos uma pessoa corre por pertencer a uma classe mais vulnerável menor será o esforço para ser enquadrada pelo poder punitivo (que já é seletista), e, conseqüentemente, menor seria sua culpabilidade (ZAFFARONI, 2002).

A teoria do etiquetamento, “estereótipos criminosos” está extremamente conectada à teoria da coculpabilidade desenvolvida por Zaffaroni. A criação desses rótulos é geralmente atribuída aos que estão no escalão de baixa vulnerabilidade criando um processo altamente discriminatório. Com isso, o risco de aparecer em estatísticas delituosas, na grande maioria dos casos, está ligado à situação em que o indivíduo se encontra na pirâmide social.

4 A COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS COMO UMA VERTENTE QUE PROMOVE A SELETIVIDADE E CRIMINALIZA A VULNERABILIDADE

A partir do que já foi abordado ao centro deste trabalho, como a teoria do *labelling approach*,⁸ mais conhecida como teoria do etiquetamento social, percebe-se a problemática de nosso sistema que nos dias hodiernos ainda trabalha com pressupostos que ao invés de prevenirem acabam condicionando o crime.

Invertendo o que prega a teoria da coculpabilidade, o Estado criminaliza as atitudes dos que estão à margem da sociedade pelo simples fato de suas condições socioeconômicas serem desfavoráveis, criando estigmas. Assim, não é incomum aos que possuem uma estabilidade financeira privilegiada enxergarem e selecionarem pessoas, por exemplo, que vivem em comunidades, como um risco a seu patrimônio privado, ou até mesmo ao patrimônio público.

Goffman (1988) aduz que o termo estigma e seus sinônimos englobam duas formas de perspectiva: a daquele que evidentemente, por suas características, já se encontra elencado, e , portanto, é o ser desacreditado da relação, e aquele que sua

8 Para aprofundamento sobre a teoria do *labelling approach*, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.



condição, ainda que por ele sabida, não resta de forma clara aos outros. Este último seria passado à condição de desacreditável.

Nota-se que o indivíduo pode passar pelas duas etapas, principalmente na de incerteza de qual estigma será atribuído a si mesmo. Isso ocorre, muitas vezes, pelo fato de ele carregar diversas características que possam ser elencadas a determinados status, como por exemplo o adolescente, o negro, o imigrante, etc [...] (GOFFMAN, 1988).

Essa identidade social estigmatizada impede o processo de metamorfose, de transformação da identidade do indivíduo, enfraquecendo as possibilidades de mudanças “tanto do indivíduo reconhecido por esse prisma identitário estigmatizado, como das políticas de identidade presentes na sociedade”. (MOURA JR.; XIMENES, 2016, p. 76).

No Brasil, por exemplo, as crianças⁹ que nascem em presídios, entre o colo de suas mães e as grades das penitenciárias – filhos do cárcere¹⁰- já nascem com seus direitos violados. O fato da criança conviver “enjaulada” ou mesmo o fato de ser retirada dos braços de sua genitora já gera uma violência traumática tanto para a mãe quanto para o filho.

Do lado de fora, essas crianças ficam marcadas pelo preconceito, com parte de sua família desfeita e muitas abandonadas à própria sorte. Tão logo, como consequência, “começam a agir de encontro com a posição do Estado. E a partir desse momento passam a ser um problema, a ser marginalizados e estigmatizados como 'é filho de detenta' ou 'está na herança genética’”. (DOMINGUES; SILVA, 2015, p. 14).

Na mesma face da moeda seletista está a grande mídia. De forma parcial ela colabora e muito para a criação de estigmas, estereótipos e preconceitos. Um bom exemplo disso é o dos sem teto que diariamente são exibidos em reportagens, de modo geral, como drogados, violentos e destruidores de patrimônio público, mas em momento algum são ouvidos, destacando apenas a versão dos denunciantes.

Toda essa influencia fomenta consequências, visto que o próprio medo pode tornar-se base de aceitação popular de repressão, uma vez que o fomento desse sentimento possibilita a justificação de práticas contrárias aos direitos individuais,

9 Produzido em 2011, o documentário *Mães do Cárcere*, pela defensora pública Fernanda Balera, Pedro Gueller e Heidi Ann Cerneka, vice-presidenta do ITTC, pode-se conhecer o relato de três mulheres que perderam seus filhos quando foram presas. O documentário encontra-se disponível no site You Tube, dividido em 2 partes e além de abordar a separação entre mãe e filho, também relata a vivência dessas presas enquanto gestantes no cárcere.

10 No dia 4 de setembro de 2018 foram aprovadas por unanimidade pelo Plenário da Casa do Conselho Nacional de Justiça três novas resoluções importantíssimas e assecuratórias aos direitos das mulheres. Uma delas regulamenta procedimentos de atenção às mulheres lactantes e gestantes trazendo uma maior segurança para a criança bem como para preservar o vínculo entre mães e filhos.



bem como das liberdades, desde que mitiguem as causas do próprio medo (BOLDT, 2013, p. 96).

Barata (1999, p. 175) afirma que a justiça criminal não possui os meios eficazes para combater a criminalidade, funcionando apenas como selecionadora de clientela e que “o crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes”.

O autor contribuiu muito para a criminologia crítica, reconstruindo conceitos preexistentes através de mudanças de paradigmas baseando-se nessa rotulação atribuída aos transgressores. Para ele este “status” de criminoso era dividido entre a sociedade em forma desigual e a própria criminologia crítica deveria interferir na política criminal, tratando desigualmente os desiguais.

Essa criminologia crítica, em sua premissa, avaliaria caso a caso as situações sociais postas, trabalhando alternativas, não sendo sua principal função a de “[...] realizar as receitas da política criminal, mas problematizar a questão criminal, o sistema penal, mecanismos de seleção, enfim, uma análise político-econômica da situação[...]” (BARATTA, 1999, p. 215).

Outrossim, vale a pena ressaltar a existencia da chamada cifra oculta, especificamente a cifra negra (zona obscura, “*dark number*” ou “*ciffre noir*”) que se refere à porcentagem (alta) de crimes que não obtiveram solução, fazendo com que nosso sistema penal se movimente apenas em determinados casos, conforme a classe social do agente.

Sell, em um de seus artigos, destaca que o critério para o sistema se movimentar nesses casos, conforme o *labelling approach*, é o quanto o sujeito se encontra marginalizado e “o número de estigmas que ele carrega, ainda que nenhum deles precise ser de natureza criminal. Nesse sentido, o sistema penal não teria a função de combater o crime, mas a de atribuir rótulos de criminosos aos já marginalizados” (SELL, 2007, <<http://jus.com.br/>>).

