

Anais do

IV CONGRESSO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS: JURISDIÇÃO, ESTADO
& CIDADANIA

& VII ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO



ISSN: ----.----

17/09 à 20/09 de 2014

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

Unidade: Naviraí/ MS



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL – UNIDADE: NAVIRAÍ/MS

ANAIIS DO IV CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS: JURISDIÇÃO, ESTADO E CIDADANIA E
VII ENCONTRO CIENTÍFICO DO CURSO DE DIREITO

ISSN: -----

COORDENAÇÃO DO CONGRESSO
Prof. Me. Ricardo Guilherme Corrêa da Silva

Colaboradores:

Prof. Me. Carlos Eduardo Malinowski
Prof. Esp. Diego Bianchi de Oliveira
Prof.^a. Esp. Glauce Maria Creado Medeiros
Prof. Esp. Igor Henrique da Silva Santelli
Prof.^a. Esp. Fabíola Portugal R. Caramit
Prof.^a. Ma. Manuella Soares de Oliveira Malinowski
Prof. Me. Nério Andrade de Brida
Prof. Rafael Xavier de Jesus
Prof.^a. Ma. Raquel de Freitas Manna

COORDENAÇÃO DO ENCONTRO CIENTÍFICO
Prof. Me. Carlos Eduardo Malinowski

Consultores e Mediadores dos trabalhos:

Prof. Me. Carlos Eduardo Malinowski
Prof. Esp. Diego Bianchi de Oliveira
Prof. Esp. Igor Henrique da Silva Santelli
Prof. Me. Nério Andrade de Brida

Arte e Diagramação:

Prof. Esp. Diego Bianchi de Oliveira

SET / 2014

SUMÁRIO

01. DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA NOVA FIGURA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Jair Henrique Kley Dutra</i>	05
02. A IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL <i>Raphael Prieto dos Santos e Maik Erimá dos Santos</i>	20
03. A APLICAÇÃO DO DANO SOCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB O OLHAR DO ATIVISMO JUDICIAL <i>Manuella de Oliveira Soares Malinowski e Diego Bianchi de Oliveira</i>	27
04. DELITO INFORMÁTICO E A LEI 12.737/12 (LEI CAROLINA DIECKAMNN) <i>Ricardo Alex Ribeiro Ananias e Lucas Felix Wanderley</i>	34
05. A CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS EM JUÍZO <i>Lucas Felix Wanderley e Ricardo Alex Ribeiro Ananias</i>	50
06. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ FRENTE ÀS REDES SOCIAIS <i>Larissa Rockenbach e Antônio Leonardo Amorim</i>	57
07. O EXCESSO DE JURIDQUÊS NA TERMINOLOGIA E NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO FORENSE <i>Jakeline Belloto Eller Campanholi</i>	61
08. LEI COMPLEMENTAR 135/2010: PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E MORALIDADE COMO CONDIÇÕES AO EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO <i>Leonardo Oliveira Pereira e Maria Helena Marques Vieira</i>	69
09. A IMPERIOSA SUBORDINAÇÃO DO ICMS AOS PRINCÍPIOS DA NÃO CUMULATIVIDADE E DA SELETIVIDADE <i>Diego Bianchi de Oliveira</i>	75
10. A LEI 12.015/2009 E O MARIDO COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO <i>Barbara Diesel Scussel</i>	84
11. A SOCIEDADE CRESCENTE COM A (DES) CIDADANIA <i>Josy Kellen Scudeler e Manuella de Oliveira Soares Malinowski</i>	97
12. NOME SOCIAL: UMA BUSCA PELA DIGNIDADE <i>Ana Clara Cabral de Medeiros, Orlando Monteiro da Silva Neto e Carlos Eduardo Malinowski</i>	104

13. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E ORDEM JURÍDICA INTERNA: TRANSFORMAÇÕES NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Geisikély Medeiros Palácios e Igor Henrique da Silva Santelli</i>	111
14. A SÚMULA VINCULANTE E A SUA ATUAL SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>José Augusto de Souza Junior</i>	118
15. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS USUÁRIOS DE CRACK NUMA PERSPECTIVA JURÍDICA CRÍTICA <i>Beatriz Andrade de Azevedo e Igor Henrique da Silva Santelli</i>	132
16. A LEI ESTADUAL 3.361/22.02.2007 E A POSSIBILIDADE DE PROMOVER AÇÃO AFIRMATIVA AO PEQUENO PRODUTOR RURAL <i>Cristiane Aguilera de Melo Gasoto</i>	146
17. ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO INSTITUCIONAL E SOCIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - UM LEVANTAMENTO NO MUNICÍPIO DE IVINHEMA/MS <i>Girlene Pereira de Matos e Camila Ribeiro</i>	150
18. ESTUDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO <i>Camila Ribeiro e Girlene Pereira de Matos</i>	154
19. INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: DA PERSEGUIÇÃO AO FENÔMENO DA TRANSCULTURAÇÃO <i>Thales Ponso de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski</i>	157
20. A CORDIALIDADE FICTÍCIA E O PRECONCEITO RACIAL MASCARADO NO BRASIL <i>Francieli Ataíde de Souza e Jaqueline Silva de Oliveira</i>	166
21. DESAFIOS À MODERNA CIÊNCIA DO DIREITO: ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL <i>Róbinson Castilho Vieira e Antonio Nino Manoel Santos Junior</i>	174
22. A FUTURA E JUSTA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO <i>Antonio Nino Manoel Santos Junior</i>	189
23. AUTONOMIA DAS PALAVRAS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA NA SOCIEDADE BRASILEIRA <i>Camila Barbosa Paimel e Layzirre Dayane Santos</i>	194
24. CULPABILIDADE: ELEMENTO DO CRIME OU PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA PENA? <i>Munyra Carolina Silva Duarte e Ricardo Guilherme Silveira Correa Silva</i>	205

25. A FAMÍLIA NO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELEVANTES PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS <i>Helder Baruffi e Rubens Ramão Apolinário de Sousa</i>	217
26. ATIVISMO JUDICIAL COMO ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO <i>James Gallinati Hein e Rubens Apolinário de Sousa</i>	223
27. A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO PARA GRADUAÇÃO EM DIREITO - ESTUDO DE CASO SOBRE PROJETO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO <i>James Gallinati Hein e Waltecir Cardoso Pereira</i>	229
28. LEI DA PALMADA: A FAMÍLIA DE MÃOS AMARRADAS FRENTE À EDUCAÇÃO DOS FILHOS <i>Giseli Oliveira de Souza</i>	245
29. PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO <i>Camila Daiane de Carvalho Coutinho e Gabriela Cândido Salatin</i>	249
30. UM ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DO ESCABINATO COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA FRENTE ÀS DISSONÂNCIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO <i>Gabriela Cândido Salatin e Camila Daiane de Carvalho Coutinho</i>	256
31. NOVO CÓDIGO FLORESTAL: REFLEXÕES SOBRE AS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL <i>Nathália Caroline Maschio Ferreira</i>	271
32. A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Maik Erimá dos Santos e Raphael Prieto dos Santos</i>	277

DIREITO AO ESQUECIMENTO: UMA NOVA FIGURA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

*Jair Henrique Kley Dutra*¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo esboçar a problemática do conflito entre preceitos fundamentais, mais especificamente entre a liberdade de expressão pautado pela liberdade informação e o direito a privacidade, bem como a honra, observando esse choque tanto na era digital quanto na mídia televisiva. Para isto, buscou-se apresentar o tema à luz da era globalizada que favorece ainda mais para os embates destas garantias, pois é por meio dela que há cada vez mais reflexos das relações humanas na órbita jurídica. Assim, inicialmente o trabalho apresenta os direitos conflitantes. Posteriormente, relata a importância da Teoria da Norma de Alexy, uma vez que é a partir dela a possibilidade da ponderação entre normas de hierarquia constitucional. Por fim, relata o modo como se conflitam, analisando o método de ponderação pautado pela proporcionalidade e razoabilidade, surgindo nesse viés o direito ao esquecimento com objetivo de apaziguar o conflito aparente.

Palavras-Chaves: direito ao esquecimento; liberdade; informação; privacidade.

Abstract: This paper aims to outline the problem of conflict between fundamental precepts, more specifically between freedom of information and right to privacy, as well as honor, noting that shock both in the digital age and in broadcast media. For this, we attempted to present the subject in light of the globalized era that favors further to the clashes of these guarantees, as it is by this means that more and more reflections of human relations in the legal orbit. Thus, initially the work presents conflicting rights. Subsequently, reports the importance of the Theory of Standard Alexy, since it is from the possibility of weighing the constitutional hierarchy rules. Finally, recounts how conflict is analyzing the weighting method guided by proportionality and reasonableness, appearing in the bias right to oblivion in order to appease the apparent conflict.

Keywords: right to be forgotten; freedom; information; privacy.

Introdução

Na era da globalização e do tráfego intenso de informação, a imprensa, tornou-se muito mais que apenas uma forma de divulgação de fatos e informações ocorridos no mundo, tornou-se instrumento de difusão de conhecimento, um meio de disseminar culturas, de despertar consciência e, acima de tudo um mecanismo de formação de opinião.

Sendo assim, esse instituto desempenha uma função social bastante importante, pois permitem a participação de diferentes segmentos da sociedade, proporcionando debates

¹ Acadêmico do 4º ano de direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

sob os vários pontos de vista. Além disso, é um mobilizador, uma vez que permitem aos setores sociais exprimirem para as autoridades os seus anseios. Ademais, é também um vigilante, eis que, é indiretamente uma forma de defesa contra os abusos do poder, pois consegue aumentar as transparências das atividades políticos administrativas.

Diante dessas características, torna-se imprescindível ressaltar a importância desse meio de comunicação ser livre e independente, para que se possa construir um regime democrático. É com a liberdade de expressão e circulação livre de idéias, que se conseguirá atingir a almejada democracia, visto que, a coletividade poderá transmitir informações, indagar, questionar, expor, confrontar, tomar ciência do que ocorre no mundo e apresentar possibilidades de mudança.

Nessa ordem, assegurar a liberdade de informação é como garantir e proteger o exercício a cidadania e o desenvolvimento de um país democrático de direito. Todavia, a liberdade jornalística encontra limites éticos e jurídicos, uma vez que esbarram nos direitos das pessoas de terem uma informação correta, completa e principalmente de interesse público.

Não obstante, uma foto tirada em momento de privacidade/intimidade, pode circular pela *internet*, de forma extremamente rápida. Fatos ocorridos no passado podem ser objeto de lembrança da sociedade, de modo a trazer danos atuais a quem tem os seu dados propagado como informação.

Assim tanto a liberdade conquistada pela imprensa e à vivenciada pela *internet* desempenham o mesmo papel e encontram os mesmos limites.

Ocorre que, além de informações com cunho de interesse público, são transmitidos por esses veículos vários tipos de conteúdos, inclusive particular. Contudo, algumas pessoas não gostariam de ter o seu nome sempre vinculado a um fato ocorrido no passado, pois entendem isso como sendo um abuso da liberdade de informação exercido pelos referidos meios de comunicação, bem como, entendem como um afronta a sua privacidade, de modo que isso possa trazer prejuízos morais e materiais perante a sociedade.

Portanto, é notório que há um embate entre a liberdade de informação e de expressão exercida pelas mídias sociais e o direito à intimidade, à honra, à imagem, à vida privada. Enfim, há um choque entre os direitos fundamentais garantidos pela Constitucional Federal do nosso país.

Frisa-se que não é raro quando o exercício da liberdade invade a esfera dos direitos da personalidade, que quando colocados como objeto de notícia provocam danos a quem tem sua imagem vinculada como notícia, causando conflitos entre esses preceitos.

Tem-se dessa maneira, um conflito de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico, eis que a utilização de um direito pode invadir a esfera de outro.

Nesse diapasão, surge o direito ao esquecimento, que se coloca no meio dessa problemática com o intuito de promover uma harmonização diante dos possíveis conflitos de cada caso concreto.

1. Teorias das Normas

Para Alexy (2008), normas seriam o gênero das quais regras e princípios são espécies. Princípios seriam uma construção ampla para os direitos fundamentais enquanto regras seriam uma construção estrita. Por isso para nos é interessante saber a distinção entre regras e princípios.

Essa distinção é como se fosse uma chave para os problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Segundo o autor:

[...] sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 85).

Diante dessa teoria o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios funcionam como mandamentos de otimização, ou seja, princípios são normas que dão ordem para que algo seja aplicado na maior proporção possível dentro das diversas possibilidades jurídicas e fáticas que existem.

Assim pontua o filósofo:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, p.90).

No que tange as regras, estas seriam sempre satisfeita ou não, uma vez que elas trazem exatamente aquilo que deve ser seguido, isto é, ela exige que se cumpra aquilo que está descrito e nada mais.

A distinção entre essas duas espécies de normas se mostra com mais clareza nos casos de colisão de princípios com princípios e regras com regras.

O conflito entre as regras só pode ter resolução se em uma das regras estiver pautando uma exceção que elimine o conflito, ou em outros casos, se uma delas for declarada válida perante a outra.

Com relação ao conflito de princípios, estes são solucionados de maneira diversa, eis que, quando algo é proibido por um princípio e por outro é permitido, um dos dois há de ceder. Ceder no sentido de um ter precedência em cima do outro, ou seja, cada princípio de acordo com o caso concreto terá pesos diferentes, obrigando um a ser reduzido para que o outro seja imposto. Lembrando que quando um se sobrepõe ao outro, não quer dizer que um seja válido e o outro não, significa apenas um critério de ponderação.

Importante tomar conhecimento desta teoria, pois é justamente no conflito aparente entre princípios fundamentais que surgiu o direito ao esquecimento, que tem como função sobrepesar os princípios em choque.

2. O Conflito de Interesses

A liberdade de expressão tem fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, servindo, inclusive como limite deste mesmo direito. Esse direito tem como idéia de que para o ser humano se desenvolver é necessário comunicar-se com outros de sua espécie a fim de garantir a formação de sua personalidade.

Todavia, essa liberdade de expressão deve ser equilibrada, pois é necessário ser levado em conta às necessidades da vida individual e coletiva. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana não permite que seja usado a liberdade de expressão a fim de desrespeitar, violar ou degradar valores básicos do ser humano.

A liberdade de expressão por sua vez engloba a liberdade de comunicação, a liberdade informação e a liberdade de imprensa, conforme premissas garantidas nos arts. 5º, incisos, IV, IX, XIV e 200 da Constituição Federal.

A liberdade de informação/imprensa, numa visão clássica, é a possibilidade de livre divulgação de informações, mediante jornais, periódicos e qualquer outro meio gráfico. Porém, com o avanço tecnológico e o surgimento de outros meios de propagar informação a imprensa precisa de uma concepção ampla, significando todos os meios de informação e de divulgação ao público, inclusive a internet.

Nessa ordem a liberdade de informação é o mais recente direito fundamental de caráter coletivo abrangendo o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado por todos os meios de comunicação.

Depreende-se do exposto, que a liberdade de expressão e a liberdade de informação configuram a faculdade a qualquer pessoa ter a livre manifestação do pensamento, a livre exposição de idéias. Configura, acima de tudo, a possibilidade de todos ficarem sabendo do que ocorre no mundo, ter acesso a fatos pretéritos, a fatos históricos, a ter conhecimento das atividades governamentais, enfim, é um dos direitos mais preciosos do homem.

Ocorre que, ainda que seja garantido como preceito fundamental no nosso ordenamento jurídico, a liberdade de informação/expressão, como já dito, encontra algumas limitações, “como o compromisso ético com a informação verossímil, a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais se incluem os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, bem como a vedação de veiculação de crítica jornalística com o intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa” (animus injuriandi vel diffamandi).

É o que aduz Mendes (2008, p. 360):

A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, V, ao dizer “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, e também no art. 220, quando dispõe: “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” Acrescenta, nos §§1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, e que é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Portanto, verifica-se que tanto o direito à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, como a liberdade de informação tem fundamento na dignidade da pessoa humana.

Reza especificadamente o art. 5, X da CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Estes direitos também são conhecidos como direitos da personalidade e dentro da sistemática organizacional, segundo Pereira (1994, p. 153):

[...] são sobrepostos a qualquer condição legislativa, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis. Absolutos, porque oponíveis erga omnes; irrenunciáveis, porque estão vinculados à pessoa de seu titular. Intimamente

vinculados à pessoa, não pode esta abdicar deles, ainda que para subsistir; intransmissíveis, porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito ou oneroso; imprescritíveis porque sempre poderá o titular invocá-los, mesmo que por largo tempo deixe de utilizá-los.

Partindo dessa sistemática, os direitos da personalidade, principalmente no que tange a privacidade e imagem, podem opor-se a liberdade de informação.

De modo mais específico, segundo Bastos, consiste o direito à privacidade na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS, 1998, p.63). Ou seja, o direito a privacidade é um direito subjetivo que consiste assegurar ao indivíduo a proteção de seus interesses, impedindo a intrusão, a divulgação e a investigação da sua vida íntima.

Nessa ordem, as informações de caráter privado, de caráter íntimo e pessoal, só devem ser passadas se forem de interesse público, se tiver importância para a sociedade, se gerarem um impacto na vida das pessoas e sobre a sociedade como um todo. Assim, só nesses casos poderia ser restringido o direito a privacidade a fim de garantir o bem estar social. Caso contrário, se houver ofensa por um meio de comunicação, a privacidade, honra e imagem, é garantido o direito de retrucar, ou seja, opor-se ao uso indevido da mídia.

É nessa ordem que mais uma vez Mendes (2008, p. 364) escreve:

O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de desagravo – tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta “proporcional ao agravo” sofrido (art. 5º, V). O direito de resposta é o meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão.

Não obstante, para Cupis (1999, p.45apudVINHA,2003,p.82) o direito a imagem está inserido no “direito de resguardo”, entendido como o direito que a pessoa tem de excluir do conhecimento dos outros aquilo que se refere só a ela. Com a violação do direito à imagem, diz o autor, embora o corpo e suas funções não sejam alterados, a pessoa sofre uma modificação de caráter moral, perdendo a discricção que eventualmente desejaria manter.

Nesse passo direito a imagem é projeção a personalidade moral, ou seja, a projeção da fama, reputação dos indivíduos.

Como de fato, a imagem representa o retrato do indivíduo e quando ocorre à utilização indevida de uma notícia vinculada a uma pessoa por atos pretéritos de modo a prejudicar a sua imagem, gera o imediato direito de oposição por parte do titular dessa imagem.

Urge salientar, que não é raro quando a liberdade de informação invade a esfera da privacidade, visto que, a notoriedade de notícia de cunho particular, ou seja, aquela notícia que desperta somente curiosidades nas pessoas, sempre tem maior audiência e repercussão no seio social.

Diante de todo o exposto, observa-se que a liberdade de informação pelas mídias sociais pode acabar extrapolando os seus limites, vindo a trazer danos a terceiros. Entretanto, deve-se entender que tanto os direitos da personalidade quanto o de liberdade a informação possuem o mesmo nível de proteção constitucional.

3. A mitigação da privacidade

Como já abordado em ponto anterior, a expansão das formas de comunicação com surgimento da internet, a propagação da informação e de comunicação de pessoas permite que as pessoas estejam ativas em tudo o que acontece ao seu redor. Doutro lado, a privacidade deve ser preservada diante da importância para o desenvolvimento da personalidade humana.

Porém, com o ambiente virtual, é notadamente visto que este direito está sendo freqüentemente ameaçado, isto porque, os dados inseridos na rede atingem bilhões de pessoas, saindo do controle de quem os publicou, podendo ser copiados e repassados por milhares de pessoas. Além disso, essas informações têm caráter de permanência, eis que, uma vez inserida na órbita virtual, lá permanecerá até que alguém a retire.

Importante dizer que essa característica se difere um pouco daquela informação produzida por um jornal ou um programa de televisão, pois sempre acabam por perder a sua atualidade e são encontradas apenas em lugares específicos. Entretanto, o problema é no momento de passar a notícia, uma vez que pode reacender um sentimento esquecido pela sociedade e até mesmo reviver uma memória morta.

No mundo virtual, tomando por base a facilidade de acesso e a busca de qualquer informação que foi lá inserida, os dados tornam-se eternos. Por exemplo, como seria

digitar seu nome no Google e vê-lo sempre ligado a um crime cometido no passado? Ou como é ver seus dados pessoais sempre na mão de empresas que você ao menos tem conhecimento?

Pois bem, é nesse sentido que se fala na eternização dos danos gerados por meio da internet, uma vez que, as pessoas são marcadas e julgadas por informações que circulam na rede.

Na mesma linha, com base na liberdade de imprensa, imaginem autores de crimes que foram condenados e que já cumpriram a sua pena, não devendo mais nada perante a sociedade. Imaginem ainda, que eles estejam prestes a sair do sistema prisional e um programa de televisão faz um documentário informando a sua saída, explorando a sua imagem e vida privada de modo que a única consequência que se possa esperar é a de reacender todo o sentimento negativo que a população já havia esquecido desde a época em que o fato ocorreu. O que se pode vislumbrar é que as chances de ressocialização destes autores seriam reduzidas em grande proporção, senão a zero. A única razão de realizar tal matéria é a de garantir a audiência de seu programa, a menos é claro que o fato represente algum interesse público.

Portanto, lançando um olhar sobre essa problemática percebe-se que um dos grandes desafios do direito será o de preservar a reputação e a privacidade perante um mundo interconexo provocado pela revolução tecnológica, bem como pela exacerbada liberdade da mídia na vinculação de notícias que muitas vezes pretende encapá-las com certo sensacionalismo.

Desse modo, há uma necessidade de um controle espacial, contextual e temporal dos dados jogados na tela para o telespectador e aqueles inseridos na rede digital.

Quando se diz controle espacial, significa a capacidade e a faculdade do agente determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais, ou seja, o indivíduo deveria ter a capacidade de conhecer, controlar, endereçar e interromper quando quisesse o fluxo de suas informações pessoais, possibilitando ter sempre a ciência do espaço em que sua informação esta inserida.

Em relação ao controle contextual, este por sua vez significa a exatidão da informação, isto é, em que tipo de contexto ela seria inserida após a sua divulgação.