Carvalho (2014, p. 649) aduz a criminalidade da classe menos abastada, principalmente aos jovens negros, que vivem nas periferias dos grandes centros urbanos, e que esta incidência pode ser ofuscada por variáveis, contudo, refletem um racismo infiltrado do sistema punitivo, não meramente conjuntural.

Completa, por conseguinte, afirmando que existe uma necessidade de outras rotulações estigmatizantes para que o rótulo de marginal tenha aderência direta à pele do indivíduo, e que para sancionar o indivíduo pobre, o sistema é célere, infalivelmente condenatório. “É que a base onde fixar o rótulo de marginal já existia: a própria pobreza. Todos esperavam a condenação e ela veio. Nenhuma surpresa” (SELL, 2007, <<http://jus.com.br/>>).

Moura (2006) nos ensina que a coculpabilidade às avessas pode se manifestar de algumas formas em nossa legislação, como por exemplo a tipificação de condutas



direcionadas a pessoas que vivem à margem da sociedade, a exemplo dos artigos 59¹¹ (vadiagem) e 60 (mendicância – revogado pela lei 11.983/2009), da Lei de Contravenções Penais.

Tão logo é mais fácil se obter um abrandamento de penas, em se tratando de crimes elitizados - crimes contra a ordem financeira e tributária – e, de forma contrária, é mais trabalhosa a retirada de rotulações daqueles que já carregam estigmas ao longo de suas vidas (BARATTA, 1999).

O estigmatizado carrega a sensibilidade aflorada para dado momento de mal-estar em determinado confronto, ainda que disfarçado, e sabe que quem o confronta também está ciente dessa percepção. Logo, o resultado dessa interação nem sempre possui um viés equilibrado, podendo haver exageros (GOFFMAN, 1988).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou a análise do instituto da coculpabilidade e de como ele se apresenta ante a omissão do Estado em promover e garantir os direitos fundamentais e sociais constitucionalmente previstos, conceituando o tema referido sob a ótica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Gregore Moura e de autores clássicos da nossa doutrina criminológica.

Tratou-se de fundamentos constitucionais interligados ao Direito Penal e ao instituto da corresponsabilidade, quais sejam os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme nossa Constituição Federal de 1988.

Estudou-se a teoria do *labelling approach* como uma das vertentes da coculpabilidade às avessas. Âmbito este que promove a seletividade e criminaliza a vulnerabilidade com o Estado, responsabilizando as atitudes dos que estão à margem da sociedade pelo simples fato de suas condições socioeconômicas serem desfavoráveis, criando estigmas e indo em contrassenso ao que prega a teoria da coculpabilidade.

Nesse sentido, torna-se de suma importância para a criminologia crítica uma análise das questões socioeconômicas do agente na relação ao caso concreto, não como forma de gerar um passo a passo para a política criminal, mas de problematizar esse sistema penal, instigando a reconstrução de conceitos, para que assim aconteçam mudanças de paradigmas, garantindo efetivamente direitos secularmente previstos.

11 O art 59 da Lei de Contravenções Penais traz pena de quinze dias a três meses para que entregue-se habitualmente a ociosidade sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita.



REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- _____. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan. 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2013.
- CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de. **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 – 652, jul./dez. 2015.
- CUNHA, M. C. F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- DOMINGUES, Cecília Barchi; SILVA, Elizete Mello da. **Mães encarceradas e filhos do crime: a realidade de uma geração invisível**; 2015. Disponível em : <<https://cepein.femane.com.br/BDigital/arqPIBIC/1111400668B604.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LCT, 1988.
- NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARAT, Jean-Paul. **Plano de legislação criminal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MERTON, Robert K. **Sociologia: teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- MIRABETE, Julio Fabrine; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: tomo IV**. 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991.
- MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- MOURA JR., James Ferreira; XIMENES, Verônica Moraes. A identidade social estigmatizada de pobre: uma constituição opressora. **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 28, n. 1, p. 76-83, jan.-abr. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/1984-0292/1051>
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. _____. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SELL, Sandro César. A etiqueta do crime: considerações sobre o “labelling approach”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10290>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SPOSATO, Karyna Batista. Culpa e castigo: modernas teorias da culpabilidade e limites ao poder de punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.13, n. 56. p. 33-59, set./out. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



OS REFLEXOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA NA DELAÇÃO PREMIADA E CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL: UM ESTUDO DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Chaiene Meira de Oliveira¹

Caroline Fockink Ritt²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo realizar um breve resumo do trabalho de conclusão de curso de mesmo título de modo que visa analisar quais são os reflexos dos acordos de leniência, no âmbito da Lei 12.8246/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, na delação premiada e as consequências no processo penal, tendo em vista a omissão legislativa acerca da temática. Assim, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são os reflexos dos acordos de leniência na delação premiada e quais são as suas consequências no processo penal?

O trabalho será dividido em quatro partes, em que na primeira será realizada uma breve explanação acerca do fenômeno da corrupção, suas definições e contexto histórico no Brasil. Após, realizar-se-á uma abordagem sobre os principais aspectos da Lei Anticorrupção Brasileira principalmente no que se refere às esferas de responsabilização administrativa e judicial, e as responsabilidades objetiva e subjetiva dos agentes envolvidos, a primeira referente às pessoas jurídicas e a segunda, quanto às pessoas físicas.

Além disso, serão abordados os institutos dos acordos de leniência e da delação premiada, trazendo em um primeiro momento a distinção entre os institutos, bem como será analisada a sua origem no ordenamento jurídico estrangeiro e brasileiro e sua previsão legal. Por fim, realizar-se-á um estudo dos reflexos dos acordos de leniência, no âmbito da Lei 12.8246/2013, na delação premiada e as consequências no processo penal, buscando analisar tanto no sentido de atenuação ou isenção de

1 É graduanda do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista de iniciação científica sob a orientação da professora Dra. Caroline Fockink Ritt na pesquisa Políticas de combate à corrupção no Brasil: divisão de responsabilidades entre a administração pública e as relações de mercado como consequência da Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013.