Por fim, o controle temporal teria como escopo ser uma proteção ao indivíduo de já não ser lembrado ou rememorado por dados passados, uma vez que, a maior característica do ser humano é a de mudar ao longo da vida.

Entretanto, há de se lembrar que na era digital a capacidade de informação é liberada em um fluxo incontrollável que qualquer empresa tem seus dados cadastrados em seus sistemas, qualquer pessoa pode achar seu nome vinculado a uma notícia ao pesquisar no Google. Em relação à liberdade da mídia televisiva, há de se lembrar que é exercida quase que sem controle, pois o tempo todo a televisão tem acesso a fatos ocorrendo em tempo presente, transmitindo-os em tempo real. É diante dessa evolução que o conceito de privacidade e de imagem anda sendo mitigado. Afinal, a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade (MENDES, 2008, p.381).

4. Direito ao Esquecimento

Sem dúvida não há nada pior que vender ou entregar a privacidade de alguém ao público em geral, principalmente sem vontade do titular desse direito.

A mais importante faceta do direito à imagem e a privacidade é quando o indivíduo tem a força para se opor as informações que acabam fazer perecer a confiança e a boa imagem que o indivíduo levou para conquistar ou que o indivíduo queira reconquistar.

De fato, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual, mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira (BAUMAN, 2013, p. 113).

Assevera Costa Júnior, dissertando acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*therighttobeletalone*):

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas. (2007, p. 16-17)

Doutra banda, acrescenta Salomão (2012, p. 20): “não se pode hipertrofiar a liberdade de informação, à custa do atrofiamento dos valores que apontam para a pessoa humana”.

Nesse viés, diante da velocidade e amplitude da propagação das informações veiculadas pelas mídias televisivas e pelas “mídias virtuais” é que surge o direito ao esquecimento, que tem como função sobrepesar os preceitos fundamentais discutidos a fim de reacender a força da privacidade ora mitigada e permitir que ela possa ser usada como limitação da liberdade de informação, informação esta que não tenha cunho qualquer de interesse público e que não seja correta.

Nas palavras do Ministro Salomão, Relator do Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ, interposto pela Rede Globo Comunicações e Participações S/A em desfavor de Jurandir Gomes de França:

A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem: ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

E continua:

A ideia de um direito ao esquecimento ganha ainda mais visibilidade - mas também se torna mais complexa - quando aplicada à internet, ambiente que, por excelência, não esquece o que nele é divulgado e pereniza tanto informações honoráveis quanto aviltantes à pessoa do noticiado, sendo desnecessário lembrar o alcance potencializado de divulgação próprio desse *cyberespaço*. Até agora, tem-se mostrado inerente à internet - mas não exclusivamente a ela -, a existência de um "resíduo informacional" que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado.

Assim, o direito à informação deve ser ponderado com razoabilidade e proporcionalidade ao direito à intimidade, devendo ter como preferência à privacidade quando não se certificar que este direito possa prejudicar a sociedade em geral que tem o direito de ser informada.

O Recurso Especial nº 1.334.097 – RJ refere-se a história de um policial chamado Jurandir Gomes França que teve sua imagem vinculada pela Rede Globo Comunicações e Participações S/A. O programa o procurou para realizar um documentário de um fato ocorrido no passado, onde supostamente ele teria participado de uma chacina. Porém, no caso concreto ele foi absolvido. Ao ser procurado pelo programa disse que não queria sua imagem vinculada

a esse passado, eis que, ele já havia sido absolvido da acusação e não desejava rever seu nome exposto na mídia. Contudo, o que ele temia veio por acontecer, o programa novamente veiculou a sua imagem e, ainda que tenha dito que foi absolvido, sentiu-se ferido, pois lembrar desse fato histórico não seria o problema, o problema seria vincular a sua pessoa a ele. Diante deste motivo, impetrou indenização por danos morais em face do programa. E com base no reconhecimento do direito ao esquecimento que o presente recurso foi julgado procedente, condenando a rede globo pagar indenização ao Sr. Jurandir.

Em relação aos assuntos relacionados à internet, nos Estados Unidos, afirmou Schimidt (TIBKEN, 2013):

[...] há um senso de justiça que é culturalmente válido para todos nós. A falta de um botão delete na internet é um problema significativo. Há um momento em que o apagamento é uma coisa certa.

Diante dessa visão, por ter um potencial de difamação maior, não se pode permitir que dados na *internet* permaneçam na memória da sociedade.

Na mesma esteira, é da decisão da Comissão Europeia que atribuiu ao Google Spain e Google Inc., a missão de retirar informações que prejudiquem ou que não são mais pertinentes ao indivíduo, desde que haja requerimento nesse sentido.

A demanda supra, teve origem devido à negativa das empresas em retirar do mundo virtual informações pessoais do autor de seus sites, eis que, quando o autor inseria o seu nome e realizava a pesquisa, obtinha ligações a duas páginas do jornal da La Vanguardia [de Catalunha] de 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais possuíam um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social.

Na decisão, ainda restou comentado:

Devem os direitos ao apagamento e bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), e o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, [primeiro parágrafo,] alínea a), da Diretiva [95/46,] ser interpretados no sentido de que permitem que a pessoa em causa possa dirigir-se aos motores de busca para impedir a indexação da informação referente à sua pessoa, publicada em páginas *web* de terceiros, com base na sua vontade de que a mesma não seja conhecida pelos internautas quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseja que seja esquecida, mesmo tratando-se de uma informação publicada licitamente por terceiros.

Nesse mesmo teor, têm-se disseminado na Europa várias outras demandas com o mesmo objetivo, ou seja, de que a liberdade de expressão e a publicização de dados pessoais entram em choque com a privacidade e a vontade da pessoa, prevalecendo à garantia

fundamental da privacidade, elucidando uma evolução da proteção dos direitos fundamentais da personalidade em detrimento do direito coletivo à informação.

No Brasil, a retirada ou exclusão de dados seria perfeitamente possível. Um dos maiores exemplos é o caso da Carolina Dieckmann, onde houve determinação enviada ao Google (site de motor de busca) dizendo que não poderia aparecer qualquer imagem dela ou ao acionar seu nome no buscador, tendo em vista que, ao ter o seu computador invadido por um hacker, este jogou as imagens na rede.

Dando maior força a essa possibilidade, foi promulgada a lei 12.965 em 13 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, cujo conteúdo estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, inclusive, incluindo a proteção da privacidade. Dispõe a lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria

Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;

II - proteção da privacidade;

III - proteção aos dados pessoais, na forma da lei

IV - preservação e garantia da neutralidade da rede, conforme regulamentação;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas.

Sob a perspectiva apresentada, é sabido que todo indivíduo possui o direito ao esquecimento, e diante da velocidade e amplitude das informações veiculadas por todos os meios, é impossível não assegurá-lo.

É certo que nem sempre a ponderação se dará em favor do direito ao esquecimento, visto que o nobre julgador terá que valer-se do caso concreto, ou seja, deve ser analisado caso a caso, cada qual com suas peculiaridades.

Nesse sentido cita-se Shreiber (2013, p. 468): “o caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informática na reiteração do fato pretérito, o modo de sua rerepresentação e os riscos trazidos por ela à pessoa envolvida”.

O que se busca com o direito ao esquecimento, não é reescrever a história nem tão pouco apagar os registros de dados passados, mas sim o direito de evitar que tais dados, fatos, imagens, etc, sejam rerepresentados de modo sensacionalista e num contexto totalmente diferente do contexto originário, oferecendo um reflexo incompatível com situação atual das

peças. É uma situação de balanceamento entre os interesses que estão em pauta. É o que salienta Mendes (2008, p.384):

Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse público. Deve ser aferido, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará.

Enfim, deve-se ter em mente que o interesse público nada tem de conceito parecido com o de interesse do público.

Considerações Finais

À medida que as relações sociais evoluem, o Direito como uma ciência tenta acompanhar, sem trazer prejuízos, buscando sempre a excelência tanto para as pessoas quanto para o Estado. Isto porque, as pessoas buscam o acesso a justiça, bem como uma prestação jurisdicional adequada enquanto o Estado tem como objetivo a inafastabilidade do poder judiciário.

O direito ao esquecimento nada mais é que a evolução das relações pessoais de modo que colocam em choque preceitos fundamentais garantidos no texto Constitucional. Texto este, que regula as relações humanas de um determinado espaço em um determinado período de tempo.

E o que fazer quando o mesmo texto que regula as relações entre as pessoas encontra conflito nos seus dispositivos diante das relações pessoais? Por meio da aplicação destes mesmos dispositivos com razoabilidade e proporcionalidade que se resolvera a eventuais lides.

Desta forma, só resta concluir que o direito ao esquecimento é justamente a aplicação dos direitos inerentes a personalidade humana em relação à liberdade informação mediante a razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, este direito não surge como um modo de censura, visto que precisam ser preenchidos alguns requisitos para se sobrepor ao de liberdade de informação, como por exemplo, a necessidade da notícia ter eminentemente interesse público, ou seja, é necessário que ela faça diferença na vida das pessoas que venham a assistir ou acessar como um todo.

Ademais, como depende de peculiaridades de cada caso concreto, não comporta o surgimento de regras para aplicá-lo, cabendo ao magistrado a luz da razoabilidade e proporcionalidade sobrepesar os interesses em jogo.

Referências Bibliográficas

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.II. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAUMAN, Z. **Privacidade, sigilo, intimidade, vínculos humanos - e outras baixas colaterais da modernidade líquida**. In. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 abr. 2014.

_____. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial**. n., 24 abr 2014.

BUCAR, D. **Controle temporal de dados: direito ao esquecimento**. Disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em 30 de mar. 2014.

COSTA JÚNIOR, P. J. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: RT, 2007.

CUPIS, A. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. S.L. : Quorum, 2008.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2014.

INFOCURIA. **Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionId=9ea7d2dc30d54a9d7a3790ad4cbf9de3aa4196f7cfae.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbh90?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157785>>. Acesso em 22 maio 2014.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. Saraiva, 2014.

MACHADO, J. E. M. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: STVDIA IVRIDICA 65, 2002.

MELO, L. V. **Democracia, Liberdade de Informação Jornalística e Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, 2004.

MENDES, G. F; COELHO, I.M; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Saraiva. 2008.

MORAIS, A. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANTOS, R. A. **Direito ao esquecimento dos condenados**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em 30 de mar. 2014.

SCHREIBER, A. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SHMIDT, E. ;TIBKEN, S. **The Internet needs a delete button**.Disponível em: <http://news.cnet.com/8301-1023_3-57583022-93/googles-schmidt-the-internet-needs-a-delete-button/>. Acesso em 22 de maio de 2014.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, A. V. **lei da anistia**:o direito entre a memória e o esquecimento. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/39477611/Monografia-Arnaldo-concluida>>. Acesso em 15 de abr 2014.

VINHA, P. **Responsabilidade civil pelo fato imprensa**. Curitiba: Juruá, 2003.

A IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

*Raphael Prieto dos Santos*¹
*Maik Erimá dos Santos*²

Resumo: Diariamente dezenas de crimes são praticados por menores de 18 (dezoito) anos e por disposição legal estes menores são inimputáveis, ou seja, não serão punidos nos termos do Código Penal vigente, o que causa inúmeras controvérsias sobre a possibilidade do jovem infrator responder pelas duras penas previstas em tal compilação. Assim, fervorosas opiniões são levantadas em prol da redução da maioridade penal. Ocorre que esta redução esbarra em questões constitucionais e o presente trabalho, de forma bibliográfica, pretende demonstrar a razão pela qual o ordenamento jurídico hoje veda a redução da maioridade penal.

Palavras-Chave: Redução; Maioridade; Inimputabilidade; Inconstitucionalidade.

Introdução

Não são raras às vezes em que após um crime praticado por menor de idade que ganhe certa notoriedade na sociedade seja a nível regional, nacional ou internacional diversos “especialistas” tomam conta dos noticiários, rede sociais e até mesmo em conversas informais entre amigos defendendo a diminuição da maioridade. Ocorre que geralmente estes indivíduos defensores da diminuição da maioridade penal não possuem qualquer tipo de conhecimento jurídico, antropológico ou sociológico, pautando suas falácias em apenas meias verdades e em casos de comoção social.

Inimputabilidade

São três os sistemas para comensurar a inimputabilidade do indivíduo que são: o sistema biológico, o sistema psicológico e o sistema biopsicológico. Para o sistema biológico o indivíduo que possuir deficiência mental ou desenvolvimento mental reduzido será considerado inimputável. No sistema psicológico é inimputável aquele que não tinha discernimento ou não conseguia se determinar ao praticar o ato delituoso. Por último no caráter biopsicológico, como próprio nome diz é junção dos dois primeiros, ou seja, é

¹ Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

² Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

inimputável aquele que por deficiência ou desenvolvimento mental reduzido, não conseguiu discernir ou se determinar ao praticar o fato típico e antijurídico.

O menor de 18 (dezoito) anos é considerado inimputável conforme preceitua o art.27 do Código Penal brasileiro, uma vez que a compilação utilizou do sistema meramente biológico para definir a inimputabilidade de um menor de idade.

O código prevê presunção absoluta de inimputabilidade. Acatado, o critério biológico, não é preciso que, em decorrência da menoridade o menor seja “inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. A menoridade (fator biológico) já é suficiente para criar a inimputabilidade: o Código presume de forma absoluta que o menor de 18 anos “é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (JESUS, 2011, p.550)

Conforme dita o autor supramencionado a inimputabilidade do menor de idade não está ligada ao seu discernimento de que o ato praticado é criminoso, desta forma existe uma presunção absoluta, não comportando prova do contrário, da inimputabilidade do indivíduo por ele ter menos de 18 (dezoito) anos, pouco importando se o indivíduo possuía capacidade volitiva ou intelectual.

Apesar do principal argumento dos defensores da diminuição da maioria penal ser o fato dos menores infratores saírem impunes pelas condutas ilícitas praticadas isso é uma inverdade, uma vez que o adolescente infrator responderá por ato infracional estipulado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Assim o adolescente não responderá pelo crime ou contravenção penal capitulado no Código Penal, mas sim pelo ato infracional prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente em conformidade com o ato delituoso praticado por ele.

A definição da inimputabilidade, o Brasil, no entanto, não afasta totalmente a responsabilidade pelo cometimento de um crime. Apenas afasta a utilização de parte dos dispositivos do Código Penal e os procedimentos do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais. A legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente utiliza-se da definição de ato infracional como toda conduta descrita como crime ou contravenção penal. Portanto, com uma mudança de nomenclatura, mantém o princípio da legalidade e utiliza-se da legislação penal para a definição dos tipos. (GONZALEZ, 2007)

Assim a criança ou adolescente infrator será responsabilizado pela sua transgressão, mas não com a sanção prescrita no Código Penal, ou seja, não há de se falar em pena para o menor infrator, mas sim de medida sócio-educativa.

Por medida sócio-educativa entende-se como uma obrigação determinada ao menor infrator, com o cunho didático, para a regeneração do mesmo que será imposta pelo juiz da infância e juventude, sempre que a criança ou adolescente praticar ato infracional. A função precípua da medida sócio-educativa é recuperar o jovem e não puni-lo. Entre as medidas sócio educativas estão a advertência, a reparação de danos, prestação de serviços a comunidade, liberdade assistida, internação, semiliberdade e a remissão.

A advertência é uma forma de fazer com que o menor e seus responsáveis se atentem pela gravidade do ato infracional cometido pelo jovem. A reparação de danos é uma forma de o menor restituir ou consertar o prejuízo causado a outrem. “Tal medida antes de ser punitiva, pretende de forma pedagógica, orientar o adolescente a respeitar os bens e o patrimônio de seus semelhantes.” (LIBERATI, 2000, p.82).

Na prestação de serviços a comunidade, o menor infrator trabalhará, de forma gratuita, em estabelecimentos como asilos, escolas, hospitais, sejam estas entidades públicas ou privadas, por até seis meses. A liberdade assistida é medida na qual o menor infrator terá o acompanhamento de um indivíduo capaz na sua vida social, auxiliando menor no âmbito escolar, na introdução do jovem no mercado de trabalho e até mesmo nas suas relações familiares.

A internação é medida cerceadora de liberdade, sendo a mais severa de todas elencada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e pode ser aplicada em hipóteses extremas, uma vez que o jovem desenvolvimento deve ser preservado, apesar do ato infracional praticado por ele. É medida excepcional e breve (prazo máximo de três anos).

A semiliberdade é uma forma de progressão e reinserção a esfera aberta da sociedade, sendo não só indicado como indispensável o estudo e/ou capacitação para o mercado de trabalho:

é admissível como início ou como forma de progressão para o meio aberto. Comporta o exercício de atividades externas, independentemente de autorização judicial. É obrigatória a escolarização e a profissionalização. Não comporta prazo determinado, devendo ser aplicadas as disposições a respeito da internação, no que couber. Deverá ser revista a cada 6 meses (...). (AQUINO, 2012)

Já a remissão é um tipo de perdão que pode ser concedido pelo Juiz da infância e da juventude ou pelo Promotor, e sem que haja a admissão da autoria do ato infracional, o menor infrator e seu responsáveis requisitam a antecipação de uma medida prevista no Estatuto (excetuando-se a internação e a semiliberdade) pela extinção do processo.

Logo, o menor infrator apesar de não sofrer as sanções previstas no Código Penal, ele estará sujeito as medidas sócio-educativas, caso venha praticar ato infracional que esteja previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inconstitucionalidade da Redução da Maioridade Penal

O art. 228 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, assim como o art. 27 do Código Penal, preceitua que os menores de dezoito anos são inimputáveis e devem estar sujeitos a legislação especial (atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente).

Os defensores da redução da maioridade penal, que possuem um mínimo de conhecimento jurídico pregam que tal mudança seria possível utilizando “apenas” de uma emenda constitucional, invocando assim poder constituinte derivado.

Tal ponto de vista é no mínimo equivocado uma vez que, apesar de não estar elencado no art. 5º da Lei Maior do Estado brasileiro, a inimputabilidade do menor encontrada no art. 228 da Constituição é direito fundamental individual.

Os direitos fundamentais individuais “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual” (CANOTILHO, 1993, p.541).

Como direito fundamental individual, a maioridade penal não é passível de redução uma vez que é cláusula pétrea e conforme art. 60, §4º, IV, é imutável pelo poder constituinte derivado, que poderia editar Emenda Constitucional.

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (MENDES; COELHO; BRANCO. 2009, p. 253).

Assim, conforme os autores supramencionados, as cláusulas pétreas servem não só para evitar um colapso na Lei Maior do país, mas também tem um cunho inibidor no que diz respeito a extinção de direitos fundamentais, o que acarretaria em um abalo a todo o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito.

É de extrema ingenuidade entender que os direitos e garantias fundamentais estão apenas e tão somente elencados no art.5º da Constituição Federal em uma Lei tão garantista

como ela é, bastando fazer uma interpretação sistemática da Magna Carta. Na verdade o próprio §2º do art. 5º dita que os direitos e garantias adotadas por ela não excluem outros decorrentes do próprio regime e dos princípios por ela adotados.

A interpretação sistemática leva a inclusão da regra do artigo 228 nos direitos e garantias individuais, como forma de proteção. E, como há capítulo próprio da criança e do adolescente, nada mais correto do que a regra estar inserida no seu capítulo específico, embora se constitua em extensão das regras contidas no artigo quinto, objeto da imutabilidade. Não temos dúvida, portanto, que a regra do artigo 228 é extensão do artigo quinto. Entendemos que os direitos e garantias individuais fora do artigo quinto são petrificados porque são extensões interpretativas das matérias lá garantidas. (ARAÚJO, 2001, p.32)

Em se tratando de direitos que versam sobre menores, nada mais adequado que a Constituição da República conferir ao seu art. 228 o status de cláusula pétrea, para a proteção jurídica da criança e do adolescente.

Além do art. 228 da Lei Maior ser um direito fundamental individual, ela deixa expresso que a Criança e o Adolescente serão tutelados por legislação específica. Assim como já demonstrado, a função de reeducar o jovem infrator, com as medidas sócio-educativas são ditadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, satisfazendo assim a vontade do legislador constituinte originário.

Outros Fatores que Impossibilitam a Redução da Maioridade Penal

Achar que a redução da maioridade é a solução de para a redução da criminalidade para a faixa etária dos 16 aos 18 anos, é mascarar uma realidade obscura e ignorar problemas muito maiores que estão arraigados na sociedade brasileira.

Grande parte dos jovens inimputáveis são apenas os meios pelos quais criminosos, que já atingiram a maioridade penal, utilizam pra praticar atos delituosos sem que lhes sejam imputadas tais condutas. Assim menores são utilizados para praticar furtos, traficar drogas e até mesmo cometer homicídios, em troca de favores, drogas ou mesmo dinheiro. Estes jovens são na verdade vítimas de uma sociedade e de um Estado negligentes com a educação e segurança pública e que marginalizam estes indivíduos e deixando-os suscetíveis a ação dos verdadeiros criminosos que usam da persuasão para atrair estes menores para a vida do crime.

Outro fato que conspira em desfavor a redução da maioridade penal é o fato de que essa redução nunca terá fim. Em um potencial caso de redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 (dezesesseis), não demoraria muito para que houvesse uma nova legião de pessoas, buscando a redução da maioridade penal para 14 (quatorze) anos e assim por diante, até chegar ao nascituro.

O sistema carcerário brasileiro, também é algo que se deve levar em consideração em uma potencial redução da maioridade penal por dois motivos: primeiro a população carcerária já esta muito além da quantidade de estabelecimentos carcerários existentes no Brasil, assim um com o aumento do fluxo de pessoas confinadas em presídios faria com que todo esse sistema entrasse em colapso. O segundo motivo pelo qual não deve haver uma redução na maioridade penal é que estes jovens ainda possuem uma possibilidade real de serem regenerados, reeducados e reintegrados a sociedade e o potencial confinamento com condenados comuns pode servir para que essa possibilidade de regeneração seja extirpada de vez, já que os presídios atuais funcionam como “escolas do crime”.