2 É doutora em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-doutoranda em Direitos Fundamentais na PUC/RS. Professora em regime parcial 20 horas da UNISC. Leciona as matérias Direito Penal, parte geral, criminologia e teoria geral do processo penal.



sanções às pessoas físicas no âmbito penal, como no uso das informações colhidas para instauração de procedimentos, bem como quem são os sujeitos que irão firmar os acordos.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIOLÓGICOS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

A corrupção é uma patologia, a qual sempre esteve presente desde o início das civilizações, estando presente em todas as esferas da sociedade. Contudo, ainda há dificuldade em conceituar o que é corrupção, e, de maneira simplificada, esta pode ser compreendida como aquilo que diverge do que é moral.

Gabardo (2011, p. 139) ao conceituar o fenômeno da corrupção observa que esta não possui um único significado, podendo ser analisada sob diversas perspectivas, tanto social, econômica ou histórica, ou se analisada sob o prisma do direito nas esferas penal, cível e administrativa.

O termo corrupção, segundo Silva (2008, p. 575), pode ser utilizado para definir ações antiéticas ou ilegais práticas por pessoas ou grupos sejam do serviço público ou por cidadãos e empresas com relação aos serviços públicos. A luta contra a corrupção não pode se restringir a medidas punitivas, penais e administrativas dirigidas a agentes individuais, pois é consabido que a corrupção interna depende da relação entre cidadãos e os agentes públicos.

Do mesmo modo, Leal (2013, p. 82) leciona que não há se de se falar em uma teoria política da corrupção, uma vez que não há um consenso quanto à sua definição, uma vez que existem diversas abordagens sobre o tema, seja no campo político, social ou filosófico.

Na bibliografia estrangeira, Etzioni (1984, p. 04) entende que a corrupção é um comportamento mal ou perverso, sendo que corromper é modificar uma situação que é favorável e torná-la desfavorável. A corrupção que o autor menciona é o uso dos bens públicos para obter vantagens particulares, sendo esta não cometida somente por agentes públicos, mas também em conjunto com os particulares.

No mesmo sentido, Rose-Ackerman (2001, p. 01-02) define que a corrupção é um comportamento desonesto, o qual viola a confiança depositada nos agentes públicos, envolve a utilização de uma posição pública para obter ganhos particulares. Além disso, exemplifica que a corrupção ocorre quando os políticos desonestos em conjunto com os agentes públicos se ajudam mutuamente para obter vantagens. Considerando que suas ações são ilegais eles precisam acreditar que não serão reveladas pelos outros envolvidos.

Por sua vez, Rodriguez-Arana (2013, p. 110-11) afirma que a corrupção é um fenômeno universal e atemporal, uma vez que em todas as sociedades há pessoas



que não seguem as regras do jogo utilizando dos poderes públicos para satisfazer os interesses pessoais. Em que pese os meios de comunicação estejam divulgando de forma cada vez mais recorrente a ocorrência de práticas corruptivas, a realidade é que a corrupção persiste diante da ineficácia das técnicas de combate.

Com base nos conceitos trazidos, denota-se que é mundial a preocupação em definir o fenômeno da corrupção, e embora os autores possuam conceitos distintos, é unânime a ideia de que as práticas corruptivas ocorrem em virtude do mau uso do poder público, o qual em reiteradas situações é utilizado para atender fins particulares.

Importante ressaltar que a corrupção não é um problema exclusivamente local, Bezerra (1995, p. 12) entende que o fenômeno está presente em todos os países nas mais diversas esferas, seja pública ou privada, possuindo um contexto histórico, político e social sendo necessária a contextualização desses aspectos no momento de estudá-la.

Na história brasileira, conforme estuda Faoro (2012, p. 822), percebe-se a persistência secular da estrutura patrimonial, a qual possui como característica principal o predomínio da estrutura patrimonialista constituída pelo estamento havendo assim, uma confusão entre o espaço público e o privado.

No Brasil, a origem da corrupção remonta à América Portuguesa, quando o país era colônia pertencente a Portugal, uma vez que o sistema colonial português era baseado nas monarquias absolutistas, fazendo com que os monarcas e administradores se mantivessem unidos por motivos estritamente pessoais. Assim, segundo Garcia (2013, p. 45-46), não havia distinções entre espaço público e privado fazendo com que a coisa pública não fosse de ninguém e sua utilidade fosse a manutenção da classe dominante no poder.

Em 1985, com o retorno do regime democrático e a promulgação da Constituição Federal em 1988 no Brasil, bem como o fenômeno da globalização e o amplo acesso à informação, os escândalos relacionados a práticas corruptivas passaram a ter maior divulgação, o que levou a um esforço internacional para adoção de medidas de prevenção e combate à corrupção. A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente no art. 37 que a Administração Pública tanto direta quanto a indireta, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Embora as Constituições anteriores não mencionassem de forma expressa quanto aos princípios que regem a administração pública, havia a previsão da probidade administrativa, no art. 57 da Constituição da República de 1934, no art. 85 da Constituição da República de 1937, no art. 89 da Constituição da República de 1946 e no art. 84 da Constituição da República de 1967. Assim, verifica-se que conforme já referido, a preocupação com a moralidade e conseqüente combate à corrupção ganhou forças a partir da década de 1980.



3 DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA: PRINCIPAIS ASPECTOS E ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO

A Lei Anticorrupção Brasileira, Lei nº 12.846/2013, dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Conforme previsão do parágrafo único do art. 1º, a referida lei é aplicável às sociedades empresariais e às sociedades simples, sendo elas personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário que estas adotarem. Igualmente, é aplicada a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Denota-se que o rol de pessoas sujeitas à aplicação da Lei Anticorrupção Brasileira é extenso sendo as pessoas jurídicas acima mencionadas ainda suscetíveis às sanções na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, consoante previsão do art. 4º (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Quanto à conceituação das pessoas jurídicas, Santos (2015, <<https://proview.thomsonreuters.com>>) define que estas podem ser compreendidas como entes autônomos, dotados de capacidade jurídica e com personalidade própria e independente de seus integrantes. Por ser autônoma, a pessoa jurídica pode contrair obrigações e possui direitos e deveres próprios.

Embora já existisse a tipificação do crime de corrupção, conforme Bittencourt (2014, p. 21-22), não havia uma norma específica que abarcasse as pessoas jurídicas mencionadas nos parágrafos anteriores envolvidas em atos corruptivos, uma vez que as punições eram apenas de caráter pessoal. Antes da promulgação da Lei Anticorrupção Brasileira havia uma lacuna legislativa, uma vez que as pessoas jurídicas que fossem identificadas cometendo atos corruptivos, possuíam como sanção apenas o impedimento de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com a Administração Pública, através de suspensão ou declaração de inidoneidade.

Importante ressaltar que a Lei Anticorrupção Brasileira não se trata de uma lei penal, mas sim, administrativa e civil, visto que para grande parte dos doutrinadores, o legislador optou por esta esfera de responsabilização em detrimento da responsabilidade penal, uma vez que a escolha pela última estaria entrando em um ramo polêmico que ainda causa divergências doutrinárias. O art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira prevê que os atos corruptivos são aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, bem como contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).



Conforme Bertocini (2015, <<https://proview.thomsonreuters.com>>), a relação de atos lesivos descrita no art. 5º da Lei Anticorrupção Brasileira é exaustivo, ou seja, só podem ser considerados atos ilícitos aqueles expressamente previstos de modo que pelo princípio da legalidade, não há ato ilícito sem lei anterior que o defina. Além disso, os atos ilícitos previstos na referida lei têm como sujeito passivo, permanentemente, a Administração Pública nacional ou estrangeira.

Para os efeitos da Lei Anticorrupção Brasileira, considera-se administração pública estrangeira na forma do art. 5º, §1º, os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, sejam estas de qualquer nível ou esfera de governo, além das pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro. Enquanto que, o art. 5º, §2º, da Lei Anticorrupção Brasileira equipara a administração pública estrangeira às organizações públicas internacionais e, o §3º do mesmo artigo define como agente público estrangeiro aquele que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, bem como em pessoas jurídicas controladas, seja direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

A preocupação em punir os atos praticados contra a Administração Pública estrangeira decorre da tendência existente no direito comparado quanto a aplicação extraterritorial das leis nacionais, a fim de coibir práticas ilícitas em outros países como forma de evitar reflexos no território nacional.

O art. 6º da Lei Anticorrupção Brasileira versa sobre a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas elencadas no art. 1º do mesmo dispositivo, das quais as sanções a serem aplicadas administrativamente consistem em multa no valor entre 0,1% e 20% do faturamento bruto anterior à instauração do processo administrativo e, publicação extraordinária da sentença condenatória (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Enquanto que o art. 19 da Lei Anticorrupção Brasileira dispõe sobre a responsabilidade judicial, o *caput* do referido artigo atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e ao Ministério Público a possibilidade de ajuizar ações contra as pessoas jurídicas infratoras (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Sobre a responsabilização, Souza (205, p. 165), aduz que não havendo delimitação pelos artigos 22, I, e 24, IX, da Constituição Federal de 1988, prevalece o entendimento de que todos os entes possuem competência legislativa para editar regras sobre o processo administrativo. Assim, o autor enfatiza que os artigos 8º ao 15 da Lei Anticorrupção Brasileira possuem aplicação adstrita à esfera da União, uma



vez que se trata de lei federal e não uma lei nacional de modo que cada ente federado poderá dispor sobre as peculiaridades do procedimento administrativo.

A responsabilização da pessoa jurídica, de acordo com Santos (2015, <<https://proview.thomsonreuters.com>>) pode ocorrer em uma ou mais esferas seja administrativa ou judicial, uma vez que estas são independentes, tal compreensão decorre da distinção entre os conceitos de ilícito, sanção, além do poder estatal.

Outra distinção ocorre no que se refere às responsabilidades trazidas pela Lei Anticorrupção Brasileira é que a pessoa jurídica é responsabilizada de forma objetiva, enquanto que as pessoas físicas possuem responsabilidade subjetiva por seus atos. O intuito da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas é justamente a criação de uma mudança de mentalidade no comportamento das empresas, uma vez que há maior insegurança para aquelas que não agirem em conformidade com as determinações legais e os padrões de conduta. Além disso, há um incentivo de que as pessoas jurídicas adotem sistemas de controle de integridade dos seus membros, conforme estuda Capanema (2014, p. 20).

A responsabilidade objetiva subsiste mesmo nos casos em que ocorrer a alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária nos termos do art. 4º da Lei Anticorrupção Brasileira. Por sua vez, a responsabilidade das pessoas físicas é subjetiva, consoante previsão do art. 3º, *caput*, e §2º da Lei Anticorrupção Brasileira, a qual prevê que dirigentes ou administradores ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito também será responsabilizada independente da responsabilização da pessoa jurídica. Contudo, a responsabilidade será na medida de sua culpabilidade, ou seja, é necessária a comprovação de dolo ou culpa em seus atos (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Da análise do dispositivo supramencionado, é possível concluir que o legislador buscou conferir tratamento diferenciado aos dirigentes, administradores e pessoas naturais envolvidos no ato de corrupção, visto que a lei só irá responsabilizar as pessoas físicas quando houver comprovadamente dolo ou culpa em causar lesão à Administração Pública.

4 ACORDOS DE LENIÊNCIA E DELAÇÃO PREMIADA: ORIGEM E PRINCIPAIS DISTINÇÕES

A definição de leniência deriva do verbo lenificar, possuindo como significado brandura e suavidade. Pode ser compreendido como um lenimento, que abranda ou amolece, de um lenitivo, conforme definição de Carvalhosa (2015, p. 371).

O instituto dos acordos de leniência tem sua origem no direito norte-americano na década de 1970, sendo um instrumento destinado à investigação de ilícitos



principalmente no âmbito econômico e concorrencial, bem como no combate à corrupção. Como forma de possibilitar as investigações, os acordos de leniência visam à atenuação de sanções incentivando a colaboração voluntária dos agentes envolvidos seja na esfera administrativa ou criminal, de acordo com os estudos realizados por Fidalgo e Canetti (2015, p. 225).

No Brasil, os acordos de leniência foram instituídos pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de dezembro de 2000, a qual foi convertida na Lei nº 10.149/2000, sendo acrescentados os arts. 35-B e 35-C à Lei nº 8.884/94. Por sua vez, a Lei nº 8.884/94, a qual versava sobre a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, bem como sobre prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica foi revogada pela Lei do CADE (Lei nº 12.529/2011).

A Lei nº 12.529/2011 versa exclusivamente sobre os acordos de leniência no âmbito dos crimes cometidos contra a ordem econômica, sendo conhecida como Lei Antitruste, de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de modo que nesses casos cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a celebração dos acordos de leniência (BRASIL, 2011, <<http://www.planalto.gov.br>>).