Como já demonstrado acima, o menor infrator não fica “impune”, podendo ser alvo de medida sócio-educativa. O que pode ser feito para que diminuir esta sensação que ainda paira entre parte da população brasileira é uma reforma no Estatuto da Criança e do Adolescente, aumentando um pouco mais o prazo máximo de internação, uma completa reformulação nos estabelecimentos que receberiam o menor infrator e maiores incentivos ao menor infrator no que diz respeito a educação, seja nível fundamental, médio, superior ou técnico, e incentivos a inserção dele no mercado de trabalho.

Considerações Finais

A redução da maioridade penal hoje no Brasil é algo inviável, uma vez que o sistema carcerário existente no país é defeituoso e não possui uma capacidade mínima para recuperar um condenado comum e também falhará miseravelmente em recuperar um jovem, que em maioria esmagadora dos casos é vítima de um Estado omissivo. A impossibilidade de a maioridade penal ser reduzida encontra fundamento jurídico na Lei Maior do Brasil uma vez que o seu art.228 dita que o menor de 18 anos é inimputável e que está sujeito as medidas cabíveis elencadas em legislação especial, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Apesar do conteúdo do art.228 da Constituição Federal não se encontrar no art. 5º, ele deve

ser considerado um direito fundamental individual e cláusula pétrea, sendo imodificável pelo poder constituinte derivado. Ademais sempre que um menor cometer um ato infracional estará sujeito as “sanções” previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não havendo a impunidade como parte da população brasileira acredita que exista. Desta forma deve haver uma expansão da mentalidade das pessoas e não uma redução na maioria penal.

Referências Bibliográficas:

AQUINO, L. G. de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11414>. Acesso em 24 ago. 2014.

ARAUJO, L. A. D. **A impossibilidade de alteração do artigo 288 da Constituição Federal: a busca dos ideais constituintes e de seus valores democráticos.** In BRASIL, Ministério da Justiça. A razão da Idade: Mitos e verdade. MJ/SEDH/DCA. Série Subsídios TOMO VII. Brasília. 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

GONZÁLEZ, R. S. A inimputabilidade penal do adolescente: Controvérsias sobre a idade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 46, out 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2256>. Acesso em 24 ago. 2014.

JESUS, D. **Direito Penal Parte Geral.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A APLICAÇÃO DO DANO SOCIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB O OLHAR DO ATIVISMO JUDICIAL

*Manuella de Oliveira Soares Malinowski*¹
*Diego Bianchi de Oliveira*²

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a ampliação das categorias de danos, reconhecendo uma nova categoria que é o dano social. Ademais, diferencia-o do dano moral coletivo e analisa a sua aplicabilidade na justiça do trabalho. A pesquisa foi bibliográfica em especial em fontes de direito do trabalho e direito constitucional. Ao final, concluiu-se pela aplicação do dano social na seara trabalhista, principalmente por intermédio de uma postura mais proativa dos magistrados trabalhistas.

Palavras-chave: Dano social; Justiça do Trabalho; ativismo judicial.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 provocou uma profunda reformulação no ordenamento jurídico pátrio, o que abarcou o campo da responsabilidade civil, que vem cedendo lugar a outras formas de responsabilização, como a responsabilidade objetiva, a qual também se encontra expressamente prevista no atual Código Civil.

Nessa seara, surgiu o dano social, que é uma nova categoria autônoma de dano reparável. Sua aplicação no direito do trabalho tem sido cada vez mais expressiva.

O presente trabalho objetiva conceituar dano social, diferenciá-lo de dano moral coletivo, além de fazer uma análise da sua aplicação na justiça do trabalho através de um comportamento proativo dos magistrados.

¹ Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense; professora do curso de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul; professora do curso de Pós-Graduação da Universidade Paranaense, advogada e juíza leiga.

² Mestrando em Direito Processual Civil. Pós-Graduado em Direito Imobiliário. Graduado em Direito. Graduado em Administração. Servidor Municipal da Gerência de Educação de Naviraí. Atualmente é Professor do Curso de Direito da UEMS. E-mail: diegobianchi@hotmail.com.br

1 A teoria do dano social e suas aplicações

A teoria do dano social está baseada no princípio da função social da responsabilidade civil, segundo o qual o instituto da responsabilidade civil deve afinar-se com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, considerando-se, ainda, o papel das indenizações no contexto social.

Os danos sociais seriam

[...] lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população. (AZEVEDO, 2004, p. 376).

Ou seja, os danos sociais são causados por comportamentos negativos ou condutas socialmente reprováveis, que geram rebaixamento do nível coletivo de vida, mais exatamente da qualidade de vida, ensejando a devida reparação. Está fundamentado na cláusula geral da dignidade (art. 1, III, da CF) como fundamento da República Federativa do Brasil, a qual permite o reconhecimento de novos danos indenizáveis, bem como de outros direitos da personalidade, além dos já previstos no Código Civil.

Alguns exemplos de dano sociais, dados por Azevedo (2004): o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, o pai que solta balão com seu filho. Tais condutas socialmente reprováveis podem gerar danos como o entupimento de bueiros em dias de chuva, problemas de comunicação do avião causando um acidente aéreo, o incêndio de casas ou de florestas por conta da queda do balão etc.

Os danos sociais representam a aplicação da função social da responsabilidade civil (PEREIRA, 2012). Ressalta-se que a indenização deverá ser revertida a um fundo de proteção, como por exemplo uma associação, a fim de evitar enriquecimento ilícito.

Vale ressaltar que o dano social configura uma teoria inovadora e recente, cuja aplicação ainda tem sido tímida pelos Tribunais e não pode ser confundido com o dano moral coletivo.

Enquanto no **dano social a vítima é a sociedade; o dano moral coletivo tem como vítimas titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos**. Se na prática a diferença é tênue, do ponto de vista da categorização jurídica, há diferenças entre as construções (SILVA, 2008).

O dano moral coletivo está atrelado à terceira geração do constitucionalismo, que é a solidariedade. Está presente quando há violação a direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis, com fulcro no art. 81, parágrafo único, incisos II e III do CDC.

Uma das oportunidades que o Superior Tribunal de Justiça tratou do dano moral coletivo foi no REsp. 866.636/SP, DJ 06/12/2007, 3ª Turma, na questão conhecida como “o caso das pílulas de farinha”:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. [...] *A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior.* Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp. 866.636/SP, DJ 06/12/2007, a 3ª Turma)

Por outro lado, os danos sociais, nas palavras de Azevedo (*apud* TARTUCE, 2009), são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal estar social. Envolvem interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. Estão fundamentados no artigo 81, parágrafo único, inciso I do CDC.

No caso de dano social, quando o juiz reconhece a existência de condutas socialmente reprováveis, fixa uma verba compensatória a título de dano social. Essa indenização derivada do dano social não é para a vítima, mas é destinada a um fundo de proteção consumerista (art. 100 do CDC), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo instituição de caridade, a critério do juiz (art. 883, parágrafo único do CC).

Nessa senda, há vários julgados. Um dos mais conhecidos, foi o julgamento das fraudes ocorridas no sistema de loteria, chamado de “caso totobola”. Nesse episódio, o TJ/RS, no Recurso Cível 71001281054, DJ 18/07/2007, determinou, de ofício, indenização a título de dano social para o Fundo de Proteção aos Consumidores.

TOTO BOLA. sistema de loterias de chances múltiplas. fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. ação de reparação de danos materiais e morais. danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. recurso parcialmente provido.

1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.

2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido.”

Portanto, em breves palavras, o dano social não pode ser confundido com dano moral coletivo. Esse só repercute na esfera extrapatrimonial, enquanto o dano social também pode repercutir no âmbito patrimonial.

2 A aplicação do dano social no direito do trabalho e o ativismo judicial

Assim, simplifadamente, o dano social costuma ser formado pelo somatório de danos individuais que atingem resultados que extrapolam as esferas jurídicas e realidades dos indivíduos lesionados.

No direito do trabalho, sua aplicabilidade é bem ampla, já que a relação de emprego deve ser encarada como uma relação jurídica complexa, dinâmica, social e solidária. Por isso, todas as agressões ao direito do trabalho, pela complexidade das relações de emprego, acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, de modo que o empregador muitas vezes se vale dessa prática para obter vantagem na concorrência com outros empregadores.

Isto implica dano a outros empresários não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma delinquente. O resultado verificado é a precarização completa das relações sociais, sob a forma de dano social ou *dumping* social.

Nessas situações, os prejuízos são direcionados à coletividade em sentido amplo, sobretudo porque os direitos fundamentais não são pertencentes apenas ao trabalhador, ou grupo de trabalhadores diretamente lesados.

Nesse sentido:

O dano social consiste em um prejuízo à sociedade gerado por empresa que reiteradamente descumpra normas trabalhistas de modo que esta atitude não gera apenas prejuízo aos seus empregados, mas à coletividade, em virtude de violar os direitos humanos, a livre concorrência e, ainda, mover o Poder Judiciário, por diversas vezes, acerca das mesmas infrações em que incide com contumácia, podendo tal dano ser de ordem patrimonial ou imaterial. Assim, quando a violação de direitos ocasionarem importante repercussão social, a indenização assume a função de desestimular o ilícito, inibindo a continuidade da prática. (BRASIL, 2010b). (Desembargador Paulo Pimenta, em seu voto norteador do acórdão proferido no Processo TRT – RO – 0122900-41.2009.5.18.0002, na Sessão de Julgamento do dia 03 de março de 2010, *verbis*)

Frente a essas condutas, não há dúvida de que o poder judiciário trabalhista deve atuar, aplicando severas sanções às empresas que fazem uso dessas praticas.

Nessa questão, para que o Judiciário Trabalhista possa reprimir tais práticas e puni-las, pode (e não porque falar em dever) fazer uso do ativismo judicial, que é a postura proativa dos magistrados, que se valem de princípios constitucionais e interpretação extensiva da legislação, para ampliarem o alcance de suas competências.

Ativismo Judicial apresenta-se como uma teoria nascida juntamente com o Estado Democrático de Direito e os Tribunais Constitucionais, onde o Poder Judiciário por meio de suas decisões passa a criar direito, tornando-se um poder de grande aceitabilidade social, sendo que foi legitimado pelo Poder Constituinte Originário, e deteve a bênção de se tornar o Guardião das Constituições, onde não passa a ser tratado como mera boca da lei. Por isso as

suas decisões têm cunho com alta carga política, que afetam por vezes políticas públicas ou também as esferas públicas. (SANTOS, BALESTRIN, 2011, p. 473)

O ativismo judicial pode se dar em todos os ramos do poder judiciário. Na justiça do trabalho, os juízes também devem apresentar uma postura mais proativa afim de que princípios constitucionais sejam garantidos e direitos trabalhistas efetivados.

Defensor desta atuação mais ativa dos juízes do trabalho Carvas (2011) afirma que:

Já passou, portanto, da hora do Judiciário trabalhista brasileiro tomar pulso da situação e reverter esse quadro, que não tem similar no mundo. Há algum tempo atrás, mesmo que indevidamente, porque alheio a uma análise jurídica mais profunda, até se poderia sustentar que a culpa pela situação vivida nas relações de trabalho, quanto ao descumprimento da legislação trabalhista, não seria dos juízes, mas de uma legislação frágil, que não fornecia instrumentos para correção da realidade. Hoje, no entanto, essa alegação alienada não se justifica sob nenhum aspecto. Como visto, o próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma necessária atitude contrária aos atos que negligenciam, deliberadamente, o direito social e, portanto, aplicando-se normas e preceitos extraídos da teoria geral do direito, a atuação dos juízes para reparação do dano social sequer pode ser reprimida retoricamente com o argumento de que se trata da aplicação de um direito retrógrado originário da “mente fascista de Vargas”.

Deste modo, uma postura do juiz mais ativa se faz imprescindível na prevalência da ordem jurídica, na afirmação dos direitos transindividuais e, sobretudo na prevenção das condutas atentatória contra os direitos trabalhistas em especial àquelas que configuram o dano social ou *dumping* social. A postura dos magistrados contra essas ações é imprescindível para desestímulo de práticas futuras.

Considerações Finais

Não há dúvida de que o dano social é uma nova modalidade de dano reparável e que é perfeitamente acumulável com o dano material, o dano moral e o dano estético. Ele repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade. Há um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida, por essa razão aplicável de maneira irrestrita ao direito do trabalho, como forma de prevenção de condutas que impedem que a relação de emprego seja respeitosa, a fim de que direitos sociais sejam preservados e garantidos conforme estabelecido na Carta Maior.

Não se pode confundir dano social com dano moral coletivo, pois enquanto no dano social a vítima é a sociedade; o dano moral coletivo tem como vítimas titulares de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

Por fim, é dever dos juízes do trabalho reconhecer a existência do dano social nas relações trabalhistas em que ele ocorre, aplicar a devida indenização, a fim de que seja preservada a dignidade da pessoa humana e alcançada a pacificação social.

Referências Bibliográficas:

AZEVEDO, A. J. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, R. A. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AZEVEDO, A. J. *apud* TARTUCE, F. M. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico** n. 59; 30 nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em: 05 set. 2014.

BRASIL. TRT. Desembargador Paulo Pimenta. Recurso ordinário 0122900-41.2009.5.18.0002, na Sessão de Julgamento do dia 03 de março de 2010.

CARVAS, L. G. A. Desmistificando o dumping social. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20121>>. Acesso em: 6 set. 2014.

PEREIRA, R. D. N. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11307>. Acesso em 10 ago 2014.

SANTOS, P. J. T; BALESTRIN, T. A. Ativismo Judicial. **Revista da ESMESC**, v. 18, n. 24, 2011.

SILVA, F. M. T. Reflexões sobre o dano social. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em nov. 2013.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



DELITO INFORMÁTICO E A LEI 12.737/12 (LEI CAROLINA DIECKAMNN)

Ricardo Alex Ribeiro Ananias (UEMS)¹

Lucas Felix Wanderley (UEMS)²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo apresentar conceitos jurídicos que estabeleçam parâmetros de definição e conceituação dos delitos informáticos que comumente surgem no contexto da atual evolução social e tecnológica do homem. Nesse sentido, pretende-se abordar os sujeitos do delito informático, o contexto divergente sobre a tipificação destes delitos. Por meio de pesquisa bibliográfica e de coleta de dados, procura-se esclarecer a problemática existente, buscando-se na legislação vigente amparo para tipificar conduta ilícita nesse meio eletrônico, ou aquilo que, pelo menos, parece ser ilegal. Cumpre observar que há lacunas legais nesta área, mesmo depois da edição da lei denominada Carolina Dieckmann – Lei n. 12.737/12. Destarte, serão esclarecidos pontos cruciais que reclamam a distinção e a tipificação das condutas criminosas praticadas com esta modalidade jurídico-virtual.

Palavras-chave: delitos informáticos; tipificação; lei 12.737/12.

Abstract: This paper aims to present legal concepts that establish parameters of definition and conceptualization of computer crimes that commonly arise in the context of current social and technological evolution of man. Accordingly, it is intended to address the subject of computer crime, divergent context of the typing of those crimes. Through literature research and data collection, one try to clarify the issue, seeking shelter in existing legislation to criminalize unlawful conduct by this electronic means, or what at least appears to be illegal. It should be noted that there are loopholes in this area, even after the enactment of the law named Carolina Dieckmann - Law n. 12.737/12. Thus, crucial points which claim to distinction and classification of criminal conduct committed with this legal- virtual mode will be clarified.

Keywords: computer crimes; typing; law 12.737/12.

Introdução

A revolução digital proporcionou às pessoas maior facilidade de acesso ao universo dos computadores, à internet e a outras novas tecnologias que surgiram com o avanço das outras ciências eletrônicas.

¹ Graduando do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS. E-mail: ricardo.ananias@gmail.com

² Graduando do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS. E-mail: lucaswanderley11@hotmail.com

Assim, facilmente condutas realizadas pela internet podem ferir diretamente direitos de terceiros, ou vão de encontro ao interesse comum. Surge, então, um novo tipo de crime que passa a ser chamado de crime informático.

Esses “novos” crimes vêm preocupando legisladores de inúmeros países, os quais buscam desenvolver leis para tratar desses casos com rigor e punibilidade. No Brasil, o problema persiste de forma grave, devido à possibilidade do uso do anonimato e ausência de uma força policial de caráter permanente, e, sobretudo, a inexistência de legislação específica.

Convém, primeiramente, apresentar o contexto histórico da evolução tecnológica, bem como os diversos conceitos empregados para as condutas ilícitas virtuais.

Num segundo momento, são abordados os sujeitos do crime de informática, esclarecendo-se, ainda, o contexto divergente entre a terminologia utilizada para os agentes desta espécie de delito.

Ao final, discute-se a atual aplicação da legislação penal e como os legisladores e juristas direcionam a conduta em relação à tipificação, destacando-se a nova Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Além disso, sobre o caso em tela, serão observados alguns julgados de relevância entre os Tribunais Superiores.

Entretanto, este trabalho não pretende esgotar-se o assunto. Trata-se de uma pesquisa de cunho científico que poderá ser ampliada e aprofundada por futuros trabalhos monográficos sobre o tema.

1 Contexto Histórico

O direito nasce para atender aos anseios legais da sociedade, inclusive para regulamentar aqueles problemas que ainda não têm solução jurídica; porém, por mais que queira, o direito não consegue prever todos os reclames sociais, uma vez que a sociedade é mais rápida que o próprio direito e está intimamente relacionada com uma série de fenômenos tecnológicos e de comunicação.

Sabe-se que a sociedade passou por um longo período agrícola, e os relacionamentos restringiam-se a pequenos grupos de pessoas. Com a chegada da Revolução Industrial, houve uma ampliação cada vez maior de contatos e relacionamentos sociais, surgindo o fenômeno chamado de Sociedade da Informação.

A expressão Sociedade da Informação foi criada pelo sociólogo, Daniel Bell¹, em 1973. Segundo ele, seria: “a interação e o desenvolvimento diante das relações humanas”. No entanto, somente em 1980 reconheceu-se mundialmente que a Sociedade da Informação era algo necessário a ser disseminado, por se tratar de um importante meio de interação; desta forma, seria essencial garanti-la a todos como um direito constitucional.

A natureza jurídica da expressão “Sociedade da Informação” hoje pode ser definida à luz do art. 1.º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, a seguir:

Art. 1º- O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Assim, a sociedade da informação garante o direito à interação, o direito de participação e o desenvolvimento humano seguro pela nova comunicação e telemática virtual e pela troca de bens e serviços, pois a soberania plena sobre todas as riquezas e recursos é direito inalienável.

Com isso, surge nova dimensão do direito, ou melhor, um desafio jurídico diante de pessoas reais e ao mesmo tempo virtuais. É, nesse ponto, que surge a necessidade de normas regulamentadoras que disciplinem relacionamentos humanos de pessoas localizadas em países distintos, que estão interagindo em tempo real, firmando contratos e, até, praticando ilícitos. Então, como criar um sistema normativo que permita disciplinar a interação de todas as pessoas que estão espalhadas pelo mundo?

Nesse sentido, magistral é a lição de Pinheiro (2013, p. 57):

O Direito é responsável pelo equilíbrio da relação comportamento-poder, que só pode ser feita com a adequada interpretação da realidade social, criando normas que garantam a segurança das expectativas mediante sua eficácia e aceitabilidade, que compreendam e incorporem a mudança por meio de uma estrutura flexível que possa sustentá-la no tempo. Esta transformação nos leva ao Direito Digital.

Sob esse prisma, nasce o Direito Digital, que é a relação jurídica com o novo fenômeno social, conhecido como Sociedade da Informação, e sua existência se justifica em razão da maior facilidade de interação entre pessoas por meio da internet, visto que as relações jurídicas são potencializadas e demandam imediata tutela jurisdicional.

¹ Sociólogo estadunidense, professor emérito da Universidade Harvard. Diretor da Fundação Suntory e pesquisador residente da American Academy of Arts and Sciences.

Diante da popularização do acesso à internet, muitos indivíduos começaram a utilizar deste meio como uma forma para a prática de crimes das mais variadas espécies, que exigiram surgimento de novos tipos penais ou novas formas de praticar os já tipificados.

Uma pesquisa de amplitude internacional realizada pela empresa Symantec, por meio do programa Norton Cybercrime Report, aponta que o “comércio” do delito informático no mundo atingiu o custo de US\$ 110 bilhões no ano de 2012. O Brasil configura entre os principais países alvo de ataques virtuais, empatado com a Índia com US\$ 8 bilhões desviados para o cibercrime¹.

Destarte, em tempos hodiernos, urge que o Direito atenda às novas demandas, e, isso só pode ser possível com novas formas de procedimentos e novos tipos legais que amparem e garantam uma tutela pleiteada por vítimas da própria tecnologia.

2 Conceito de Crime de Informática

A expressão “crime informático” não é única na doutrina, que apresenta inúmeras outras nomenclaturas, como “crimes virtuais”, “crimes de computador”, “crimes eletrônicos”, “crimes cibernéticos”, “crimes digitais”, entre outros termos.

Por sua vez, Bittencourt (2000, p. 22) assevera que não existe diferença entre os diversos tipos de crime informáticos. Ressalta, no entanto, que a ponte que os separa é a utilização do computador para alcançar e manipular o sistema com o objetivo de beneficiar-se ou lesionar outrem.

Convém notar que Albuquerque (2006, p. 40) faz a melhor classificação dos crimes informáticos, dividindo-os em crimes informáticos específicos e crimes informáticos comuns.

Baseando-se nessa premissa, crimes informáticos específicos são aqueles em que o sistema tecnológico é o alvo da conduta – são crimes que carecem de legislação própria no Brasil tendo em vista que os bens jurídicos lesados não possuem proteção jurídica. Os crimes informáticos comuns, por sua vez, seriam aqueles pelos quais a informática é meio de violação de bens jurídicos já protegidos pela lei penal vigente.

Os crimes informáticos comuns são em sua maioria praticados por intermédio do computador, mas não exclusivamente por esse meio. Por isso, a previsão legal não o define

como crime informático, mas apenas como crime comum que independe do meio utilizado para seu resultado delituoso, sendo enquadrado na lei penal já existente.