No referido dispositivo, a previsão do programa de leniência está disposta no art. 86, o qual determina que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio da Superintendência-Geral poderá celebrar acordos de leniência, ocorrendo a extinção da ação punitiva da administração ou a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável, podendo ser celebrado com pessoas físicas e jurídicas, desde que estas colaborem com as investigações. Ocorre que o art. 87 da Lei 12.529/2011 prevê nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990 e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo prevê expressamente que “cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

A Lei Anticorrupção Brasileira trata do instituto dos acordos de leniência em seu art. 16, de modo que a pessoa jurídica se torna uma colaboradora nas investigações. Conforme previsão da referida lei, os acordos só poderão ser celebrados por pessoas jurídicas, não havendo possibilidade das pessoas físicas envolvidas nos atos corruptivos de celebrarem os acordos (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Importante salientar que para que o acordo possa ser celebrado nos termos do art. 16, *caput*, incisos I e II, a colaboração deve resultar na identificação dos demais envolvidos nos atos ilícitos e obtenção de documentos e informações



que comprovem o ato ilícito que está sendo investigado. O art. 16, §1º, da Lei Anticorrupção Brasileira prevê requisitos para celebração dos acordos de leniência, sendo necessário, cumulados com requisitos previstos no *caput*: que a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em colaborar; a pessoa jurídica cesse a sua participação nas infrações; bem como admita a sua participação nos ilícitos, cooperando plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, devendo sempre que for solicitada comparecer a todos os atos do processo.

Os benefícios da celebração do acordo de leniência estão previstos no art. 16, §2º, da Lei Anticorrupção Brasileira, o qual prevê que a celebração do acordo isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19, bem como reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável, destacando que são taxativos, não sendo possível a inclusão de outros senão aqueles previstos de forma expressa na lei, além disso não é possível a sua sonegação quando a pessoa jurídica cumprir com as condições do acordo de leniência. Conforme previsão do §3º do art. 16 da referida Lei, o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica de reparar de forma integral o dano causado, bem como o §4º dispõe que no acordo serão estipuladas as condições necessárias para garantir a efetividade do processo.

O §5º do mesmo artigo, estende os efeitos do acordo de leniência celebrado às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico estando tal circunstância condicionada à celebração conjunta e respeitando as condições previstas. Por sua vez, o §6º do art. 16 dispõe que a publicidade do acordo de leniência somente se dará após a sua efetivação, ressalvada a hipótese de interesse das investigações ou andamento do processo administrativo, bem como o §7º prevê que o acordo, caso rejeitado, não importará na confissão do ato ilícito pelas pessoas jurídicas.

Conforme prevê o art. §8º do referido dispositivo, a pessoa jurídica que descumprir com o acordo ficará, pelo prazo de 3 anos, impedida de celebrar novo acordo, uma vez que o prazo começa a ser contado a partir do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. Por sua vez, o §9º do mesmo artigo dispõe sobre o prazo prescricional dos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira, o qual será interrompido com a celebração do acordo.

Em que pese o *caput* do art. 16 da Lei Anticorrupção Brasileira expresse de forma genérica, permitindo que diferentes autoridades possam investigar e aplicar sanções pela prática dos atos ilícitos, o § 10 prevê que a competência para celebração dos acordos de leniência no âmbito federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, é da Controladoria Geral da União (CGU). Conforme leciona Modesto Carvalhosa (2015, p. 390), deve prevalecer a regra prevista no §10º, uma vez que as demais “autoridades máximas”, tais como prefeitos, governadores, e demais autoridades poderiam ser atingidas pelos atos corruptivos de maneira que não teriam competência para celebrar os acordos de leniência.



O art. 17 da Lei Anticorrupção Brasileira estende a possibilidade de aplicação do acordo de leniência a ser celebrado com a pessoa jurídica que cometer aos ilícitos previstos na Lei no 8.666/1993 nos arts. 87 e 88. Destaca-se que o Decreto 8.420/2015, o qual regulou a Lei Anticorrupção Brasileira, prevê em seu art. 28 que o acordo de leniência regulado no âmbito desta lei, será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei 12.846/2013, e ainda dos ilícitos administrativos previstos na Lei 8.666/1993, denominada Lei de Improbidade Administrativa.

Desse modo, com base na previsão da Lei Anticorrupção Brasileira, conclui-se que os acordos de leniência são benéficos em vários aspectos, uma vez que incentivam a denúncia de atos praticados contra a administração pública, auxiliam na identificação dos responsáveis por atos ilícitos, os quais muitas vezes não seriam descobertos, reduz os custos com investigações e incentivam a adoção dos programas de *compliance*.

Quanto ao instituto da delação premiada, importante tecer observações quanto à nomenclatura utilizada ao definir o instituto da delação premiada, considerando que alguns autores utilizam a expressão “colaboração premiada”. Há discussões se os termos são ou não sinônimos, alguns doutrinadores entendem que a delação seria uma espécie de colaboração, ao considerar que, na colaboração o agente assume a sua responsabilidade e contribui para a elucidação do crime sem que precise incriminar terceiros. Enquanto que na delação premiada, além de assumir a sua responsabilidade e contribuir com as investigações, também seria necessário indicar terceiros que também participaram dos crimes.

Realizadas considerações iniciais, informa-se que neste trabalho, em virtude da bibliografia utilizada, bem como para fins didáticos, uma vez que, segundo parte da doutrina, é possível indicar os termos como sinônimos, adota-se o termo delação premiada. O instituto da delação premiada é de natureza penal, uma vez que é um dos fatores de diminuição da pena ou do perdão judicial, sendo uma alternativa para o Estado em combater de modo mais eficiente a criminalidade, principalmente nos crimes os quais envolvem grupos ou organizações criminosas, conforme Mossin e Mossin (2016, p. 29).

O instituto premial possui relação com os princípios constitucionais de garantias individuais como a isonomia, proporcionalidade, além da presunção de inocência. Assim, Pereira (2016, p. 35) complementa que a contraprestação no que se refere à expectativa de um prêmio ao colaborador surge como uma consequência de atuação positiva no direito processual penal que se baseia na colaboração com a autoridade policial ou judicial na apuração dos delitos.

Sua origem, conforme estudado por Mossin e Mossin (2016, p. 33), ocorreu nos Estados Unidos nos anos 1960 através da Lei Ricco, visto que a delação compreendia



um acordo realizado entre o Ministério Público e o réu no tocante à redução da pena caso houvesse condenação, devendo ser homologado pelo juiz para que pudesse produzir efeitos.

No Brasil, o instituto da delação premiada foi disciplinado pela primeira vez na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) ao fazer menção ao “bando ou quadrilha”, de modo que o parágrafo único do art. 8º prevê a redução de um 1 a 2/3 da pena para o delator, desde que de sua delação ocorra o dismantelamento do bando ou quadrilha. Recentemente, a Lei nº 12.850/2013, a qual define organização criminosa, prevê que com a delação premiada poderá ser concedido perdão judicial ou a redução de até 2/3 da pena ou sua substituição nas hipóteses em que o colaborador contribua para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, além da revelação hierárquica do funcionamento da organização, localização de eventuais vítimas e recuperação de bens e valores.

5 OS REFLEXOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA NA DELAÇÃO PREMIADA E CONSEQUÊNCIAS NO PROCESSO PENAL

A Lei Anticorrupção Brasileira prevê a possibilidade de celebração de acordos de leniência no art. 16, e, conforme estudado no capítulo anterior, não traz nenhuma disposição no que se refere aos reflexos penais. Como forma de realizar um estudo comparado, denota-se que a Lei nº 12.529/2011, prevê no art. 87 que, cumprido o acordo de leniência, será extinta automaticamente a punibilidade dos agentes pela prática dos crimes descritos no caput, quais sejam, os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666/1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal (BRASIL, 2011, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Além disso, a celebração dos acordos de leniência, nos termos da Lei nº 12.529/2011, determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário do acordo de leniência. Sobre este aspecto, Salomi (2012, <<http://www.teses.usp.br>>) afirma que o legislador criou uma nova forma de extinção da punibilidade, não prevista no Código Penal, o que impossibilita que o titular da ação penal ingresse com a ação. Este fato, segundo a autora, não transmite nenhuma segurança jurídica com relação à consequência penal do acordo de leniência.

No mesmo sentido, Siqueira (2015, p. 34) entende que o acordo de leniência com aspectos penais que visam à impossibilidade de ajuizamento de ação penal, implica em violação de atribuição típica do Ministério Público prevista constitucionalmente no art. 129, inciso I, da Constituição Federal.



Desse modo, entende-se que o acordo de leniência firmado no âmbito administrativo não poderia afetar a legitimidade do órgão Ministerial para a propositura da ação penal, uma vez que tal situação além de colocar em risco a segurança jurídica fere a Constituição Federal, a qual prevê expressamente que nos crimes de ação penal pública a titularidade é do Ministério Público. Conforme abordado no segundo tópico deste estudo, tratam-se de esferas distintas e portanto independentes entre si.

No que tange à Lei Anticorrupção Brasileira, considerando que não há previsão expressa quanto aos reflexos penais em relação às pessoas físicas envolvidas em atos corruptivos, a partir dos estudos realizados ao longo deste trabalho monográfico, é possível concluir que não há reflexos diretos no que se refere à vedação de eventual oferecimento de denúncia. Além disso, não há menção sobre como deve ser o procedimento em relação aos processos em andamento, assim, entende-se que se os acordos de leniência celebrados no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira fossem afetar diretamente as pessoas físicas envolvidas bem como trazer consequências no processo penal, estariam expressamente previstos em lei como ocorre no art. 87 da Lei 12.529/2011.

Nesse sentido também é o entendimento de Quinteiro (2016, p. 82), segundo a autora, a assunção de culpa na esfera administrativa não exime a responsabilização na esfera judicial, a qual versa o art. 5º da Lei nº 12.846/13, dispositivo que igualmente define atos de improbidade administrativa. Ainda, há também a possibilidade de persecução na esfera penal, incluindo a responsabilização pelos crimes previstos na lei de licitações, em que a pena não é excluída nem mesmo atenuada pela celebração do acordo de leniência.

Quanto à atenuação das sanções, a Lei Anticorrupção Brasileira dispõe que a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Assim, a pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência no âmbito da Lei 12.846/2013 estará isenta da publicação da sentença condenatória, bem como da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (BRASIL, 2013, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Conforme anteriormente abordado, não há previsão quanto à isenção ou atenuação das penas em relação a eventuais crimes praticados, nem mesmo àqueles previstos na Lei de Licitações, uma vez que a Lei Anticorrupção Brasileira é objetiva ao trazer o rol de benefícios garantidos ao leniente. Observa-se, segundo Morais e Bonaccorsi (2016, <<http://www.mpsp.mp.br>>) que vários atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção Brasileira também constituem crimes previstos em leis específicas, tais como crimes contra processos licitatórios ou corrupção passiva ou ativa, contudo a lei atua no âmbito administrativo e civil de responsabilização das pessoas jurídicas.



Contudo, há de se destacar que não é apenas o instituto dos acordos de leniência que garantem esse tipo de vantagem, no terceiro capítulo deste estudo foi trabalhado o instituto da delação premiada, o qual poderia ser utilizado pelas pessoas físicas interessadas.

Conforme Machado (2017, <<http://www.unimar.br>>), tanto os acordos de leniência quanto a delação premiada, os quais constituem técnicas importantes de investigação, não violam a garantia fundamental de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, uma vez que decorrem de atos voluntários dos colaboradores e são assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa.

Ademais, ao analisar os requisitos de forma isolada, verificou-se que não há impedimentos da pessoa jurídica celebrar o acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira enquanto que a pessoa jurídica celebre um acordo de delação premiada desde que cumpridos os requisitos legais. Entende-se que o legislador agiu corretamente ao tratar as esferas de forma separada, uma vez que eventual isenção ou atenuação de forma automática das penas iria ferir a autonomia das esferas bem como a legitimidade do órgão ministerial. Importante salientar que os acordos de leniência são celebrados pelas pessoas jurídicas quando se referirem aos fatos descritos na Lei 12.846/2013, as quais por serem responsabilizadas objetivamente possuem um tratamento diferenciado até mesmo quando se trata da possibilidade de atenuação das sanções.

No que se refere à utilização das provas obtidas por meio dos acordos de leniência não há consenso entre os doutrinadores e, considerando que se trata de uma legislação recente quando se trata da Lei Anticorrupção Brasileira, não há unificação jurisprudencial nesse sentido. Assim, a análise realizada leva em consideração a situação legislativa atual, entende-se que com o passar dos anos e maior aplicabilidade do instituto dos acordos de leniência, será possível afirmar com maior certeza sobre a utilização das provas obtidas.