Para Sydow (2013, p. 87), a nomenclatura “crime informático” é arriscada, levando-se em conta que a polícia tem investigado indivíduos que se utilizaram de cassinos virtuais e até mesmo jogo do bicho virtual, tipificando-os nas contravenções penais do Decreto-lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais). Em virtude dessas considerações, é mais apropriado utilizar-se a nomenclatura “delitos informáticos”.

Como se pode notar, mesmo existindo diversos conceitos que busquem a real definição do crime de informática, o instrumento utilizado pelo agente é sempre o mesmo, ou seja, o uso da informática conectado, ou não, à internet/rede.

3 Sujeitos do Crime de Informática e sua Terminologia

A priori se entende que qualquer indivíduo pode ser sujeito ativo de crimes de informática. No entanto, verifica-se que tais crimes são antes de tudo atribuídos aos chamados *hackers*. Impende observar que *hacker* não é o termo mais adequado, visto que a expressão antes era utilizada para designar o indivíduo com grande habilidade e domínio do computador. Em razão disso, a doutrina, bem como os especialistas no ramo da informática, preferem definir os cibercriminosos como *crackers*.

O termo *cracker* vem da língua inglesa e significa ‘quebrar’. Termo criado, em 1985, pelos próprios *hackers*, com o objetivo de não serem associados àquele. Diferente dos *hackers*, os *crackers* têm como escopo intenções ilícitas (roubo de senhas, causar danos, espionagem, etc.).

Ocorre que, nem todo cibercriminoso possui vasto conhecimento na área da computação, tendo em vista que algumas condutas criminosas são praticadas por usuários comuns. Só é fundamental saber usar o computador e o acesso à internet como veículo para a prática de crimes, os crimes comuns (contra a honra, ameaças, chantagens, e até o compartilhamento de conteúdo pornográfico de crianças ou adolescentes).

Com relação ao sujeito passivo, na óptica de Nogueira (2008, p. 63), “qualquer um de nós pode ser vítima, todas as pessoas que possuem acesso à rede mundial de computadores estão sujeitas a serem vítimas dos crimes informáticos”.

Portanto, o sujeito passivo nos crimes de informática é qualquer indivíduo que use equipamento informático e/ou acesso à internet, podendo ser pessoa física ou jurídica.

4 Tipificação dos Delitos Informáticos

É evidente a problemática existente quando se busca na própria legislação nacional amparo para tipificar a conduta ilícita, ou aquilo que pelo menos parece ser ilegal. E, é nesse aspecto, que se depara com uma verdadeira camada de fumaça. Isso ocorre porque não basta, para a aplicação penal, a identificação do sujeito cibernético, é preciso que seu ato praticado esteja, em forma da lei, tipificado como ilícito. E mais ainda: não basta a tipificação, mas também a sanção proporcional a cada dano sofrido pelas vítimas do mundo virtual, ou melhor, do mundo real.

Entretanto, “é impossível que o Poder Legislativo formule todas as normas necessárias para regular a vida social; limita-se então a formular normas genéricas, que contêm somente diretrizes, e confia aos órgãos executivos, que são muito mais numerosos, o encargo de torná-las exequíveis”.

Assim, os operadores do Direito, primeiramente, obrigam-se a cumprir com o Princípio da Legalidade ao asseverar que não há crime sem lei anterior que assim o defina. Desta forma, este princípio traz como espírito o resguardo das liberdades individuais e põe limite ao poder do Estado. Desse modo, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes mesmo desse fato tenham sido instituídos por lei, o tipo delitivo e a pena respectiva constitui real limitação ao poder estatal de interferir na liberdade individual dos cidadãos”. (TOLEDO, 2001, p. 21)

No que tange aos crimes pela internet, numa análise inicial, deve-se procurar especificar qual ou quais objetos estão em questão ou tutelados pela norma penal já existente. Assim, por exemplo, a conduta de alguém que invade o computador de outrem apenas com o intuito de visualizar suas correspondências (e-mails/facebook), tem como objeto tutelado pelo Estado a intimidade daquele que foi vitimado. Situação esta que não era reconhecida como figura típica no Direito Penal, até a edição da Lei 12.737/12.

Enfim, são inúmeras as formas para a prática de crimes via internet, e o ordenamento jurídico brasileiro não possui normas suficientes que tipifiquem a maioria desses crimes informáticos, os quais serão analisados nos próximos itens.

5 Estelionato e Furto Qualificado

Um dos crimes mais praticados na internet é o estelionato, definido como a obtenção de vantagem ilícita para si ou para outrem, induzindo ou mantendo a vítima em erro, mediante artifício (uso de algum aparato ou objeto para enganar a vítima), ardil (conversa enganosa) ou qualquer outro meio fraudulento. Portanto, em razão do modo genérico de tratamento dado a este tipo penal pelo legislador, pode-se enquadrá-lo nas fraudes eletrônicas praticadas na internet.

Nesse caso, a caracterização do estelionato decorre justamente do uso desse mecanismo que é a internet para aferir uma vantagem ilícita. Essa nova modalidade de conduta delituosa é conhecida como *Phishing* (que será tratada mais detalhadamente no próximo item).

As transações bancárias indevidas, por meio da internet, tendem a ser tipificadas como furto, à luz do Art. 155, parágrafo 4º, II, do Código Penal, que dispõe sobre o crime de furto qualificado, ou seja, tais condutas se não enquadradas como estelionato, configuram-se então como furto qualificado. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) apontam pelo enquadramento dessas fraudes eletrônicas como furto qualificado. Veja-se o acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ:

[...] II. Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática dos crimes de **furto qualificado**, violação de sigilo bancário e formação de quadrilha, pois seria integrante de grupo hierarquicamente organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, consistentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas. [...] V. A situação em que foram perpetrados os delitos imputados ao réu enseja a possibilidade concreta de reiteração criminosa, tendo em vista que o crime é praticado via computador, podendo ser cometido no interior do próprio lar, bem como em diversos locais, sem alarde e de forma artilosa, indicando necessidade de manutenção da custódia cautelar. (BRASIL, 2007) (grifo nosso)

Nesse caso, a Corte entendeu tratar-se de furto qualificado por fraude, tendo em vista que a fraude é utilizada para burlar o sistema de proteção do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda.

Em outra decisão, relatada pelo Ministro Félix Fischer, a Quinta Turma do STJ entendeu claramente que:

[...] O furto mediante fraude não pode ser confundido com o estelionato. **No furto, a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima, para lhe tirar a atenção. No estelionato, a fraude objetiva obter consentimento da vítima, iludi-la para que entregue voluntariamente o bem.** Na hipótese, o agente valeu-se da fraude

eletrônica via internet para subtrair valores da conta corrente de titularidade de correntista da CEF, assim há furto mediante fraude, essa usada para burlar o sistema de vigilância e proteção do banco aos valores mantidos sob sua guarda. (BRASIL, 1999) (grifo nosso)

No furto qualificado mediante fraude, a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima; já, no estelionato, o escopo é, justamente, obter consentimento da vítima e iludi-la para que entregue por vontade própria seu patrimônio.

Diante do exposto, o entendimento consolidado é: de que o indivíduo que invade o computador da vítima, instalando um vírus (*malware*), e partir daí, descobre sua senha e subtraí valores patrimoniais de sua conta bancária, comete crime de furto mediante fraude.

Apesar do advento da Lei 12.737/12, a referida conduta não deve ser classificada como “invasão de dispositivo informático”, haja vista o melhor enquadramento no crime previsto no art. 155, § 4º, inc. II, o furto mediante fraude. Assim é a posição de Cavalcante (2010, p. 4):

[...] parece que a conduta narrada amolda-se, de forma mais específica e completa, no art. 155, § 4º, sendo o delito do art. 154-A o crime meio para a obtenção da finalidade do agente, que era a subtração. Aplica-se, no caso, o princípio da consunção, **punindo o agente apenas pelo furto, ficando a invasão absorvida**. Em suma, essa conduta não deixou de ser furto. (grifo nosso)

6 *Phishing, Phishing-Scam e Pharming*

De acordo com Simon (2007), “são três as técnicas em que se baseiam as fraudes no ambiente Internet Banking: *Phishing-scam, phishing e pharming*”.

O termo *Phishing* tem origem na expressão do inglês *phony* (fraudulento) combinado com *fishing* (pescaria). Esse “novo” crime tem crescido imensamente na rede mundial de computadores. Pode ser dividido em duas modalidades : *Phishing* e *Phishing-Scam*. Embora aparentem significar o mesmo assunto, inclusive em sua nomenclatura, essas duas modalidades de delitos diferenciam-se pela técnica utilizada para o cometimento da fraude.

No *Phishing-Scam*, a vítima tem a integridade de seu computador ou sistema eletrônico violada pelo *download* de arquivos ou programas maliciosos. Por meio desses programas, o infrator subtrai dados particulares necessários para a realização do crime. No *Phishing*, tal prática acontece na maioria dos casos por meio de e-mail malicioso que atrai a vítima - pescada. Daí o emprego da expressão *Phishing (fishing: pescaria virtual)*, que leva a

vítima para um *site* fantasma, entregando ao infrator as informações necessárias para a prática das transações bancárias indevidas e fraudulentas.

Simon (2007) alude que “os ataques *phishing* dispõem de variadas possibilidades de condução. Podem-se promover os ataques por e-mail, banners falsos, IRC, programas de mensagem, instantânea e trojans de infecção”.

Consoante isso, o objetivo do infrator é enviar um e-mail falso para a vítima, contendo um *link* de um *site* similar ao do Banco da vítima. Então, o correntista digita os dados de sua conta; porém, o *site* fraudulento foi criado de tal forma semelhante que induza a pessoa a acreditar estar diante do verdadeiro, e, aproveitando-se disso, o criminoso remove em parte ou em todo o patrimônio da vítima.

A última modalidade apresentada na prática de fraudes tecnológicas e não menos importante, denomina-se *Pharming*, expressão relacionada ao termo inglês *farming* (cultivar), termo usado na indústria agrícola vinculado às modificações feitas nos alimentos a fim de aprimorar a qualidade deles.

Trata-se de prática largamente usada para a efetivação de condutas delituosas no ambiente virtual, principalmente nas transações bancárias por meio do Internet Banking.

Lau (2006, p. 33) define *Pharming*, nas seguintes palavras:

O mecanismo utilizando por este ataque promove o redirecionamento da vítima a páginas falsas de instituições financeiras, tal como descrito pelo phishing, entretanto esta variação de ataque não utiliza uma mensagem eletrônica como vetor de propagação. O atacante busca fragilizar serviços de resolução de nomes na Internet, conhecido como DNS, que resultam no acesso errôneo do usuário a páginas da instituição financeiras, mesmo que o usuário efetive o acesso à página do banco através da digitação da URL no browser utilizado na navegação Internet. (LAU, 2006)

Neste sentido, *Pharming* é um nome utilizado para definir ataques que consistem em modificar o nome de um *site* na internet e seu respectivo servidor. Em termos técnicos, é chamado de envenenamento de cachê DNS¹ em inglês *cache poisoning*.

Nessa fraude, uma vez envenenado o sistema eletrônico, a menos que a vítima possua conhecimento técnico aprimorado, é praticamente impossível evitar a fraude, haja vista que, por mais que digite o endereço desejado do site de sua respectiva instituição financeira, o correntista é encaminhado ao site criado pelo infrator.

¹ DNS é a sigla em inglês de Domain Name System, e se refere ao sistema de atribuição de nomes de domínios e endereços eletrônicos em redes de computadores

Com o objetivo de acabar com as divergências de conceituações, os tribunais brasileiros, em especial o STJ, têm pacificado entendimento no que se refere à tipificação dessas práticas delituosas. Assim, enquadra o *Phishing-Scam* como furto qualificado mediante fraude:

CRIMINAL. HC. **FURTO QUALIFICADO**. FRAUDES POR MEIO DA INTERNET. PROGRAMA TROJAN. OPERAÇÃO CONTROL ALT DEL. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ORDEM DENEGADA. Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de furto qualificado, pois seria integrante de grupo organizado com o fim de praticar fraudes por meio da Internet, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, a partir da utilização de programa de computador denominado TROJAN. (BRASIL, 2007) (grifo nosso).

No que tange à prática do *Phishing* e do *Pharming*, o STJ esclareceu que tais condutas configuram-se como estelionato:

CRIMINAL. HC. **ESTELIONATO**. QUADRILHA. VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. FRAUDE POR MEIO DA INTERNET. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA DOS CO-RÉUS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DO PACIENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO-OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DO ACUSADO. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. IDENTIDADE DAS SITUAÇÕES NÃO EVIDENCIADA. EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2006) (grifo nosso)

As condutas pelo *Phishing-scam*, *Phishing* e o *Pharming* são altamente prejudiciais e precisam ser reprimidas pelo ordenamento jurídico brasileiro com a maior brevidade. Para isso, é necessária adequação típica aplicável a essas condutas, com penalidades correspondentes aos danos sofridos pela vítima.

7 Dissonâncias acerca da Lei 12.737/12

Após anos de debate sobre a repercussão criminal de condutas praticadas no meio eletrônico, no dia 03 de dezembro de 2012, a presidente Dilma Rouseff sancionou a Lei 12.737/12, com o objetivo de preencher as lacunas existentes em relação à tipificação dos delitos informáticos. Estabeleceu no art. 4º uma “*vacatio legis*” de 120 dias a partir de sua publicação oficial, entrando em vigor no ordenamento jurídico brasileiro no dia 1º de abril de 2013.

Inicialmente, cumpre destacar que “legislar sobre a matéria de crimes na era digital é extremamente difícil e delicado, isso porque sem a devida redação do novo tipo penal corre-se o risco de se punir o inocente” (Pinheiro, 2013, p. 305). Ou, nessa mesma lógica, deixar impune o real infrator.

O principal objetivo da lei sob comento foi alterar os artigos 154, 266 e 298 do Código Penal Brasileiro. Dois desses novos tipos não representam propriamente uma inovação; são condutas já previstas que apenas encontram algo mais concreto na legislação brasileira.

O artigo 266 passou a punir quem interrompe ou dificulta o restabelecimento de serviço telemático ou serviço de informação de utilidade pública¹. Os serviços radiotelegráficos descritos no *caput*, com o passar do tempo, entraram em desuso. Diante disso, o dispositivo encontrava-se ultrapassado, e o legislador optou por acrescentar o serviço telemático e o de informação como de utilidade pública no tipo penal, considerando que atualmente os meios mais comuns de comunicação e transmissão de dados são os serviços telemáticos com ênfase para a informática.

Nesse contexto, é possível observar que:

[...] encontramos-nos diante de normal penal em branco que necessita de normativo complementar ao indefinido preceito primário, especialmente com o fito de evitar-se alargamento excessivo na punição do agente. Isso porque o conceito de serviço telemático não está definido/regulamentado, podendo ensejar debate acerca de sua precisão. Afinal de contas, considera-se no conceito de serviço telemático o provimento de acesso à rede ou a lei que restringi-lo à comunicação telemática e, pois, apenas a serviços de e-mail ou trocas de arquivos? O prejuízo a serviços de VoiP, como Skype ou assemelhados, inclui-se no tipo como serviço telefônico ou telemático?. (SYDOW, 2013, p. 285)

Acrescentou-se o parágrafo único ao art. 298², visto que “o legislador preferiu alterar o tipo falsificação de documento particular e gerou indiscutível tipicidade nas condutas modernas de modificação ou fabricação de cartões, satisfazendo os interesses dos particulares lesados e dos bancos violados.” (SYDOW, 2013, p. 287).

Neste sentido, a inclusão dos cartões de crédito ou de débito em equiparação, para fins penais, como documento particular, afasta qualquer dúvida em relação à aplicação do Código Penal nas condutas em que há cartões clonados, falsificação de numeração, entre

¹ Art. 266: Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento: Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (caput sem qualquer alteração).

² Art. 298: Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito.

outras alterações.

Convém ressaltar que, nas alterações dos artigos 266 e 298, ambos do Código Penal, o que se pretendeu foi abarcar condutas que antes, devido ao princípio da legalidade e pela proibição de analogia *in malam partem*, não geravam consequências penais em razão da inexistência de tipificação específica.

A grande questão advinda com a nova lei encontra-se no artigo 154-A, que prescreve o crime de “invasão de dispositivo informático”. *In verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:[...]

Preliminarmente, é mister observar que o núcleo verbal do tipo penal é “invadir” sem autorização do proprietário, ou seja, ingressar sem consentimento do titular. Conforme leitura do artigo supracitado, “não será punível, por este tipo penal, quem viola ou invade “dispositivo informático próprio” (BRITO, 2013), ficando excluídos aqueles que se utilizam do chamado *JailBreak*,¹. Tal conduta ilícita pode enquadrar-se na Lei 9609/98 (Lei de Software).

No tocante a “dispositivo informático alheio”, a problemática surge quando se está diante de uma rede em que o uso do dispositivo informático possui diversos acessos independentes e com diversos dados protegidos por senhas; assim, o titular do dispositivo não consegue acessar as informações de outros membros da família que estão protegidos por mecanismos de segurança.

Justamente em razão da ausência da característica “alheio”. Neste caso, o agente que acessa tais dados, em princípio, não incorre no crime descrito no art. 154A.

Ademais, indaga-se: “apenas o ato de invadir dispositivo informático já não é o bastante para caracterizar o delito?”

Conforme redação da Lei 12.737/12, não basta a invasão indevida, é necessário que o indivíduo tenha a intenção (dolo) de adulterar ou destruir dados/informações. Nesse sentido, Sydow (2013, p. 292) opina:

Acreditamos ser imprescindível que o dolo seja o de afetar dados ou informações específicas, bem como as mudanças em arquivos ocorridas com a mera finalidade de ingresso no sistema (por exemplo a leitura dos arquivos de *log* para descobrimento

¹ Processo que permite aparelhos com o sistema [iOS \(iPhone, iPod Touch e iPad\)](#) execute aplicativos não-autorizados pela fabricante [Apple](#).

da senha de acesso a uma determinada pasta), por si sós, não bastam para a caracterização do delito por serem meramente meio, e não finalidade do agente. Isso porque não restou como conduta tipificada o mero ingresso desautorizado sem finalidade específica. Vinculou o legislador a conduta de ingresso forçado à finalidade do agente acerca de dados ou acerca de vantagem.

E ainda, para a configuração deste delito é necessário que a invasão ocorra mediante violação de mecanismo de segurança do dispositivo informático. Ou seja, ausente um mecanismo expresso de segurança, a conduta é atípica, mesmo se aquele que pratica essa conduta não encontre obstáculo para a obtenção de vantagem. Dessa forma, a ausência de um mecanismo de segurança válido é suficiente para descaracterização do crime.

Não obstante, “não se tem até o momento a definição de mecanismo de segurança de modo uniforme; logo, acreditamos estar diante de norma penal em branco, que aguardará definições porvindouras.” (SYDOW, 2013, p. 293)

Como se não bastasse, a obtenção de vantagem ilícita tem relevância na invasão somente se o agente instalar vulnerabilidades no dispositivo alheio. Em outras palavras, se alguém ingressa num computador aberto, vulnerável por si só porquanto em página em que consta escrita informação de cunho confidencial e obtém vantagem ilícita, mesmo assim não é delito da segunda figura da invasão, porque não houve movimento instalação de vulnerabilidades (SYDOW, 2013, p. 300).

Vale destacar o entendimento de Milagre (2012):

A situação da redação é grave, pois estamos lidando com a liberdade de indivíduos, com o direito penal e seu principio da legalidade. Neste cenário, o agente que invade um sistema informático, **sem objetivo de obter, adulterar nem destruir informações, mas simplesmente de instalar aplicação ou código malicioso para capturar dados** bancários da vítima, como se verifica, não invadiu com escopo de “instalar vulnerabilidade”, mas “explorou vulnerabilidade” instalando código malicioso, logo, **não poderá ser punido pela novíssima lei 12.737/2012.** (grifo nosso)

Neste caso, ocorre mais uma falha normativa, tendo em vista que a privacidade continua sendo violada, mas o infrator não receberá a devida punição penal.

Além disso, a maior das penas prevista na lei em comento é de 3 anos¹, ou seja, permite-se a substituição por pena restritiva de direitos e, o comprimento em regime inicial semiaberto ou aberto.

¹ Art. 154-A [...] §3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:.

Portanto, na prática, acontecerá uma avalanche de novos processos para a justiça especial (quase todos os delitos permitem a aplicação da Lei 9.099/05)¹, devido à pouca pena, certamente ocasionada pela complexidade da redação elaborada, se, se falar do conseqüente e irrisório grau de reparação dos danos causados.

Destarte, trata-se de uma lei, sob a óptica atual, em desarmonia com a sistemática penal brasileira. Precisa, portanto, sofrer urgentes modificações.

Considerações Finais

Neste artigo, procurou-se abordar a questão da expansão da internet que, apesar de ser um valioso instrumento de informação, tornou-se espaço para ação de criminosos, os quais estão literalmente trocando armas por teclados de computador.

A chamada Sociedade da Informação sofre direta e diariamente com ataques virtuais praticados nesse meio eletrônico. Neste sentido, há a necessidade de um Direito Digital que permita a vinda de um sistema normativo capaz de disciplinar a matéria, bem como garantir uma interação em tempo real entre as pessoas espalhadas universalmente.

Impende salientar que os crimes contra a honra ou crimes de racismo não apresentam nenhuma dificuldade para serem enquadrados no arsenal já existente no Código Penal vigente. Isso já vem sendo feito por juízes e tribunais.

Outro aspecto completamente diferente são os crimes informáticos específicos, ou seja, de alta sofisticação, que exigem conhecimento técnico informático, como as pescarias virtuais (*Phishing-scam e Phishing*), os quais têm gerado grandes prejuízos individuais, coletivos e corporativos. Estes tipos de crime exigem a tipificação, pois deverá ser sempre resguardado o Princípio da Legalidade, para que o infrator não seja beneficiado, caso sua conduta não seja reconhecida como ilícita. E, acima de tudo, que não fique impune o autor do fato.