Sobre a utilização do acordo de leniência firmado na esfera administrativa, Quinteiro (2016, p. 85) entende que desde que estes contem com a participação do Ministério Público e sejam homologados judicialmente poderiam ser utilizados como prova emprestada nos processos criminais assim como ocorre nas delações. Tal utilização seria útil às investigações e evitaria maior dispêndio de recursos que seriam necessários para novas atividades probatórias.

Além disso, desde que o acordo de leniência seja firmado dentre dos limites legais, entende-se que não há de se falar em ilicitude das provas, conforme art. 5º da Constituição Federal, inciso LVI, as provas inadmissíveis são aquelas obtidas por meios ilícitos, enquanto que há previsão semelhante no art. 157 do Código de Processo Penal. Ainda, conforme Nota Técnica divulgada pelo Ministério Público Federal (BRASIL, 2017a, <<http://www.mpf.mp.br>>) o compartilhamento das provas



e informações obtidas com a colaboração é um desdobramento prático sensível, o qual relaciona-se com a atividade interinstitucional cooperativa.

Importante salientar que a questão de compartilhamento de provas é um assunto delicado, para que ocorra a utilização se faz necessário ainda respeitar os direitos do colaborador ou leniente, ou seja, o direito constitucional de não produzir provas contra si mesmo. Ou seja, ao mesmo tempo em que o colaborador ou leniente expõe a sua conduta e a de terceiros, precisa ter segurança sobre o modo como essas informações serão utilizadas.

Além disso, faz-se necessário a ressalva de que as provas obtidas por meio de um acordo de leniência não podem ser o único instrumento utilizado para ensejar uma eventual sentença condenatória, seja na esfera cível, administrativa ou penal, devendo ser utilizada como um meio de contribuição às investigações. Ademais, esta é a previsão expressa da Lei 12.850/2013, a qual versa sobre organizações criminosas, uma vez que no art. 4º, §16, dispõe que a sentença condenatória não pode ser proferida tendo como fundamentação única e exclusivamente as informações trazidas aos autos pelo colaborador.

Com a leitura dos estudos e notas técnicas divulgadas pelo Ministério Público Federal e análise dos autores supramencionados, a ideia é de que para que ocorra o compartilhamento das provas obtidas na celebração do acordo de leniência se faz necessária a observância dos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Considerando que os acordos são firmados na esfera administrativa, com a pessoa jurídica, há o entendimento de que a presença do Ministério Público proporcionaria maior segurança jurídica bem como autorizaria a utilização das provas obtidas por parte do ente ministerial quando da instauração de outros procedimentos, até mesmo na esfera penal.

Com relação à participação do Ministério Público nos acordos de leniência, é possível afirmar que tal circunstância iria conferir maior segurança jurídica aos acordos, bem como refletir posteriormente quanto às provas obtidas e sua utilização. Ocorre que a discussão vai além para a participação do Ministério Público, fato que ao longo deste estudo entende-se como requisito fundamental, uma vez que é discutida também a possibilidade do ente ministerial celebrar os acordos de leniência.

A Lei Anticorrupção Brasileira, em seu art. 16, *caput*, prevê que a atribuição para celebração dos acordos de leniência será da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, enquanto que o §10º confere à Controladoria-Geral da União – a competência para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e também no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Denota-se que não há previsão legal expressa quanto à participação do Ministério Público, contudo, conforme Nota Técnica divulgada pelo Ministério Público Federal



(BRASIL, 2017a, <<http://www.mpf.mp.br>>), a própria Lei Anticorrupção Brasileira permite que uma das sanções aplicáveis na esfera judicial seja objeto de negociação na celebração dos acordos de leniência, o estudo conclui no sentido de que a lei estaria reconhecendo de forma indireta a competência ministerial.

Ainda conforme divulgado na Nota Técnica acima referida, a Lei Anticorrupção Brasileira no art. 20 confere legitimidade exclusiva ao Ministério Público para, na via judicial, propugnar pela aplicação das sanções do seu art. 6º, no caso de omissão das autoridades administrativas competentes. É consabido que o Ministério Público Federal está celebrando acordos, denominados acordos de leniência com diversas pessoas jurídicas. De acordo com reportagem divulgada por Pedro Canário (2017, <<https://www.conjur.com.br>>), estes foram alvo de discussão na 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, visto que na prática estava sendo discutido um acordo firmado com determinada empreiteira, e a decisão do TRF-4 apenas autorizou a possibilidade da União requerer garantias de ressarcimento mesmo que não previstas no acordo.

Assim, conforme argumentado pela relatora Vânia Hack (2017, <<https://www.conjur.com.br>>), o Ministério Público é o titular da ação penal e tem legitimidade e competência para instaurar processos de apuração, bem como realizar acordos com particulares e pessoas jurídicas, contudo não teria competência para tratar do patrimônio público nem dispor de valores.

Além disso, somente em julho de 2017, foi firmado um acordo de leniência com a Controladoria Geral da União e uma construtora acusada de participar de um cartel formado por empreiteiras para fraudar licitações e superfaturar contratos junto à Administração Pública indireta, merece destaque uma vez que este acordo foi o primeiro a ser celebrado no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira.

Ao longo deste estudo, buscou-se apresentar as diferentes posições, realizando uma análise legal e doutrinária, e quanto à legitimidade para celebração dos acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira entende-se que é da Controladoria Geral União, contudo é necessária a participação do Ministério Público pelas razões acima expostas, até mesmo para futura utilização das provas obtidas, o que foi exaurido ao longo deste capítulo.

Além disso, não se exclui a possibilidade de o Ministério Público Federal firmar acordos de leniência, o qual é titular da ação penal e também possui legitimidade indiscutível para a investigação em todas esferas, desde que sejam respeitados os requisitos previstos em lei, destacando que não é somente a Lei Anticorrupção Brasileira que versa sobre o instituto. Tal situação ocorreu nos acordos celebrados até o momento, uma vez que os acordos celebrados ao longo das operações em andamento no Brasil versam também sobre outras legislações. Nesse sentido, conforme divulgado no site da Controladoria Geral da União (2017, <<http://www.cgu>



gov.br>), em um contexto de permanente colaboração e diálogo “não há impedimento para que, sem prejuízo das competências atribuídas pela Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), a CGU também considere a colaboração ofertada pelas empresas com esses outros órgãos (MPF e TCU)”.

Assim, segundo divulgado pela Controladoria Geral da União, essa colaboração não se aplica somente quanto aos acordos de leniência celebrados, mas também em relação aos processos de responsabilização em curso e aqueles que vierem a ser instaurados. A adoção de tal medida é um estímulo para que as empresas envolvidas em irregularidades colaborem com o Estado e busquem ressarcir os danos causados ao erário (2017, <<http://www.cgu.gov.br>>).

Desse modo, reitera-se a ideia de que o Ministério Público é parte legítima para celebrar acordos de leniência, visto que no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira os acordos firmados com a Controladoria Geral da União, a qual possui competência no âmbito federal conforme previsto pela referida norma, devem contar com a participação ministerial na forma como ocorreu no acordo celebrado em abril deste ano.

6 IDEIAS DE CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo realizar um estudo acerca dos reflexos dos acordos de leniência, no âmbito da Lei 12.8246/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, na delação premiada e as consequências no processo penal, tendo em vista a omissão legislativa sobre o tema.

Sendo assim, por todo o exposto, entende-se que os acordos de leniência celebrados no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira não poderiam afetar a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, nem mesmo impedir ou determinar o trancamento de investigações ou ações penais em curso. Isso porque tal previsão colocaria em risco a segurança jurídica além de ir de encontro o que determina a Constituição Federal, a qual de maneira expressa prevê que nos crimes de ação penal pública a titularidade é do Ministério Público. Do mesmo modo, a Lei Anticorrupção Brasileira prevê um rol taxativo ao mencionar os benefícios possíveis ao colaborador e, se em nenhum momento prevê que as pessoas físicas teriam alguma espécie de isenção ou atenuação de penas na esfera penal, esta também não seria possível.

Cumprir destacar os objetivos da Lei Anticorrupção Brasileira além do histórico percorrido até chegar a sua promulgação no ano de 2013, a não observância dos princípios inerentes à legislação colocam em risco não somente a sua aplicação, mas também o esforço empregado no combate às práticas corruptivas. No que se refere à legitimidade para celebração dos acordos de leniência, no âmbito da



Lei Anticorrupção Brasileira, seguindo a doutrina majoritária, entende-se que é da Controladoria Geral da União, contudo, os acordos firmados pelo Ministério Público Federal, por óbvio, devem ter sua validade reconhecida, tal como vem ocorrendo.

Em um cenário ideal, o entendimento, conforme destacado no quarto capítulo, é de que a celebração dos acordos de leniência devem ocorrer de forma conjunta assim como àquele celebrado no mês de abril do corrente ano. Ainda, a presença do Ministério Público iria proporcionar maior segurança jurídica quando da celebração dos acordos de leniência por outros órgãos, não somente no âmbito da Lei Anticorrupção Brasileira, bem como autorizaria a utilização das provas obtidas por parte do ente ministerial quando da instauração de outros procedimentos, até mesmo na esfera penal.

Por fim, no que tange à utilização das provas obtidas por meio dos acordos de leniência conclui-se que para ocorrer o compartilhamento ou empréstimo das provas obtidas na celebração do acordo de leniência se faz necessária a observância dos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como a observância dos requisitos para celebração do referido acordo. No quarto capítulo deste estudo, como forma de sustentar esta argumentação, foi analisada nota técnica e um estudo técnico elaborado pelo Ministério Público Federal.

Diante de todo o exposto ao longo desta pesquisa, conclui-se que ambos os institutos são de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessária a efetiva aplicação dos dispositivos legais, além do respeito aos princípios inerentes aos atos processuais, mas acima de tudo o necessário esforço conjunto entre Estado e sociedade para que seja possível a prevenção e o combate às práticas corruptivas.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. **O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil**. 2014. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BERTOCINI, Mateus. Dos atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira. In. **Comentários a lei 12.846/2013 – lei anticorrupção**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção**: um estudo sobre o poder público e as relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários à lei anticorrupção**: lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.



Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Decreto 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Lei 12.850/2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Lei 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Medida Provisória 703. Altera a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Nota técnica nº 1/2017 – 5ª CCR**. Nota Técnica sobre Acordo de Leniência e seus efeitos, elaborada pela Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada, vinculada à 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. 2017a. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Estudo técnico nº 01/2017**. Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microsistema anticorrupção brasileiro. 2017b. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Relatório de Resultados do Procurador Geral da República**. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/RelatoriodeResultadosdoPGR_20152016.pdf/view>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. Parceria para o governo aberto: o que é a iniciativa. **Governo aberto**. 2018. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>>.



Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Portal da Transparência. Cadastro Nacional de Empresas Punidas. **Portal da transparência**. 2018. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/cnep>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). **Lei anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum.

CARVALHO, José Murilo. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER, I.; BIGNOTTO, N.; GUIMARÃES, J.; STARLING, H.M.M. (Org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Leniência passo a passo** (parte 2). 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/nota-de-esclarecimento-leniencia-passo-a-passo-parte-2>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

ETZIONI, Amitai. **Capital corruption**. The new attack on American Democracy. New Jersey: TransactionInc, 1984.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei nº 12.846 de 2013**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FIDALGO, C. B.; CANETTI, R. C. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, J. M.; QUEIROZ, R. P. (Org.). **Lei anticorrupção**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei anticorrupção: Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações ente Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LINDLEY, Thomas. **Narrativa de uma viagem ao Brasil**. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1969.

MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. **O acordo de leniência e a lei de improbidade administrativa: uma integração necessária**. 2017. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado). Universidade de Marília. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/DBE5D036662D5E3B7A6FA21A5E328F31.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de., BONACCORSI, Daniela Vilani. A colaboração por meio do acordo de Leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122. ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.04.PDF>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3 ed. revista e atualizada de acordo com a Lei 12.850/2013. Curitiba: Juruá, 2016.

QUINTEIRO, Bartira Silva. A participação do Ministério Público no acordo de leniência como instrumento anticorrupção. **Revista Jurídica Ministério Público do Estado do**



Tocantins, v. 14. 2016. p. 63-87.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Sobre lacorrupción: um analisis multidisciplinar. **Revista do Direito Unisc**, Santa Cruz do Sul, v. 41, nov/dez 2013, p. 110-168. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4332/3043>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Trust, honesty, and corruption**: Reflection on the State-Building Process. Yale Law School: Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy. 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Da responsabilização administrativa. In: **Comentários a lei 12.846/2013 – lei anticorrupção**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMI, Máira Beauchamp. **O acordo de leniência e seus reflexos penais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11102012-085658/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SIQUEIRA, Flávio Augusto MarettiSgrilli. Acordo de leniência e seus reflexos penais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 68, p. 32-39, out./nov. 2015.

SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica** – segurança pública e polícia. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