A Lei 12.737/2012 surge como primeira providência relacionada aos delitos informáticos. Com a redação legislativa confusa e de difícil aplicabilidade prática, colocou o Brasil no rol dos países que possuem alguma legislação sobre o crime informático. Infelizmente, muitos crimes informáticos específicos ainda não foram aprovados, pois se encontram em processo de projeto legislativo.

¹ Lei que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Um ataque cibernético não é algo previsto no Código Penal de 70 anos atrás. Assim, deve-se ter em mente que o homem não está diante de dois mundos díspares: um cibernético e outro real. O homem vive num único mundo, no qual as pessoas têm direito à igualdade e à liberdade, bem como a viver com dignidade.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, R. C. **A criminalidade informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

BITTENCOURT, A. B. **Informática jurídica: o ciberdireito**. Rio de Janeiro: RT, 2000.

BOBBIO, N. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus** n. 61512. Relator: Min. Gilson Dipp. Rio de Janeiro, 05 fev. 2007.

BRITO, A. **Análise da Lei 12.737/12 – Lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <www.atualidadesdodireito.com.br/aurineybrito/2013/04/03/analise-da-lei-12-73712-lei-carolina-dieckmann> Acesso em: 28 ago. 2014

CAVALCANTE, M. A. L. Primeiros comentários à lei 12.737/2012, que tipifica a invasão de dispositivo informático. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br/2012/12/primeiros-comentarios-lei-127372012-que.html> Acesso em: 30 ago. 2014.

JESUS, D. E. **Direito penal: parte geral**. 16 ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAU, M. **Análise das fraudes aplicadas sobre o ambiente Internet Banking**. Dissertação (Mestrado em Sistemas Eletrônicos) São Paulo: Instituto de Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3142/tde-19092006-164238>. Acesso em 05 ago. 2014.

MILAGRE, J. **Lei Dieckmann (12.737/12) e a invasão com objetivo de instalar vulnerabilidades**. Disponível em: <<http://josemilagre.com.br/blog/2013/05/12/lei-dieckmann-12-7372012-e-a-invasao-com-objetivo-de-instalar-vulnerabilidades/#sthash.880kJyR.dpuf>> Acesso em: 09 ago. 2014

NUCCI, G. S. **Manuel de direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

Norton Cybercrime Report. Disponível em: <<http://now-static.norton.com/now/en/pu/images/Promotions/2.PDF>> Acesso em: 09. ago. 2014

PINHEIRO, P. **Direito Digital**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROQUE, S. R. **Criminalidade informática: crimes e criminosos do computador**. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

SIMON, C. A. P. Scam, phishing e pharming: as fraudes praticadas no ambiente Internet Banking e sua recepção no Brasil. **Alfa-Redi**: Revista de Derecho Informático. n. 105. abr. 2007. Disponível em: <www.alfaredi.org/rdi-articulo.shtml?x=9077> . Acesso em: 06 ago. 2014.

SYDOW, S. T. **Crimes Informáticos e Suas Vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2013

TERCEIRO, C. F. V. R. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3186>>. Acesso em: 9 ago. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A CHAMADA “RELATIVIZAÇÃO” DA COISA JULGADA MATERIAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS EM JUÍZO

*Lucas Felix Wanderley¹
Ricardo Alex Ribeiro Ananias²*

Resumo: Sob a perspectiva de direito constitucional, sabe-se que as garantias fundamentais e direitos inerentes à pessoa não se deram de uma só vez, mas são fruto de um longo processo evolutivo. Pontuamos que, mais atualmente, há uma avalanche de discussões acerca das peculiaridades que giram em torno dos interesses transindividuais ou metaindividuais, discussões estas que apesar de evidentes não tornam os interesses transindividuais recentes em nosso ordenamento jurídico, já que estes sempre existiram. Não é de hoje que o direito se preocupa em tutelar os interesses de classes, grupos ou categorias de pessoas, e, apesar de tal feita, são poucos os instrumentos processuais que demonstrem considerável eficácia na tutela destes interesses. Desforra, vislumbra-se aqui uma visão um tanto quanto tímida, objeto de muito crítica entre os doutrinadores processualistas e constitucionalistas. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que busca a identificação de possíveis falhas dos instrumentos de tutela coletiva, bem como apontamentos relevantes em sede de ondas renovatórias do processo e inovações legislativas especificamente no que tange à possibilidade de relativização da coisa julgada material em benefício de coletividades.

Palavras-Chave: Relativização da Coisa Julgada. Direitos Transindividuais. Tutela Coletiva. Eficiência.

Introdução

Tomando como base um precedente do Supremo Tribunal Federal, qual seja o Recurso Extraordinário 363889, esta pesquisa tem como escopo observar com agudeza qual a tendência jurisprudencial e doutrinária sobre a possibilidade de ampliação dos efeitos de uma determinada sentença, visualizando a órbita dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange as garantias transindividuais.

Apesar de o ordenamento jurídico não dispor sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, velando assim pela segurança jurídica das decisões, previsão esta

¹ Graduando do 4º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul/ UEMS – Naviraí/MS. Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/7160613185853585>. E-mail: lucaswanderley11@hotmail.com

² Graduando do 4º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul/ UEMS – Naviraí/MS. E-mail: ricardo.ananias@gmail.com

consignada no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, a decisão de um magistrado deve pautar-se não só por critérios objetivos, mas por estes e outros princípios que norteiam o arcabouço de preceitos legais como a verdade real, a dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, que a justiça das decisões seja garantida por meio da ação, visão esta trazida pela sistemática Neoconstitucionalista.

Desenvolvimento

Localização dos Direitos Transindividuais.

Quando falamos em direitos ou interesses transindividuais, mister se faz singularizar cada uma de suas categorias, de modo a proporcionar ao leitor uma melhor compreensão sobre a temática.

Com a evolução dos direitos e sua divisão em dimensões, surge uma nova sistemática na divisão dos interesses até então consagrados, logo a praxe sempre foi dividir os direitos em públicos ou privados, não que seja o correto já que

[...] apesar de colocarmos o Direito Constitucional dentro do ramo do direito público (fundamental), devemos alertar que, modernamente, vem sendo dito que o direito é uno e indivisível, indecomponível. O Direito deve ser definido e estudado como um grande sistema, em que tudo se harmonizano conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de conveniência acadêmica. (LENZA, 2012, p.53).

Aceitando a classificação dicotômica, meramente para fins didáticos, é oportuno identificar onde os direitos transindividuais se localizam. Levando em consideração a clássica bicotomia atribuída modernamente a Jean Domat, não seria correto incluir os direitos metaindividuais em uma dessas categorias, uma vez que não são totalmente públicos nem exclusivamente privados, o modo mais aceito é aloca-lo entre elas, ou nas brilhantes palavras de Cappelletti (1988, p. 10), não de forma literal, situá-los no profundo abismo entre o público de um lado e o privado de outro. Vale destacar os apontamentos feitos mais uma vez por Cappelletti (1975):

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os

membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que **excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.** (grifei)

Como espécies do gênero transindividuais existem subcategorias, como os interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos. Cumpre destacar que a conceituação desses direitos não será objeto deste estudo, mas tão somente a amplitude de seu alcance, bem como sua eficácia. Tracemos um breve conceito como objeto de suporte à compreensão.

a) Interesses Difusos

São categorias de interesses ligados a um número indeterminado de pessoas e o bem que se tutela não pode ser fracionado, caracterizando sua indivisibilidade, assim como os direitos ligados ao consumidor, o preservacionismo ambiental, a proibição de cláusulas futuras, dentre tantos outros. São para Mazzilli (2009, p. 53) como “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhado por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.

b) Interesses Coletivos

Tais direitos pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas, ligadas por um vínculo um pouco mais restrito que os direitos difusos, já que estes são mais abrangentes e alcançam uma quantidade indeterminável de pessoas. O seu alcance atinge número determinado ou determinável de pessoas, ligadas pela mesma relação jurídica básica de modo que o bem jurídico tutelado é indivisível, ou seja, não pode ser fracionado a cada integrante do grupo lesado.

[...] Nessa acepção larga é que a Constituição se referiu a direitos coletivos em seu Título II, ou a interesses coletivos em seu art. 129, III; ainda nesse sentido é que o próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC) disciplina a ação coletiva, que se presta não só a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também à defesa de direitos difusos e individuais homogêneos. (MAZZILLI, 2009, p. 54)

Valemo-nos do exemplo dado por Mazzilli (2009, p.54), em que numa cláusula ilegal em contrato de adesão a ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula

envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo grupo lesado. Veja que no exemplo dado o objeto da tutela não pode ser fracionado, assim uma pessoa que possui mais de uma cota não será beneficiado em dobro mas de igual modo.

c) Interesses Individuais Homogêneos

Para o Código de Defesa do Consumidor (CDC), interesses individuais homogêneos são aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem prejuízo divisível, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato. Exemplifica-se o fato de várias pessoas, determináveis, que ao adquirir um carro em uma concessionária estes veículos se encontrem com o mesmo defeito de série. Neste caso, cada integrante do grupo lesado terá direito divisível à reparação devida.

A Chamada Relativização da Coisa Julgada Material nas Ações Coletivas.

Algumas vezes na doutrina constitucionalista buscaram classificar os direitos fundamentais em gerações, ou como outros preferem dimensões, trazendo uma perspectiva de evolutividade, no sentido de que os direitos conquistados não se anulariam, mas se aglutinariam com outros direitos. Com a sistematização do que chamaram direitos de terceira dimensão, transindividuais ou metaindividuais, os quais carregam em seu bojo um sentido peculiar de classificação, a ordem normativa careceu de métodos garantísticos, uma vez que não existiam instrumentos processuais de tutela coletiva no Código Buzaidiano de 1973, nome pelo qual ficou conhecido o Código de Processo Civil.

Apesar de já ter sido registrado, cabe salientar, preliminarmente, que como bem observa Mauro Capelletti (1988, p.10) os direitos transindividuais estariam no profundo abismo entre o público de um lado e o privado de outro, ou seja, não seriam totalmente públicos nem puramente individuais, mas dotados de uma peculiaridade *sui generis*, como é o

caso do preservacionismo ambiental e os direitos do consumidor (art. 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988), por exemplo.

Depois de algumas experiências observadas e vivenciadas no âmbito da tutela coletivo, como é o caso do Código Coletivo instituído pelo Instituto ibero-americano de direito processual em 2004 e no ordenamento pátrio desde 1934 com o surgimento da ação popular, o poder legislativo tentou em Agosto de 2005 um anteprojeto de lei prevendo um Código Brasileiro de Processos Coletivos o qual “caiu” nas casas legislativas, porém não foi adiante.

Ao passo que as constituições brasileiras acompanharam essa tendência, pelo menos de modo programático, a técnica legislativa também buscou fornecer métodos e mecanismos que garantissem essa visão evolutiva, anulando, destarte, a evolução reacionária.

No âmbito da tutela coletiva, além da ação popular, vislumbramos a Ação Civil Pública, disciplinada pela lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, muito, entretanto não há nenhum sistema unificado de normas que disponha sobre procedimentos, bem como efeitos da sentença nas ações coletivas, tipificando situações e unificando o entendimento sobre o mesmo fato, o que se sabe é que quando se fala em direitos coletivos, especificamente no que tange aos efeitos da sentença em um processo coletivo, evidentemente esta sentença deveria, sob a perspectiva de acesso à justiça, ser de caráter geral, para todas as classes de pessoas que se encontrem em uma mesma situação fática, ou seja, oponível *erga omnes*.

Uma das ideias trazidas por uma parte da doutrina é a possibilidade de relativização da coisa julgada material, buscando unificar entendimentos que se opõem sobre um mesmo fato. Um dos pontos cruciais dos estudos de Marinoni (2008, p.3) é justamente

[...] a falta de critérios seguros e racionais para a relativização da coisa julgada material que poderia resultar em sua “desconsideração”, fazendo pairar no ordenamento jurídico um estado de incerteza e injustiça, para o autor esse é o principal ponto negativo de uma possível relativização.

Neste sentido, faz emergir o caráter, em tese, absoluto que a coisa julgada teria, revelando com precisão e profundidade as possíveis consequências de um sistema jurídico instável. Urge salientar que, ainda sobre a chamada “relativização” da coisa julgada, esta se sustenta a partir de três princípios: o da proporcionalidade, o da legalidade e o da instrumentalidade.

[...] No exame desse último, se sublinha que o processo, quando visto em sua dimensão instrumental, somente tem sentido quando o julgamento estiver pautado pelos ideais de Justiça e adequado à realidade. Em relação ao princípio da legalidade o autor afirma que deve este ser exercido nos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, elencando ainda não ser possível conferir a proteção da coisa julgada a uma sentença que extrapola ou que não corresponde ao direito positivado, ou seja, a sentença deve obedecer ao princípio inerente à jurisdição denominado correlação. (MARINONI, 2008, p.4)

Resta ponderar que, em sede do princípio da proporcionalidade, a coisa julgada apenas um dos valores tutelados constitucionalmente, não podendo, deveras, prevalecer sobre outros valores que possuem o mesmo ou superior grau hierárquico.

Outro aspecto interessante, relativo ao âmbito do processo coletivo, trazido por Leal (2014, p. 6-11) é a abrangência da coisa julgada nas ações de interesse coletivo (art. 81, parágrafo único, inciso II, CDC), logo será *ultra partes*, com abrangência ao grupo, classe ou categoria titular do interesse. Em suma, determinado indivíduo que compartilhe de situação comum (coletiva) mas que resolva adotar uma via individual de buscar tutela jurisdicional não poderia se beneficiar da tutela coletiva de procedência, tendo em vista a improcedência do seu pedido mediante o que se demonstra totalmente desproporcional.

Considerações Finais

Não restam dúvidas que, por mais que a técnica legislativa tenha desenvolvido microssistemas de tutela coletiva, como é o caso do Código de Defesa do consumidor, por exemplo, é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de instrumentos de tutela coletiva, que proporcionem não só o acesso ao judiciário, mas o acesso à justiça das decisões, de modo seguro e objetivo sem causar instabilidade à ordem jurídica.

Referências bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1032.htm>> Acesso em 24/03/2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEAL, Luciana de Oliveira. **A coisa julgada nas ações coletivas.** Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=cce8be67-3e36-49f5-912b-219abbae66ea&groupId=10136> Acesso em 24/03/2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENTURI, Elton. Processo Civil Coletivo. **A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil.** São Paulo: Melheiros, 2007.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A IMPARCIALIDADE DO JUIZ FRENTE ÀS REDES SOCIAIS

*Larissa Rockenbach*¹
*Antônio Leonardo Amorim*²

Palavras-Chaves: Juiz; Redes – Sociais – Suspeição

Introdução

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) prima pela instrumentalidade e justiça no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual, faz certas ressalvas visando garantir a imparcialidade de quem julga a lide. Nesse sentido, os artigos 134 e 135 do CPC trazem as causas de impedimento e suspeição do juiz, momentos em que o magistrado deverá ser afastado da lide, bem como ser determinado outro magistrado para o julgamento da causa.

Diante do que preconiza os referidos artigos, principalmente o art. 135 e seu inciso I, o qual traz a suspeição do juiz que julga a ação de um amigo íntimo ou de um inimigo capital, é que se desenvolverá este artigo, fazendo-se a distinção dos momentos em que serão e os que não serão aplicados a referida norma no que tange as redes sociais.

Desenvolvimento

Os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil trazem em sua redação as causas de impedimento e de suspeição, qual sejam:

Art. 134 - É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

¹ Acadêmica do 3º ano do curso de Direito da UEMS unidade de Naviraí.

² Acadêmico do 3º ano do curso de Direito da UEMS unidade de Naviraí.

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único - No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135 - Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo. (BRASIL, 2014).

Assim, diante do disposto nos mencionados artigos, especialmente no que tange ao inciso primeiro do artigo 135, o qual dispensaremos nossa atenção, considera-se suspeito o juiz que possui amizade íntima ou inimizade capital com qualquer das partes, nesse caso, “(...) quando o juiz é afastado do processo por motivo de impedimento ou suspeição, o processo não se desloca de juízo (foro, vara, tribunal etc.). Apenas o julgador, dentro do mesmo órgão, é que é substituído.”(JUNIOR, 2010, p.393). Entretanto, necessário se faz o esclarecimento a respeito de quais amizades do juiz podem ser consideradas íntimas:

Amizade íntima é um sentimento de estima e de fiel afeição e ternura entre pessoas que não são da família ou que mantêm uma relação ou atração sexual (é claro que parceiros amorosos também possuem características da amizade, mas o que principalmente os liga é mais do que este sentimento de estima – é a paixão, o amor). Convém não aprofundar nesta parte final, pois o foco seria absolutamente outro. (LIMA, 2014).

Considerando a distinção acima realizada, ficam claras as situações em que a amizade será íntima, todavia, recentemente, principalmente após a explosão tecnológica dos últimos tempos, questionamentos vêm sendo levantados a despeito das amizades nas redes sociais, se essas amizades incidem ou não no artigo 135 do CPC.

As redes sociais são meios de comunicação e interação entre as pessoas que vêm cada vez mais fazendo parte da rotina diária, uma vez que mantem-se um contato com amigos distantes, até mesmo os próximos, bem como a possibilidade de se ter amigos novos e dos mais variados lugares. Entretanto, o questionamento feito é se somente a amizade existente por meio de perfis nas redes sociais já seria suficiente para caracterizar a suspeição do magistrado no julgamento das causas que envolvam aquela pessoa.

Quanto a esse questionamento, o entendimento é de que somente a amizade por redes sociais não seria um meio hábil para caracterizar a suspeição de um magistrado, promotor, serventuário e etc., ou seja:

Só por esta expressão - amigo íntimo - já se poderia excluir a obrigatoriedade de um juiz (ou o tribunal) declarar-se suspeito diante, por si só, de uma relação na rede social, pois, como visto, o que vincula à suspeição é “amizade íntima”. Note a qualificação, a qualidade, o adjetivo. Não é qualquer amizade e, muito menos, a somente decorrente de uma rede social que torna um juiz suspeito. (LIMA, 2014.)

Não obstante, certas ressalvas devem ser feitas quando a suspeição do magistrado pelas redes sociais, uma vez que tantos amigos íntimos quanto ‘amigos’ de rede social estão no rol de amigos do perfil, sendo imprescindível a distinção daqueles que são meros seguidores, colegas, alunos de classe ou mesmo amigos de amigos, uma vez que uma pessoa pública pode possuir um comportamento mais amigável e prestativo, não nos parecendo lógico impedir que um juiz não possa ter seus alunos como ‘amigos’ em seu perfil pelo simples fato de sua profissão o impedir.

No mesmo sentido tem entendido a jurisprudência:

EMENTA: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. JUIZ PROFESSOR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE PROVA DA PARCIALIDADE DO JUIZ EXCEPTO. REJEIÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 135 DO CPC. 1 - O fato de ser o juiz da causa (excepto) professor de instituição superior de ensino, que figura como uma das partes no processo, não configura, por si só, motivo suficiente para considerar suspeito o juiz da causa, se outros motivos não demonstram esta presunção, principalmente porque o interesse no julgamento a que faz alusão o art. 135 do CPC deve ser explícito e não presumido. 2 - Assim, não evidenciado, na espécie, quaisquer das hipóteses legais, reputa-se infundado o oferecimento da exceção de suspeição, razão pela qual a sua rejeição é medida que se impõe. 3. EXCEÇÃO DESUSPEIÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO : Acorda o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela Terceira Turma Julgadora de

sua Quinta Câmara Cível, à unanimidade de votos, julgar improcedente a exceção, tudo nos termos do voto da Relatora. (BRASIL, 2014).

Dessa forma, tanto a jurisprudência quanto a doutrina tem entendido que somente a amizade nas redes sociais não basta para caracterizar a suspeição do magistrado, obrigando-se aquele que alega comprovar o real vínculo de amizade íntima existente entre a parte e o juiz.

Conclusão

Diante do exposto, resta claramente demonstrado que o simples fato do juiz manter em seu perfil na rede social um grande número de amigos, nem todos poderão ser considerados amigos íntimos a ponto de interferir no julgamento da causa, cabendo a parte que alega a suspeição comprovar incisivamente o vínculo entre o magistrado e a parte, sendo essa uma forma de se manter até mesmo o bom andamento do processo, haja vista que se a suspeição se estendesse a todos os amigos das redes sociais, dificilmente se encontraria um juiz minimamente competente para si julga determinadas ações, uma vez que se determinado juiz for professor em mais de uma instituição de ensino superior, muitas causas poderão estar relacionadas aos seus alunos.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0134a0138.htm>. Acesso em: 28 ago 2014.

JÚNIOR, H. T. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Acórdão nº23/2010**. Quinta Câmara Cível. Relator: Elizabeth Maria da Silva. Disponível em

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/10793998/pg-53-secao-i-diario-de-justica-do-estado-de-goias-djgo-de-30-06-2010>>. Acesso em 28 ago 2014.

LIMA, R. M. de. **Tiras de Processo Civil**. As redes sociais, a relação aluno-professor e a (não) suspeição do juiz ou do membro do ministério público. Disponível em:

<<http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/arquivos/1350846622.pdf>>. Acesso em 28 ago 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



O EXCESSO DE JURIDIQUÊS NA TERMINOLOGIA E NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO FORENSE

*Jakeline Belloto Eller Campanholi*¹

Resumo: Este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de questionar o excesso de uma linguagem jurídica rebuscada e confusa utilizada pelos operadores do direito para demonstrar conhecimento. Linguagem esta que dificulta a comunicação entre os operadores do direito e os que buscam a justiça. Os operadores do direito se esqueceram da linguagem técnica que é clara, objetiva e compreensível para fazer uso de uma linguagem arcaica, confusa e obsoleta que prejudica o bom desenvolvimento da justiça. Mediante pesquisa bibliográfica pretende-se levar os operadores do direito a uma análise crítica quanto ao tema para que assim desenvolvam e melhorem a linguagem utilizada no exercício de suas funções, e, desta forma consigam alcançar o objetivo principal do direito: dirimir conflitos, dizendo o direito.

Palavras-chave: Linguagem Jurídica. Direito. Comunicação. Juridiquês.

Introdução

O direito é uma ciência presente no cotidiano das pessoas, mesmo que estas não utilizem efetivamente o judiciário, pois todos os acontecimentos se encaixam em algum ramo do direito. A linguagem é utilizada pelo direito para permitir a comunicação entre o operador e o utilizador do direito. Essa linguagem deveria ser clara e objetiva; entretanto, o que se pode notar é que muitos preferem uma linguagem rebuscada conhecida como juridiquês.

O juridiquês dificulta o entendimento de petições, decisões ou de sentenças prolatadas pelos operadores do direito, deixando assim de ser uma ciência interdisciplinar, e de certa forma, dificultando o acesso à justiça.

Nesse sentido, os operadores do direito devem cultivar o estudo da língua portuguesa, afinal, ele contribuirá efetivamente para que o direito seja mais acessível a todos. Evidentemente, faz-se necessário o conhecimento da história da linguagem técnica, assim

¹ Aluna do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí MS.

como dos brocardos que ainda hoje são utilizados no meio jurídico. Entretanto, eles não podem infestar toda a argumentação do operador.

Convém dizer que o presente trabalho não visa acabar com juridiquês, mas tem como objetivo levar os operadores do direito a pensarem na finalidade de seus textos e suas argumentações e se de fato estão atingindo o objetivo que é a compreensão por parte dos que se valem do judiciário.

1. Linguagem Jurídica

A comunicação pela linguagem é instrumento essencial nas relações humanas; entretanto, não se sabe afirmar com exatidão quando ela surgiu, ou quando foi desenvolvida. Pela tradição judaico-cristã, sabe-se que a primeira explicação sobre a origem da linguagem está na forma como Deus teria dado a Adão uma língua capaz de dar nomes a todos os seres que existissem no céu e na Terra. No princípio era uma só língua, pois a sociedade era mínima.

Acreditando-se nessa hipótese religiosa, há também de se crer que a diversidade linguística surge no período da construção da torre de Babel quando os homens teriam tentado construir, pelas próprias mãos, um jeito de se chegar aos céus onde Deus morava. Mas o Todo poderoso, vendo a soberba dos homens, resolve confundi-los fazendo com que não mais se compreendessem pelo fato de, repentinamente começarem a falar línguas distintas. Como não se entendiam, os construtores abandonaram a obra deixando-a inacabada e se espalharam pelo mundo. Posto isso, pode-se afirmar que a confusão linguística da Babel bíblica é a metáfora dos desentendimentos entre os homens e entre os povos.

Por sua vez, o filósofo Rousseau (1712-1778) defende a teoria de que, devido à necessidade de exprimir ideias e sentimentos, a linguagem humana evoluiu gradualmente das formas mais simples até as formas mais complexas e abstratas. No entender daquele pensador, a forma mais simples de comunicação foi o "grito", modo natural de contato e de implorar socorro.

Durante muitíssimos séculos, e com a evolução humana, a comunicação entre os homens foi se moldando, se modificando, passando de simples gestos desenvolvidos para coordenar caçadas ou guerras entre as tribos rivais, até se alcançar uma comunicação das ideias mediante uma língua própria de cada povo. De fato, por exigência e convenção do meio

social, multiplicaram-se as palavras, que foram ficando cada vez mais numerosas, formando signos linguísticos organizados em enunciados mais extensos, mais expressivos e determinados.

Convém insistir que cada povo desenvolveu linguagem própria, incluindo-se expressões faciais, gestos, posturas, assobios, sinais de mão, desenhos, e bem mais tarde, a escrita. Ora, foi dito que língua é convenção social, isto é, um contrato implícito de cada grupo social. Assim, cada “tribo” desenvolve sua própria comunicação convencional, que se torna mais e mais particular, e resultou que a comunicação linguística com “os de fora” não era possível por haver muitas tribos e muitas línguas diferentes entre si. Por conseguinte, cada povo tinha de “aprender” a língua do povo vizinho para se relacionarem, normalmente nas trocas mercantis. Cada comunidade linguística estabelece um código de comunicação, desenvolvendo, assim, uma língua padrão, um universo semiótico.

Posta assim a questão, depreende-se que, a partir do momento em que a evolução conduziu o homem para a vida em sociedade, a linguagem falada tornou-se a mais necessária e a mais utilizada das linguagens. Para tanto, os interlocutores deviam envidar esforços para mutuamente se entenderem pela linguagem articulada.

Mutatis mutandis, com o Direito não é diferente pois também, possui uma linguagem própria para transmitir seus conhecimentos. Trata-se de uma linguagem de especialidade ou linguagem técnica, que deve ser empregada sempre que necessário por exercer a função político-social. Por possuir características técnicas fundamentais como generalidade, alteridade e precisão terminológica, o texto jurídico envolve comunicação clara e concisa a quem se destina a mensagem.

A exigência de adequação da linguagem à comunicação e compreensão dos textos técnicos deve ser vista, não apenas como obrigação imposta aos operadores do direito, mas também como necessidade de comunicação rápida, eficaz e concisa, sobretudo, para atender à necessidade de todos os cidadãos que buscam seus direitos.

É necessário, pois, que os operadores do Direito dominem o código linguístico para desenvolverem o saber jurídico, e assim, construïrem um discurso que venha convencer e persuadir o julgador a respeito da verdade que se deseja provar. Entretanto, o que, infelizmente, ainda hoje se vê é o excesso e o abuso do juridiquês, como assevera Campos (2005) *in verbis*:

O anacronismo da linguagem jurídica, afirmando que a linguagem com expressões rebuscadas deve ser repensada, muitos operadores do Direito utilizam expressões arcaicas e rebuscadas. Alguns juristas ainda acreditam que falar e escrever difícil demonstra cultura. O falar difícil seria resultado de uma postura antiga dos advogados, que assim garantiam o status, o papel de "doutores" na sociedade, assim como a formalidade de um terno impõe um certo respeito e distanciamento maior.

Nessa vereda, observa-se que o apego de muitos profissionais do Direito pela linguagem excessivamente rebuscada limita o acesso à informação, pois não alcança o principal interessado da lide. Em verdade, as palavras do operador do direito devem ser pensadas, medidas e empregadas de forma técnica, mas simples, de modo a traduzir com fidelidade o pensamento e o raciocínio. Isso não significa, evidentemente, pobreza de vocabulário, mas a capacidade de expressar um vocabulário fecundo, termos jurídicos adequados, mas sem excesso. É o ensinamento de Maciel (2007 pag. 205) ao afirmar que,

[...] a maioria das petições advocatícias, estão recheadas de citações e repetições desnecessárias. Há transcrição exagerada de textos de leis, doutrinas e jurisprudências. Desconsidera o advogado, que um par de teses favoráveis ao seu pedido já é suficiente. O juiz nunca lerá integralmente uma petição extensa. Para conseguir despachar inúmeros processos diariamente, é obrigado a dispensar o supérfluo e se ater apenas ao essencial. Ao exagerar em citações, o peticionário estará somente desperdiçando tempo e engrossando os autos processuais. A economia textual é palavra de ordem na órbita da justiça e elemento mor para a celeridade dos processos. Ater-se ao formalmente necessário é meia causa ganha pelo profissional do direito.

Verdade seja dita que o juiz naturalmente não lerá uma petição de mais de 20 páginas. Portanto, não há necessidade de se fazer algo dessa magnitude nas peças forenses no intuito de exibir erudição linguística ou, nem mesmo, o direito pretendido. Deve, sim, imperar o princípio de economicidade processual no mundo jurídico. Não há como negar que a aridez terminológica, a frieza técnica e a preocupação com a clareza devam ser uma constante na verdadeira linguagem processual. Tudo deve ser escrito de modo objetivo, claro, em obediência à lógica e à precisão dos conceitos, eliminando-se indesejáveis filigramas verbais, rebuscamentos de estilo, floreios literários, invencionices verbais e períodos tortuosos. Evidentemente, nem por isso o advogado ficará impedido da elegância verbal e do bom estilo

peçoal. Entretanto, muitos livros forenses ainda pecam, mantendo o excesso de juridiquês como demonstração de altos conhecimentos jurídicos.

De fato, a linguagem específica do Direito está consagrada pelo seu contexto histórico. Nesse sentido, a linguagem do século XX não se diferencia muito da utilizada no século XIX, mantendo-se respeito ao legado de tradição imemorable. Por tais razões, não se pode afirmar que seja arcaica. Convém ressaltar que nem tudo o que é antigo, é arcaico, conforme exemplifica Petri (2008, pag. 39):

A presença de um termo velho ou mesmo antigo num texto de lei em vigor ou num aresto recente não é suficiente para taxá-lo de arcaísmo. O arcaísmo não aparece senão a partir do momento em que um fato de linguagem (termo ou torneio) que é supostamente anterior a uma mutação jurídica e/ou linguística perde, pelo fato desta mudança, a força que tinha o início do uso, para cair mais ou menos rapidamente em desuso.

Pode-se afirmar que não há perdas de expressões para o Direito, posto que são raros os casos de desuso, pois os juristas continuam conservadores, como afirma Petri (2008, pag. 34) *in verbis*:

A impressão de arcaísmo que o leigo experimenta advém, muitas vezes, porque a linguagem jurídica, para designar coisas correntes, continua a empregar termos que não são mais do uso corrente, mas essa impressão não procede quando a linguagem jurídica emprega, para designar as coisas jurídicas, os termos de precisão que não tem nenhum equivalente no léxico geral, por exemplo, enfiteuse, anticrese, etc. A raridade do seu emprego, mesmo entre os juristas, não é índice de seu desuso, mas somente efeito da raridade de suas aplicações.

Por outro lado, apesar de lenta, a evolução também ocorre na linguagem jurídica. Afinal, o mundo globalizado em que se vive hoje faz com que as informações cheguem mais rapidamente aos seus destinatários. Por isso, mesmo os conservadores se veem obrigados a utilizar a novíssima linguagem técnica, sobretudo da *mídia*.

Não se pode perder de vista que a atividade jurídica exerce muita fascinação, pois, vinculada aos títulos de juizes, desembargadores, membros do Ministério Público e advogados, ressumbra prestígio exagerado. Verdade seja dita que isso acontece porque esses profissionais têm vasta cultura geral e dominam o conhecimento de mais de trezentos artigos, um emaranhado de centenas de milhares de leis de cuja interpretação depende todo o

conhecimento das relações sociais, políticas e econômicas. Por tais razões, a linguagem técnica evidencia o extremo poder que o universo jurídico representa.

Conclui-se, pois, que aqueles que se utilizam da linguagem jurídica devem estar atentos e conscientes da necessidade de redigir um texto claro, objetivo, sem prolixidade, argumentando-se de forma concisa e sem redundâncias a fim de seja obtida uma comunicação mais eficiente. Consequentemente, o objetivo principal da justiça será alcançado e o interessado pela lide pode compreender o que foi decidido ao seu favor, ou não.

A necessidade de se fazer compreender é tamanha que a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania aprovou em 30 de junho de 2010 o projeto de lei nº 7.448 da deputada Maria do Rosário do (PT-RS) a intenção do projeto e garantir que as sentenças judiciais sejam claras à população, o projeto de lei visa a alteração da lei nº 5869 de 11 de janeiro de 1973 do código Civil em seu artigo 458, e este ficaria desta forma com a nova redação:

Art. 458

IV — a reprodução do dispositivo da sentença em linguagem coloquial, sem a utilização de termos exclusivos da Linguagem técnico-jurídica e acrescida das considerações que a autoridade Judicial entender necessárias, de modo que a prestação jurisdicional possa ser plenamente compreendida por qualquer pessoa do povo.

Os demais incisos e parágrafos reforçam a necessidade de tradução de expressões latinas ou em outras línguas, para que desta forma o interlocutor possa compreender o texto sem a necessidade de intervenção de um técnico autorizado, ou seja, o advogado, como faz-se exposto em sua justificativa:

Embora não se desconsidere a importância do Advogado enquanto interlocutor técnico autorizado, o Estado tem o compromisso político de dirigir-se diretamente ao cidadão que o procura para a solução de uma Lide. Nesse passo, deve-se considerar que o Direito, de forma corriqueira, utiliza-se de linguagem normalmente inacessível ao comum da população, apresentando, no mais das vezes, um texto hermético e incompreensível. Assim, de pouco ou nada adianta às partes a mera leitura da sentença em seu texto técnico.

Infelizmente o projeto de lei atualmente encontra-se arquivado na Câmara de Deputados desde 17 de dezembro de 2010, e sem previsão de voltar à pauta de votação, apesar de sua redação final haver sido aprovada com unanimidade pela mesa da Comissão. Podendo ser assim considerado um atraso no desenvolvimento de uma linguagem coloquial porém acessível.

Considerações Finais

Este trabalho surgiu após a percepção da necessidade de conhecimento técnico para a evolução e aplicação adequada da linguagem jurídica, pois a linguagem jurídica esmerada, adequada e correta é imprescindível aos operadores do direito.

Durante a academia, o estudante deve ter tal preocupação, afinal muitos mestres demonstram claramente uma tendência ao uso exagerado do juridiquês, e alguns estudantes encontram dificuldade de compreender e de se expressar em juridiquês. Em geral, não identificam o motivo desta dificuldade. É por tais razões que o acadêmico deve envidar esforços para sanar as lacunas causadas por um ensino deficiente, visando sempre ao domínio do bem dizer o Direito. A academia deve alertar o estudante a respeito da importância do tema e proporcionar atividades que possam desenvolver e sanar qualquer deficiência na área, pois formação deficiente gera aplicação deficiente. O vocabulário é a expressão da personalidade do homem. O conhecimento jurídico bem como domínio linguístico são de capital importância aos operadores do Direito.

Por sua vez, a linguagem técnica e específica deve ser empregada de modo que não impeça alcançar o objetivo de se fazer entender pelos que recorrem à justiça. Assim, o operador do Direito deve servir de instrumento para realização da prestação jurisdicional, demonstrando respeito aos demais cidadãos que não possuem o conhecimento técnico necessários do Direito.

Referências Bibliográficas

BITTAR, E. C. B. **Linguagem Jurídica**. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.
BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/>.
Acesso em 20 Jun.2014.

CAMPOS, Héli de Maria dos Santos. **Contra o anacronismo**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 14 abr. 2014.

DAMIÃO, R. T.; HENRIQUES, A. **Curso de Português Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FLORIN, J. L. **Linguagem e Ideologia**. Introdução ao Pensamento de Bakhtin. São Paulo: Ática, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUIMARÃES, F. **Realidade do direito como linguagem**: o discurso jurídico e suas espécies. Disponível em: <www.evocati.com.br/>. Acesso em: 17 abr. 2014.

MACIEL, Roger Luiz. **Linguagem Jurídica**: é difícil escrever direito? Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 17 abr. 2014.

NASCIMENTO, E. D. **Linguagem Forense**: a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1992.

PETRI, M. J. C. **Manual de Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2008.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



LEI COMPLEMENTAR 135/2010: PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E MORALIDADE COMO CONDIÇÕES AO EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO

*Leonardo Oliveira Pereira*¹
*Maria Helena Marques Vieira*²

Resumo: No campo jurídico o homem, sujeito de direitos e deveres, surge como fenômeno da realidade, interage com o mundo e se desenvolve. O Direito, em síntese, será aqui abordado como as normas que regulam a experiência humana no campo político fazendo menção a Lei complementar 135/2010, instituto que visa garantir a lisura do pleito eleitoral bem como os princípios norteadores para o exercício do mandato eletivo, sendo a proibidade administrativa e a moralidade condições constitucionais a qualquer cidadão que queira se submeter à decisão popular. O legislador buscou, desta forma, efetivar a atividade Estatal elaborando normas capazes de delimitar os poderes outorgados aos agentes políticos, protegendo o interesse da coletividade.

Palavras-chave: Lei Complementar; Proibidade; Moralidade.

Introdução

A corrupção no âmbito político tem sido um elemento de prejuízo social que assola muitos países, em especial, os países em desenvolvimento. O Brasil tem sofrido sobremaneira com os efeitos deste fenômeno.

Verifica-se certa repulsa da população quando o assunto diz respeito ao cenário político brasileiro, no entanto, é importante lembrar que o agente político deve prestar um serviço à sociedade respeitando as bases do Estado Democrático de Direito:

As bases do Estado Democrático de Direito, são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se uma ampliação do conceito de democracia a qual

¹ Aluno do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS.

² Aluna do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS.

terá que realizar-se não apenas no plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural (MAGALHÃES, 2002, p. 103-104).

O administrador público não pode dispensar os preceitos éticos. Estes devem ser observados e estar presentes na sua conduta, utilizando critérios como conveniência e oportunidade como alicerce na tomada de decisões, e neste contexto, também distinguir a honestidade nos atos funcionais, do que é desonesto na relação entre a administração e os administrados, bem como entre os agentes públicos que a integram. Este estudo visa, portanto, amparado numa pesquisa bibliográfica, apresentar em âmbito nacional, o ultimo instituto legal criado com o intuito de combater crimes relacionados ao desvio de conduta no cenário político, este instituto é denominado de “Lei da Ficha Limpa”. A definição e enquadramento são feitos pela Lei Complementar 135/2010 que trata destes delitos com ênfase nos princípios da probidade administrativa e da moralidade como condições ao cidadão que queira exercer o mandato eletivo.

1. Probidade Administrativa e Moralidade

No âmbito doutrinário o conceito de probidade administrativa e moralidade estão ligados aos preceitos centrais do conjunto de valores morais aplicados à atividade administrativa do Estado. Tais preceitos levam em conta a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições, estas qualidades devem ser guardadas não apenas pelo administrador em exercício no cargo público, mas também, pelo cidadão que celebra qualquer ato com a administração pública (BITENCOURT, 2005, p. 122).

Sobre o princípio da moralidade refere-se a Constituição Federal em seu art. 37 ao dizer que a Administração Pública, seus agentes, assim como os particulares que com ela se relacionam juridicamente, devem agir honestamente, de acordo com os bons costumes, a boa-fé e a ética. Violar os princípios éticos implica violar também ao próprio Direito.

O desrespeito aos princípios norteadores da administração concretizara por parte do agente público omissão, ou em ato praticado pelo administrador, sendo enquadrada tal conduta como atos de improbidade administrativa, previstos pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Da mesma forma prescreve o artigo 85 da Carta Magna, cujo teor atribui a prática de crime aos atos do Presidente da República que atentem contra a probidade na administração.

É genérica a sensação de impunidade no conceito da população, opinião que está enraizada nas diversas camadas da sociedade, este conceito toma proporções mais acentuadas quando se trata de agentes em cargos políticos isto porque, temos que a participação do eleitorado brasileiro se dá apenas nos anos eleitorais, quer seja em âmbito nacional, regional ou municipal. Em virtude da mobilização da sociedade, o legislador constituinte se viu coagido a criar normas capazes de delimitar o poder do agente público.

Contemplando o anseio da população pela moralização do cenário político, tais princípios foram recebidos pela sociedade como fator positivo contra os desmandos de maus administradores que frequentemente na busca de seus próprios interesses, relegam na maioria dos casos, os preceitos morais dos quais não deveriam afastar-se (CARVALHO FILHO, 2012, p. 21).

A falta de moralidade pode afetar vários aspectos da atividade administrativa. Quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, que, como regra, causam prejuízos ao erário, o diploma regulador é a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, tal dispositivo prevê que qualquer agente, servidor ou não, independente da sua posição hierárquica serão punidos pela não observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Tal diploma, ao mesmo tempo, contempla os instrumentos processuais adequados à proteção dos cofres públicos, admitindo, entre outras, ações de natureza cautelar de sequestro e arresto de bens e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, sem contar, logicamente, a ação principal de perdimento de bens, ajuizado pelo Ministério Público ou pela pessoa de direito público interessada na reconstituição de seu patrimônio lesado (CARVALHO FILHO, 2012, p. 22).

Outro instrumento importante de tutela jurisdicional é a ação popular, contemplada no art. 5º, LXXIII, da Constituição vigente. Anteriormente só direcionada à tutela do patrimônio público econômico, passou a tutelar, mais especificamente, outros bens jurídicos de inegável destaque social como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. Pela ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29.6.1965, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa.

Não se pode esquecer também de citar a ação civil pública, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, como uma das funções institucionais do Ministério Público,

regulamentada pela Lei nº 7.347, de 24.7.1985 como outro instrumento de proteção à moralidade. Esta se encontra inserida não somente no conceito de patrimônio social como também dentre os interesses difusos, ambos referidos naquele dispositivo constitucional. A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12.2.1993), consagra com base naqueles bens jurídicos, a defesa da moralidade administrativa pela ação civil pública promovida pelo Ministério Público.

É fácil observar, desse modo, que não faltam instrumentos de combate a condutas dos agentes públicos, e atos ofensivos ao princípio da moralidade e probidade administrativa. Cabem aos órgãos competentes e aos cidadãos em geral mobilizar-se para que se invalidem esses atos ilícitos e que se apliquem aos responsáveis, as sanções previstas. Fica evidente que enquanto o futuro não demonstrar que os administradores públicos e as pessoas em geral estejam realmente mais apegados aos valores morais, estas normas devem ser aplicadas na sua plenitude a fim de se combater a corrupção em qualquer esfera do poder público, quer seja o legislativo, o executivo ou o judiciário.

2. Lei Complementar 135/2010 um projeto inovador

O projeto de Lei Complementar nº 135/2010 teve origem com a iniciativa popular que percorreu todo o país com a coleta de assinaturas, com o objetivo de afastar a sensação de impunidade contra políticos que tinham decisões judiciais desabonadoras de sua moralidade, mas que não tinham suas candidaturas impedidas nos termos do texto original da Lei Complementar nº 64/1990.

A Lei 135/2010 que alterou o texto original da Lei Complementar 64/1990, foi providencial ao trazer mecanismos mais eficazes no combate contra a corrupção na política nacional. Destaca-se aqui as principais sanções na esfera eleitoral sendo inelegíveis para qualquer cargo, os inalistáveis e os analfabetos, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em

decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado.

Assim, a alteração legislativa buscou de forma positiva aumentar a abrangência das hipóteses de inelegibilidade, sob a análise da vida pregressa dos pretensos candidatos. A mitigação do princípio da presunção de inocência foi feita conscientemente pelo legislador, dando desta forma, iniciativa à lei diante da ponderação dos interesses da coletividade, com objetivo de oferecer maior garantia aos eleitores de não estarem sujeitos à candidatura de cidadãos com vida pregressa duvidosa e questionável, em detrimento do princípio constitucional da presunção de inocência.

Deve-se destacar que não houve supressão deste princípio, o que levaria à inconstitucionalidade da lei, mas apenas sua mitigação, com a antecipação da produção dos efeitos de uma decisão desfavorável.

Convém destacar que o Tribunal Superior Eleitoral, antes passivo nas suas decisões, vem se destacando nos dias atuais, primando pela eficácia e aplicabilidade das normas no cenário político, e imbuído o juiz eleitoral pelos princípios constitucionais vigentes, considerando o caso concreto, deve aplicar o princípio da proporcionalidade na solução do litígio, buscando desta forma, o magistrado, após minuciosa valoração dos interesses, aplicar a justiça em detrimento do bem jurídico tutelado.

Conclusão

A evolução das sociedades sempre foi uma preocupação da doutrina, a forma como se organiza e protege as suas constituições nos demonstram uma noção, uma realidade com que cada sociedade cria suas leis para salvaguardar os bons costumes, a ética, a moralidade, como condutas aceitáveis a fim de se obter o bem comum.

Este estudo, em síntese, baseado na doutrina, leis complementares e na Constituição da República Federativa do Brasil, demonstrou efetivamente a preocupação do legislador pela proteção dos princípios da moralidade e da probidade como condições ao exercício de cargo público. Sabemos que na ceara eleitoral, o Superior Tribunal Eleitoral tem desenvolvido excelente controle e aplicação da Lei da Ficha Limpa impedindo candidatos com conduta duvidosa a serem eleitos. Outros mecanismos também vem de encontro ao anseio da

população por uma administração ética e transparente, citamos em especial, o Ministério Público através da ação civil pública, a ação popular, institutos capazes de punir o agente em exercício por desvio de conduta, tornando este, após o trânsito em julgado da sentença inelegível por 8 anos.

No entanto, o mecanismo mais eficaz apontado pelos estudiosos, é a interação da sociedade com a política, defende-se aqui uma participação mais ativa da população com o controle das atuações dos candidatos eleitos, e o cumprimento das propostas eleitorais.

Referências Bibliográficas

BARROS, F. D. **Curso de Processo Eleitoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BITENCOURT NETO, E. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRAZIL, Constituição (1998). **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRAZIL, Constituição (1998). **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BRAZIL, Constituição (1998). **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BRAZIL, Constituição (1998). **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 25 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DAL BOSCO, M. G. **Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen, 2004.

MAGALHÃES FILHO, G. B. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A IMPERIOSA SUBORDINAÇÃO DO ICMS AOS PRINCÍPIOS DA NÃO CUMULATIVIDADE E DA SELETIVIDADE

*Diego Bianchi de Oliveira*¹

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo estudar e analisar a importância dos princípios da não cumulatividade e da seletividade para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, o ICMS. Haja vista que ambos os princípios visam à proteção do consumidor final em face da voracidade da arrecadação dos Entes Políticos. A pesquisa faz uma breve distinção entre normas, princípios e regras, ressaltando a importância da subordinação aos princípios constitucionais tributários. Em seguida traz os conceitos, definições e peculiaridades dos princípios em destaque, bem como trata da relevância social e da preocupação do constituinte em garantir tais proteções ao consumidor final.

Palavras-chave: Seletividade; Não cumulatividade; ICMS; princípios tributários.

Introdução

Assim como em qualquer instituto jurídico, a instituição e aplicação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – deve subordinação aos preceitos contidos na Constituição Federal, bem como aos seus princípios mandamentais. O Sistema Tributário nacional é envolto por essa gama de princípios, os quais são imperiosos para o emprego adequado do referido imposto.

São diversos os princípios que ao instituir o ICMS o Ente Federado deve obediência, tais como: o princípio da Legalidade Tributária, da Anterioridade (não-surpresa tributária), da Irretroatividade, da Isonomia, e etc. Contudo, dois princípios que se destacam, devido a sua ligação direta com a natureza do imposto, o Princípio da Não Cumulatividade e o Princípio da Seletividade.

Este trabalho tem como objetivo estudar e avaliar a relevância dos princípios da Não Cumulatividade e da Seletividade para o ICMS. Busca-se ao fim da pesquisa demonstrar

¹ Mestrando em Direito Processual Civil. Pós-Graduado em Direito Imobiliário. Graduado em Direito. Graduado em Administração. Servidor Municipal da Gerência de Educação de Naviraí. Atualmente é Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: diegobianchi@hotmail.com.br

a preocupação do Constituinte, ao assentar expressamente na Lei Maior os referidos princípios, tendo por objetivo proteger o consumidor final dos abusos de poder dos Estados.

1. Os Princípios Constitucionais Tributários

Antes de tudo, é importante que se faça uma breve distinção entre normas, princípios e regras. Ressaltando que aqui não se busca esgotar o tema, apenas esclarecer alguns tópicos relevantes para a compreensão dos princípios tributários.

Portanto, a norma jurídica é a forma como se enuncia o direito, e ela se expressa através de regras e princípios conforme explica Gomes (2005):

[...] o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. Princípios são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

As regras e os princípios se equilibram para formar o nosso ordenamento jurídico. Bertoni (2002, p. 78) cita Conotilho para descrever esse contrapeso entre princípios e regras:

Um sistema só de regras geraria um ordenamento rígido e fechado, exigindo uma quantidade absurda de comandos para atender às necessidades naturalmente dinâmicas da sociedade - problema que não passou despercebido a Conotilho. Por sua vez - assevera o mencionado constitucionalista -, um ordenamento jurídico exclusivamente principiológico produziria insegurança, haja vista o elevado grau de abstração dos princípios, voltados de modo secundário à prescrição de comportamentos.

As regras são o direito positivado, enquanto os princípios são muito mais amplos. Enquanto os princípios são mais genéricos e servem de base para criação, interpretação e aplicação do direito, já as regras é a materialização, ou seja, é a forma como o direito atua no caso concreto.

Os princípios são os conceitos que norteiam a interpretação jurídica, isto é, sempre que houver interpretação duvidosa ou uma dupla interpretação, o operador do direito deverá recorrer aos princípios a fim de encontrar a solução interpretativa.

Os princípios tributários estão previstos na constituição e, conforme Machado (2008, p. 52 e 58), “tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte.”

Os princípios fundamentais do Sistema Tributário são: o princípio da Legalidade Tributária, que veda aos entes políticos criar tributos sem lei anterior que os estabeleça; o princípio da Anterioridade, que veda a aplicação da lei instituidora ou majoradora do tributo sobre fatos ocorridos no mesmo exercício financeiro em que entrou em vigor; o princípio da Irretroatividade, que dispõe que lei nova que criar ou aumentar tributos, não atingirá fatos passados; o princípio da Isonomia, que propõe que a lei tributária deverá ser imposta de forma igualitária, sendo proibidas distinções arbitrárias daqueles que se encontram em situações semelhantes; dentre outros.

Desta forma, para que um tributo tenha constitucionalidade, este deve estar ligado a todos os princípios previstos na Constituição. Tais princípios constitucionais tributários trazem limitações ao poder de tributar do Estado, dando ao contribuinte mais segurança ante a voracidade fiscal estatal. Estes princípios condicionam a aplicação da lei constitucional tributária, determinando e limitando a competência dos entes políticos.

2. A importância dos Princípios da Não Cumulatividade e da Seletividade para o ICMS

Naturalmente o ICMS fica sujeito a todos os princípios do Sistema Tributário Constitucional, contudo, existem dois princípios em especial, aos quais o ICMS deve maior subordinação, sendo eles: o princípio da Não Cumulatividade, que resulta de sua natureza plurifásica, e o princípio da Seletividade, devido a essencialidade das mercadorias e serviços, ambos expressos em nossa Lei Maior no artigo 155, §2º, incisos I e III respectivamente.

2.1 O Princípio da Não Cumulatividade no ICMS

Na leitura e interpretação dos artigos 153, IV, § 3º, II, e 155, II, § 2º, I, ambos da Constituição Federal é que encontramos o conceito de não cumulatividade, que implica a existência de fatos geradores que formam um ciclo econômico, que se dá através de cada operação mercantil. Ele vem regulado no artigo 19 da Complementar nº 87/96 (Lei Kandir).

Dessa forma o princípio da não cumulatividade tem por objetivo impedir o efeito cascata da tributação, ou seja, evita a incidência de imposto sobre imposto, também chamada de incidência cumulativa. Nesse sentido Ferraz Junior (1990, p. 67), afirma que o princípio da não cumulatividade:

[...] constitui diretriz de política fiscal que atende a fins econômicos visando impedir o efeito em cascata e o correspondente inchaço no preço dos bens e serviços. Afastada a tributação cumulativa, evita-se a integração vertical das empresas, com isso atendendo os princípios da Neutralidade, Livre Mercado e Proteção às Empresas de Pequeno Porte.

Portanto, o valor a ser recolhido nas operações futuras é compensado com o valor relativo ao tributo arrecadado nas operações anteriores, pois, a cada operação surge uma relação de crédito a favor dos contribuintes. Cada contribuinte recolhe somente o valor do tributo que agregou à mercadoria ou serviço. De acordo com Baleeiro (1975, p. 454), o princípio da não cumulatividade atribui ao produtor ou ao promotor da operação tributada o direito-dever de compensar o crédito gerador pelo imposto incidente na matéria-prima ou na operação anterior, recolhendo o contribuinte aos cofres públicos apenas a diferença. Além disso, Sabbag (2010, p. 996) afirma que:

Não se trata de “compensação tributaria”, pois os créditos não são líquidos e certos; cuida-se de *compensação financeira*, em que apenas *descritivamente* se compensam créditos e débitos. É a compensação pelo sistema *Tax on Tax*, em que se abate do débito gerado na saída do crédito correspondente ao imposto cobrado na entrada.

Para melhor compreensão, Coêlho (2004, p. 391) ainda apresenta o seguinte esquema:

- A) entradas tributadas geram crédito;
 - a.1) entradas isentas ou imunes não geram crédito;
 - B) saídas tributadas geram débitos;
 - b.1) saídas não tributadas (isentas ou imunes) não geram débitos;
 - C) período de apuração;
 - D) matéria apurável: todas as entradas e saídas tributáveis (somatórios).
- + débitos - créditos = imposto a pagar
- débitos + créditos = crédito a transferir

O procedimento de compensação do ICMS se dá através da Lei Complementar nº 87/96, que em seu artigo 20 prevê que para a compensação o sujeito passivo terá o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

E com a entrada de mercadorias, como referido acima, surge em benefício do adquirente um crédito fiscal, que é compensado nas operações futuras. Havendo créditos provenientes de operações ou prestações anteriores poderá o contribuinte no momento em que achar oportuno utilizar este crédito para o pagamento do tributo, ou seja, o crédito não está ligado diretamente à mercadoria.

Com isso, o constituinte quis desonerar o contribuinte, uma vez que, um sistema de tributação cumulativo acarretaria na inflação no preço final dos produtos. Assim, Carraza (2011, p. 383 e 384) afirma que, “por meio do princípio da não cumulatividade do ICMS, o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) deste tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contribuinte de fato), a quem convêm preços reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária”.

Eis, pois, que se diz que o princípio da não cumulatividade garante a neutralidade do ICMS, isto é, vemos que o total arrecadado com o ICMS sobre determinada mercadoria será o mesmo desde a sua produção até o consumo final, ainda que apresente uma ou mais operações mercantis. Carraza (2011, p. 384) ainda esclarece:

Não estamos, na hipótese, diante de simples recomendação do legislador constituinte, mas de **norma cogente** que, por isso mesmo, nem o legislador ordinário, nem o administrador nem, muito menos, o interprete podem desconsiderar.

Enfim, o princípio da não cumulatividade fora instituído pela Constituição Federal de 1988, destacando então que a negativa em conferir crédito do ICMS junto às notas fiscais de entrada deve ser combatida, ou seja, qualquer norma infraconstitucional que se opuser ou altere a eficácia deste princípio deverá ser considerada inconstitucional.

2.2 O Princípio da Seletividade no ICMS

A subordinação do ICMS ao Princípio da Seletividade está previsto no artigo 155, §2º, III da Constituição Federal, onde prevê que o ICMS poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços, distinto do antigo ICM onde o tributo era uniforme, ou seja, a alíquota era a mesma para todas as mercadorias.

Apesar da maioria dos doutrinadores adotarem a posição tradicional, no sentido de que a seletividade no ICMS é facultativa, assim como assevera Sabbag (2010, p. 998), este quando se refere ao princípio como orientador, e não impositivo, quanto ao ICMS. Na contra mão do entendimento majoritário, o ilustre professor Carraza (2011, p. 488) afirma que a seletividade no ICMS, tanto no IPI, é obrigatória. Pondera-se que o singelo “poderá” referido no dispositivo constitucional, equivale juridicamente a um peremptório “deverá”.

Adverte ainda que, ante o exposto, não se está diante da faculdade do legislador, mas da norma cogente, haja vista que quando a Constituição confere a uma pessoa política um poder, está impondo também um dever. Nesse sentido Carraza (2011, p. 488) citando Rui Barbosa (1932) assevera: “Claro está que em todo poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, nas condições que o exijam”.

A seletividade é atribuída através do critério da essencialidade, ou seja, a carga tributária que incide sobre as mercadorias essenciais é mais amena, em contrapartida, as mercadorias consideradas supérfluas têm a incidência de tributação mais onerosa.

Para ter-se uma idéia mais precisa sobre o que vem a ser a essencialidade, Baleeiro (1975, p. 90) traz o seguinte conceito:

A palavra (essencialidade) [...] refere-se à adequação do produto à vida do maior número dos habitantes do País. As mercadorias essenciais à existência civilizada deles devem ser tratadas mais suavemente ao passo que as maiores alíquotas devem ser reservadas aos produtos de consumo restrito, isto é, o supérfluo das classes de maior poder aquisitivo. Geralmente são os artigos mais raros e, por isso, mais caros. Do ponto de vista econômico, a norma inspira-se na utilidade marginal. Do ponto de vista político, reflete as tendências democráticas e até mesmo socialistas do mundo contemporâneo no qual os países civilizados seguem orientação idêntica.

Constata-se que a seletividade no ICMS tem interesse na população, isto é, os consumidores finais, pois são eles que suportam a carga econômica do ICMS. Além do mais, Coêlho (2004, p. 410 e 411) nos ensina que o conceito de mercadoria supérflua:

[...] não fica ao alvedrio exclusivo do legislador. Adotada que seja a seletividade, tem o contribuinte o direito de provocar o Judiciário para que declare, à luz de critérios técnicos e dos aspectos sociais da Nação, se esta ou aquela mercadoria é supérflua. Assim, o automóvel, em si, **não** é bem supérfluo, embora um carro Mercedes possa sê-lo. Do mesmo modo, feijão é gênero de primeira necessidade, e caviar é supérfluo.

Nesse sentido Sabbag (2010, p. 998) traz o seguinte exemplo:

A Lei n. 6.374/89 (ICMS do Estado de SP) fixa a *alíquota de 25%* nas operações com bebidas alcoólicas, fumo, perfumes, motocicletas, asadeltas, embarcações de esporte e de recreio, armas e munições, binóculos, jogos eletrônicos, bolas e tacos de bilhar, cartas para jogar, tacos para golfe, entre outros; e estabelece a *alíquota de 12%* nas operações com arroz, feijão, pão, sal, entre outros.

Em função do princípio da seletividade, as alíquotas irão variar, para mais ou para menos, tendo em vista essa característica da essencialidade, assim, quanto mais supérfluo for a mercadoria ou o serviço, maior será a alíquota aplicada, porém, quanto mais necessários as mercadorias ou serviços, menor (ou até zerada) a alíquota aplicada deve ser. Note que as variações das alíquotas são de acordo com o nível de necessidade ou utilidade, e não leva em conta a capacidade contributiva do contribuinte.

O constituinte trouxe este princípio no intuito de garantir alguns direitos fundamentais ao cidadão, pois a essencialidade não trata apenas das necessidades biológicas

básicas como a alimentação, vestuário, higiene, transporte, assistência médica, mas também, atender o necessário para que o indivíduo mantenha um padrão mínimo de vida, dessa maneira, atendendo também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, o princípio da seletividade, aplicado nas operações que envolvam mercadorias essenciais, favorece ao consumidor final, para que este mantenha um padrão mínimo de vida.

Considerações Finais

Como se pôde notar, o Estado ao instituir o ICMS se deve obediência a todos os princípios constitucionais tributários. No entanto, o princípio da não cumulatividade e da seletividade cumprem papel de maior relevância, com objetivo de garantir e assegurar a idoneidade do imposto.

Enquanto o princípio da não cumulatividade tem por visa evitar o efeito cascata da tributação, ou seja, a incidência de imposto sobre imposto, garantindo a neutralidade do ICMS. Pois, mesmo que se apresente diversas operações mercantis, a subordinação ao referido princípio garante que o total arrecadado com o ICMS sobre determinada mercadoria será o mesmo desde a sua produção até o consumo final.

Já o princípio da Seletividade, cumpre um papel social, tendo em vista que em virtude dele as alíquotas irão variar, para mais ou para menos, dependendo da essencialidade do produto. Sendo, quanto mais supérfluo a mercadoria ou o serviço, maior será a alíquota aplicada, e, quanto mais necessários as mercadorias ou serviços, menor a alíquota aplicada deve ser. Tal princípio visa garantir alguns direitos fundamentais ao cidadão, pois promove meios para que o indivíduo mantenha um padrão mínimo de vida, dessa maneira, atendendo também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, ambos os princípios tem caráter social e garantista, tendo em vista que tanto a não cumulatividade quanto a seletividade favorecem o consumidor final, para que não sejam onerados pela voracidade da arrecadação estatal, e para que mantenha um padrão mínimo de vida.

Referências Bibliográficas

BALEEIRO, A. **Direito Tributário Brasileiro**, 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1975.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988: ICMS - não-cumulatividade e suas exceções constitucionais**. São Paulo: Atlas, 1990.

BARBOSA, R. **Comentários à Constituição Federal Brasileira** (coligidos por Homero Pires). Vol. I. São Paulo, Saraiva, 1932, *apud*, CARRAZA, R. A. **ICMS**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988

BERTONCINI, M. E. S. N. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARRAZA, R. A. **ICMS**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, S. C. N. **Curso de Direito Constitucional Tributário Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, L. F. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/hz03bk>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

MACHADO, H. B. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SABBAG, E. **Manual de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A LEI 12.015/2009 E O MARIDO COMO SUJEITO ATIVO DO CRIME DE ESTUPRO

*Barbara Diesel Scussel*¹

Resumo: Após a vigência da Lei 12.015/2009 o crime de estupro teve seu texto reformulado, adequando-se a realidade social existente. A antiga redação estava defasada, pois só admitia como sujeitos do delito o homem no polo ativo e a mulher no polo passivo. Ao ser incluída a palavra “alguém” no início de sua redação, o crime de estupro passou a ser um crime de caráter comum, podendo qualquer pessoa cometê-lo. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a demonstrar a possibilidade do marido cometer o crime de estupro contra sua cônjuge/companheira.

Palavras-chave: Marital; estupro; liberdade; sexual; mulher.

Introdução

O crime de estupro está disposto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, e após várias transformações possui hoje uma redação genérica, que admite a figuração de qualquer cidadão tanto no polo ativo quanto passivo do crime: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.” O presente artigo integra o Capítulo I – “Dos crimes contra a liberdade sexual”, do Título VI – “Dos crimes contra a dignidade sexual” do Código Penal.

A nova configuração do crime de estupro é fruto da Lei 12.015 ocorrida em agosto de 2009, que entre outras mudanças, revogou o dispositivo do atentado violento ao pudor, unificando seu conteúdo ao do delito do estupro. Dentro dessa atual tipificação além de qualquer indivíduo, independentemente do sexo biológico ou de sua sexualidade, poder ser sujeito ativo ou passivo do crime de estupro, as condutas abrangidas por tal delito também foram ampliadas, de forma a incluir, além da conjunção carnal, o sexo oral e o anal ou qualquer outro ato libidinoso. Outra modificação diz respeito à extinção da classificação do

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul.

estupro como crime contra os costumes e ser, atualmente, classificado como crime contra dignidade sexual.

Como consequência dessas transformações um novo tipo de delito passou a ser reconhecido pela doutrina e jurisprudências, o crime de estupro conjugal, que antigamente não era reconhecido devido a imposições culturais e heranças patriarcais e religiosas.

Desenvolvimento

1. Breve Análise do Tipo Penal do Estupro:

Anterior à reforma legislativa ocorrida em 2009, o crime de estupro estava presente no Título “Dos crimes contra os costumes” enquadramento normativo este, que se demonstra juridicamente sopassado, tonando-se inviável que tal título continuasse a vigorar na sociedade atual, já que havia uma necessidade de proteger o ser humano, e não os costumes e a honra social. É o que nos ensina Rogério Greco:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. (GRECO, 2013, p. 657)

A antiga redação do crime de estupro permaneceu em vigor até agosto do ano de 2009, portanto, foram sessenta e nove anos em que o tratamento normativo de um crime continuou intacta. A reforma legislativa (lei 12.015/2009) englobou as condutas que não estavam descritas antiga redação do artigo 213. O tipo penal descrito no artigo 214, cujo “*nomen juris*” era atentado violento ao pudor, foi incluído no atual tipo Penal. Veja-se:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena- reclusão, de 6 (seis a 10 (dez) anos.

Apesar de estarem previstos no mesmo título e pertencendo ao capítulo que protegia os crimes que violam a liberdade sexual, o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor eram bem diferentes quanto à ação do sujeito ativo. Fabio Agne Fayet simplifica esta distinção:

A diferença essencial entre os dois é que, no estupro, o dolo consiste na vontade livre e consciente de constranger a vítima à conjunção carnal (introdução do pênis no corpo da vítima por via vaginal), e no atentado violento ao pudor, a intenção do

agente é a prática de ato libidinoso diferente da conjunção carnal. (FAYET, 2011, p. 36)

Sendo assim, qualquer outro ato ilícito que se diferenciava da conjunção carnal enquadrava-se no revogado tipo penal do Atentado Violento ao Pudor. Quanto a este dispositivo a conduta poderia ser de qualquer nível de gravidade, cabendo à aplicação sancionatória.

Após a alteração de lei, o que mudou expressivamente foi o objeto de sua tutela, tendo a sociedade agora papel meramente secundário na nova redação do tipo penal, atuando como coadjuvante. Nesse Sentido Fernando Capez:

Mudou-se, portanto, o foco da proteção jurídica. Não se tem em vista, agora, em primeiro plano, a moral média da sociedade, o resguardo dos bons costumes, isto é, o interesse de terceiros, como bem mais relevante a ser protegido, mas a tutela da dignidade do indivíduo, sob o ponto de vista sexual. Superando, assim, a vetusta denominação “crimes contra os costumes”, a “dignidade sexual” passou a ser o pilar da proteção jurídica visada pelos delitos que se encontram inseridos no Título VI do Código Penal, em consonância com o perfil do Estado Democrático de Direito e com o que foi proclamado pelos Documentos Internacionais. (CAPEZ, 2012)

As modificações sofridas pelos dois tipos penais trouxeram uma visão isonômica ao direito penal, uma vez que outras condutas agora versadas pela norma estão incorporadas em único tipo penal que pode ser praticado por qualquer sujeito ativo, não sendo necessária sequer a aproximação dos órgãos genitais femininos e masculinos, mas que podem trazer para a vítima flagelos incuráveis.

De acordo com Rogério Sanches Cunha:

Resolveu o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso. (CUNHA, 2013, p.483)

Com a nova composição o crime de estupro passou a admitir algumas formas qualificadas de sua execução e consumação, que estão contidas nos parágrafos do artigo 2013.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos: Penas- reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte: Pena- reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Há, portanto, uma pluralidade de condutas repelidas, que possuem o objetivo de proteger a liberdade sexual dos indivíduos, descartando a antiga concepção restritiva do crime

de estupro. Agora, as consequências resultantes da ação do agente também são punidas a partir do crime de estupro.

No que diz respeito ao bem juridicamente tutelado, podemos fundir junto com a liberdade sexual, a dignidade sexual do ser humano. Rogério Sanches diz que “Tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça.” (SANCHES, 2013, P.483). A edição da lei permitiu que um bem maior fosse reconhecido, já que anteriormente o bem valorado pela lei eram os costumes sociais. A dignidade sexual do ser humano está ligada a dignidade da pessoa humana, fundamento este constitucional previsto no artigo 1º, inciso III da Carta Magna. Nesse sentido Renato Marcão e Plínio Gentil:

O que a norma penal visa proteger é, num sentido estrito, a liberdade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual da pessoa. Já se disse que a dignidade sexual é uma categoria de difícil apreensão e que deriva da noção maior de dignidade, atributo de todo ser humano, reconhecido por convenções internacionais sobre direitos humanos e pela Constituição brasileira, que a considera fundamento da república. A adjetivação do conceito dignidade, com o qualitativo sexual, importa em reconhecer uma determinada dignidade, aquela em que o respeito alheio é devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de se autodeterminar relativamente à atividade sexual. (GENTIL; MARCÃO, 2011, p.45)

Deste modo, é possível visualizar a importância de se proteger a dignidade sexual do ser humano. O corpo não pode ser violado por terceiros sem que haja um consentimento, pois proteger o corpo do ser humano e sua liberdade sexual também é uma das formas de proteger a vida, já que as consequências do delito do estupro podem ser irreversíveis para a vítima, tanto do ponto de vista psicológico, quanto físico.

1.1. Sujeitos do crime de estupro:

Com a reformulação do crime de estupro o legislador procurou adapta-lo aos tipos sexuais existentes na sociedade, pois na antiga redação só era admitida a mulher como sujeito passivo do crime. Enquanto a forma de execução aceita era somente a conjunção carnal, ou seja, a cópula entre vagina/pênis. O desenvolvimento social e humano transpareceu nas relações humanas novas concepções de relações afetivas, com isso tornou-se inviável admitir que crimes contra a liberdade sexual ocorressem somente contra o sexo feminino.

Para que ocorra de fato o crime de estupro é necessário que exista dois sujeitos atuando nessa relação, um sujeito que figurará no polo ativo sendo o agente da ação e outro que figurará no polo passivo, como vítima.

O sujeito ativo é quem pratica a ação descriminada na norma penal incriminadora. Trata-se daquele a quem pode ser atribuída à prática de ação ou omissão que tem a configuração legal do delito (JESUS, 2011, p. 207). O sujeito ativo em alguns crimes precisa ter certas características ou atribuições se o crime à qual estiver ligado for crime próprio, como por exemplo, o crime de Infanticídio descrito no artigo 123 do Código Penal, onde o sujeito ativo deve ser a mãe do recém-nascido e está deverá estar no estado puerperal.

Já nos crimes classificados como comum, o sujeito ativo não necessita de nenhuma característica ou atribuição específica, como é o caso do crime de estupro, onde a norma penal é totalmente omissa a qualquer individualidade do agente.

Após a reforma de 2009 o crime de estupro sofreu expressivas alterações quanto aos sujeitos participantes para a configuração do crime. Tanto a doutrina quanto as jurisprudências demonstram claramente esta nova leitura do delito.

Sujeitos ativos e passivos do crime de estupro são o ser humano de ambos os sexos, assim também aqueles que, por anomalia física, apresentarem, a um só tempo, características femininas e masculinas. A reforma penal de 2009 acabou com a exclusividade de sujeitos do estupro, que somente poderiam ser o homem, no polo ativo, e a mulher, no passivo. (GENTIL; MARCÃO, 2011, p.46)

Anterior a Lei de 2009, se uma pessoa do sexo feminino, ou algum tipo de transexual ou hermafrodita praticasse a ação de constranger alguém, mediante violência ou grave a praticar ou permitir que com ele se praticasse qualquer ato sexual libidinoso o crime tipificado era o de atentado violento ao pudor, não se configuraria crime de estupro se o sujeito ativo fosse pessoa humana diferente do sexo masculino.

Com a unificação dos dois crimes, toda situação fática em que haja esta ação será configurado o crime de estupro.

A mesma modificação ocorrida com o sujeito ativo, também ocorreu com o sujeito passivo, ou seja, quando a norma penal diz “*constranger alguém*” entende-se que inserido neste pronome pode estar qualquer ser humano.

Nesse sentido a doutrina exemplifica:

Antes da Lei 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bipróprio, exigindo condição especial dos dois sujeito, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bicomum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal. (CUNHA, 2013, P.483) (...) é possível sustentar a viabilidade de haver estupro cometido por agente homem contra vítima mulher, por agente homem contra vítima homem, por agente mulher contra vítima homem e por agente mulher contra vítima mulher. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo. O elemento subjetivo do tipo permanece o mesmo, vale dizer, é o dolo, não se punindo a forma culposa. (NUCCI, 2009, p.16)

O sujeito passivo, que é aquele que detém o bem tutelado pela norma e conseqüentemente sofre a ação realizada pelo sujeito ativo, Fayet (2011, p.53), após estudos doutrinários, diz que a tipificação contemporânea traz a expressão genérica “*alguém*”, referindo-se, portanto, a qualquer pessoa que não seja vulnerável, sendo ela homem, mulher, portadores de anomalias sexuais, submissos a cirurgias plásticas, portadores de próteses sexuais, prostitutas, ou seja, o sujeito passivo também é pessoa humana comum, não sendo relevante sua opção sexual, profissão ou qualquer particularidade.

2. O MARIDO E O COMPANHEIRO COMO SUJEITO ATIVO NO CRIME DE ESTUPRO

Hoje ainda ocorre uma resistência por parte da doutrina minoritária, como também de grande parte da sociedade em reconhecer o estupro praticado pelo cônjuge/marido e pelo companheiro.

No atual Código Civil vê-se a expressão *vida em comum no domicílio conjugal*, o que não corresponde somente à existência de relações sexuais entre os cônjuges, mas também morar sobre o mesmo teto e possuírem uma rotina juntos com atividades em comum. Nesse sentido Camilo de Lelis Colani Barbosa:

Em suma, não há como confundir o dever comum dos cônjuges à vida em comum no domicílio conjugal com a coabitação; essa, quando muito, constitui parte daquele dever, não devendo ter a dimensão que lhe outorga, tradicionalmente, a doutrina. (BARBOSA, p.83)

Os tempos atuais não admitem mais uma figura feminina submissa às vontades do marido, nem calada e silenciada pelas regras machistas imposta no cotidiano. A mulher conquistou seu espaço na sociedade e também no ambiente familiar, o que implicou no poder de decisão sobre seu corpo, trabalho e mente.

Assim como em uma relação sexual existente fora da relação conjugal, nesta também o consentimento a prática sexual é item indispensável para seu acontecimento, pois não é porque estão entrelaçados pelo matrimônio que os cônjuges e companheiros se tornam servil um ao outro.

Renato Marcão e Plínio Gentil, em mais uma inteligente observação esclarecem:

Sendo o melhor entendimento o de que não têm os cônjuges direito de exigir à força carícias lascivas um do outro, e que a exigência mediante violência não constitui

exercício regular de direito, mas crime contra a liberdade sexual, ainda com maior razão há de se reconhecer tal delito por parte de conviventes em união estável, relativamente aos quais nem são cabíveis todos os deveres e direitos do casamento civil. (GENTIL; MARCÃO, 2011, p.55)

Como se pode vislumbrar não é correto dizer que dentro do matrimônio existe o instituto penal do exercício regular de direito, já que não se permite mais que o marido “cobre” da mulher um débito conjugal que não lhe é mais imputado. O esposo não tem mais o direito de exigir de sua mulher qualquer que seja a ação, isto porque existe dentro da relação matrimonial igualdade entre os cônjuges, e o dever de conviver em harmonia.

Quando retirado do marido o dever de reger a vida conjugal também se retirou o poder que era exercido sobre a mulher, sendo assim não há que se falar em exercício regular do direito perante a relação sexual conjugal. O exercício regular do direito existe para retirar da ação do agente a característica de ilícita, porém qualquer tipo de violência praticada contra outra pessoa é eivada de ilicitude.

Incabível se mostra o exercício regular do direito na relação conjugal, visto que o agente quando está em ação submetida ao exercício do seu direito está agindo de forma ilícita, porém com antijuricidade. Damásio de Jesus leciona a respeito do exercício regular do direito:

O Código fala em exercício regular do direito, pelo que é necessário que o agente obedeça, rigorosamente, aos requisitos objetivos traçados pelo poder público. Fora daí, há abuso de direito, respondendo o agente pelo fato constitutivo da conduta abusiva. Exige-se, também, o requisito subjetivo: conhecimento de que o fato esta sendo praticado no exercício regular do direito. (JESUS, 2011, p. 442)

Não há que se falar em exercício regular do direito quando ao homem não foi atribuído o direito de violentar sua esposa para dela retirar qualquer benefício ou satisfação. Não há no ordenamento jurídico qualquer norma que permita ao homem ferir, agredir, humilhar ou punir sua esposa ou companheira por uma ação ou omissão que ela tenha realizado.

O fato de recusar-se a prática sexual, ato que antes era classificado como injúria grave pela doutrina, hoje não constitui qualquer tipo de ato ilícito.

Em análise ao pensamento de alguns doutrinadores é possível vislumbrar que alguns são favoráveis ao marido responder somente pelo excesso de violência que cometer sobre sua esposa. Visão esta que não poderia causar nada menos que espanto e repúdio, já que nenhuma forma de violência contra a mulher (ou contra qualquer cidadão) deva ser aceita pela

sociedade, e mais ainda pelo ordenamento jurídico, já que o papel deste é regular as condutas dos cidadãos e tornar o ambiente social digno e equilibrado.

Deste modo temos Néelson Hungria e Magalhães Noronha, autores clássicos do Direito Penal:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.

[...] mulher que se opõe às relações sexuais com o marido atacado de moléstia venérea, se for obrigada por meio de violências ou ameaças, será vítima de estupro. Sua resistência legítima torna a cópula ilícita. (NORONHA, 2002, p. 70)

No mesmo sentido:

O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito. (HUNGRIA, 1959, p. 126)

É evidente que tais posicionamentos não se encaixam na realidade da mulher nos tempos atuais, nem mesmo pode se dizer que estas posturas se encaixam no objetivo contido em nossa Constituição Federal, já que esta protege os cidadãos em sua integralidade tanto psíquica quanto física. Defender que a violência moderada ou mínima contra a mulher dentro do casamento é algo aceitável vai contra qualquer princípio norteador do direito brasileiro, como também aos antigos princípios que deram origem a religião que por muito tempo conduziu nossa sociedade, uma vez que a religião Católica e o Direito Canônico por muito tempo reinaram perante a transformação da nossa nação.

A presença de consentimento e respeito mútuo entre cônjuges e conviventes para a existência de qualquer relação não é somente um posicionamento jurídico, é um dever moral presente na sociedade, como em qualquer relação social a anuência do outro é requisito até para uma amizade ou conversa, esta também é requisito primordial nas relações conjugais, já que o casamento só ocorreu pela existência de consentimento entre os dois cônjuges. Greco concretiza o fato de que deve haver entre os cônjuges consentimento para todos os atos, especialmente, os atos sexuais:

Modernamente, perdeu o sentido tal discussão, pois que, embora alguns possam querer alegar seu crédito conjugal, o marido somente poderá relacionar-se

sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca a praticas violentas ou ameaçadoras para levar adiante a finalidade do coito (vaginal ou anal), ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade. (GRECO, 2012, p. 671).

Por todo o exposto, pode se dizer que essa questão já deveria ter sido encerrada, pois não é cabível dentro de uma sociedade humanizada e democrática. Com este entendimento também Fernando Capez:

Tal posicionamento, na atualidade, não mais prospera. A mulher tem direito à inviolabilidade de seu corpo, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constrangê-la à prática de qualquer ato sexual. Embora a relação sexual constitua dever recíproco entre os cônjuges, os meios empregados para sua obtenção são juridicamente inadmissíveis e moralmente reprováveis. (CAPEZ, 2012)

Atualmente, jurisprudências também vêm consolidando este entendimento, e analisando caso a caso para que não restem dúvidas quanto ao dolo do marido em violentar sua esposa com a finalidade de obter prazer sexual. Em um brilhante posicionamento, o Desembargador do Estado de São Paulo Ivan Marques, na Apelação Criminal nº 993 06 098734-8, em que após violentar de maneira desumana o agente alegou que houve consentimento de sua esposa para a conjunção carnal, confirmou o fato de a esposa possuir liberdade e dignidade sexual. Veja-se:

Ante esse quadro, não se pode levar a sério o suposto "consentimento" da vítima para a conjunção carnal, pois não tinha ela a menor condição psíquica para resistir e impedir o réu de manter conjunção carnal com ela. Sua resistência fora totalmente suprimida pelas agressões e pelo medo evidente delas decorrente. Logo, não houve consentimento e sim incapacidade de resistir, mesmo não querendo. É o mesmo que ocorre quando, sob a mira de arma de fogo ou com faca encostada em seu pescoço, a vítima permanece inerte enquanto à estuprada. E não há como admitir que, depois de toda a seqüência de covardes agressões, a vítima fosse ter vontade de fazer sexo com o réu. Por outro lado, o fato de ser a vítima esposa ou companheira do réu não lhe dava o direito de desrespeitar sua liberdade sexual, constrangendo-a da forma brutal como constrangeu. Correta pois a condenação.

EMENTA: Estupro. Vítima espancada, queimada, amarrada, esganada e submetida a conjunção carnal pelo marido. violência real que legitima a intervenção do Ministério Público (Súmula 608 do Colendo Supremo Tribunal Federal). Diante da violência das agressões, inadmissível falar em consentimento. Afastamento da agravante e da causa de aumento por falta de certidão de casamento. Provimento para reduzir a pena para sete anos de reclusão, com regime inicial fechado. (TJ-SP - ACR: 931700300000000 SP, Relator: Ivan Marques, Data de Julgamento: 26/01/2009, 2ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/02/2009).

Além da violência sexual, no caso acima podemos observar um ponto processual relevante quanto ao fato de haver necessidade de prova nos autos do casamento ou união

estável para que haja a incidência da causa de aumento de pena do artigo 226, inciso II do Código Penal.

Artigo 226. A pena é aumentada:

(...)

II- de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O fato de o agente ser cônjuge da vítima deve ser provado nos autos através de Certidão de Casamento, Certidão de União Estável, ou qualquer outro meio que não deixe dúvidas quanto o relacionamento existente entre autor e vítima.

(...) Afastamento da agravante e da causa de aumento por falta de certidão de casamento. Provimento para reduzir a pena para sete anos de reclusão, com regime inicial fechado. (TJ-SP - ACR: 931700300000000 SP).

Ressalta-se que para o Código Civil em um primeiro momento aponta a Certidão de Casamento como o principal meio de prova (artigo 1.543), porém na ausência de tal certidão o meio de prova poderá ocorrer de outras maneiras, conforme consta no parágrafo único do citado artigo: “Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova”.

Conforme já relatado, não existem mais requisitos de tempo para a configuração da união estável, já que se considera união estável a relação contínua, duradoura e pública entre os companheiros. Nesse mesmo sentido podemos analisar a configuração do casamento, na falta de certidão haverá outros modos de provas que poderão ser utilizados, tanto documentais, testemunhais e materiais.

Orienta o código civil que persistindo dúvidas quanto à existência da relação conjugal, deverá o magistrado optar pela ocorrência do casamento, conforme consta no artigo 1.547 do Código Civil: “Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.”

Tal entendimento deve ser, de forma a ser medida de ínfima justiça, aplicado aos casos em que ocorrerem o estupro no âmbito familiar e que o casamento ou a união estável não possam ser comprovados através de documentos, considerando que atualmente é cada vez mais comum homens e mulheres “morarem juntos” com o objetivo de constituir família.

Os meios de prova para a comprovação do delito de estupro não é o foco do presente trabalho, porém é de extrema importância ressaltar que casos de violência doméstica

e sexual acontecem quase sempre sem testemunhas e além de marcas físicas, restando somente como meio de prova a palavra da vítima.

Nesse sentido Lênio Luiz Streck:

Dito de outro modo: não está incorreto dizer que a palavra da vítima deve ser convincente; o que ocorre é que isto somente é válido se, naquele caso concreto, na singularidade do caso, de fato a palavra da vítima for convincente ou não. E mais: o esclarecimento daquele caso concreto- isto é, de um determinado caso, nas suas particularidades- depende exclusivamente da credibilidade da palavra da vítima? Isto é: mesmo que a palavra da vítima não seja suficientemente convincente, não há outros modos de comprovar o fato delituoso? Por outro lado, é preciso ter claro que não é a vítima que deve provar que o delito ocorreu; é o Estado que deve comprovar que o réu praticou o crime, sendo que este deve comprovar que, ou não cometeu o crime, ou que tinha a seu favor alguma excludente (que, no caso dos crimes sexuais, são inadmissíveis, uma vez que não há registro de estupros- e atentados ao pudor mediante fraude- cometidos em legítima defesa ou em estado de necessidade, para ficar nestas duas modalidades...) (STRECK, 2004, p. 122)

Veja-se que por ser um crime de difícil comprovação, deverá haver um empenho conjunto entre Estado e magistrado para que não ocorra nenhuma injustiça quanto à condenação do agressor. Apesar de existir no ordenamento brasileiro o instituto do *in dubio pro reo*, nos crimes de violência sexual é imprescindível que se tenha convicção dos fatos ocorridos, já que uma não condenação do agressor poderá prejudicar não só a vítima, como também sua família e deixar perante a sociedade uma figura de impunidade quando se tratar de crimes cometidos contra as companheiras e esposas, o que leva ao aumento desse tipo de violência.

Considerações Finais:

Por todo o exposto é possível que afirmar que o marido pode cometer o crime de estupro contra sua esposa. As divergências ainda existentes não estão relacionadas com o texto legal, mas sim com convicções religiosas e costumeiras.

A lei 12.015/2009 trouxe para o Código Penal uma visão humanizada, onde o que se objetiva proteger é, acima de tudo, a dignidade de cada indivíduo. As mudanças ocorridas estão longe de serem medidas de extrema justiça, mas foi essencial para o reconhecimento da dignidade sexual e da proteção da liberdade sexual do ser humano.

Ao proteger a dignidade sexual da mulher casada também se está protegendo o ambiente familiar, as pessoas que nele residam e o instituto da família, que é o alicerce para uma sociedade justa e humana, independentemente de ter sido ela formada através do

casamento, da união estável ou da junção de sentimentos afetivos de duas pessoas.

Referências Bibliográficas

BARBOSA. C.L.C. **Direito de família. Manual de direitos do casamento**. São Paulo: Suprema Cultura, 2002.

BRASIL. 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. Lei 11.106 de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm#art226>

BRASIL. [Lei Nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Institui o Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>

CAPEZ. F. **Curso de Direito Penal, volume 3. 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.

CUNHA. R.S. **Manual de Direito Penal. Parte especial (arts. 121 ao 361)**. 5. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador, BA: Editora Juspodivm, 2013.

FAYET. F.A. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GENTIL. P.; MARCÃO. R. **Crimes contra a Dignidade Sexual. Comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO. R. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal, parte especial. Arts. 121 ao 154 do Código Penal**. v. 2.. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2012.

HUNGRIA. N. **Comentários ao Código Penal**. V. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959

JESUS. D. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA. E. M. **Direito Penal**. 26. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2002

NUCCI. G.D. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, L. L. Artigo: **O imaginário dos juristas e a violência contra a mulher: da necessidade (urgente) de uma crítica da razão cínica em Terrae Brasilis**, ESTUDOS JURÍDICOS, Vol. 37, nº 100, maio/agosto. 2004.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A SOCIEDADE CRESCENTE COM A (DES) CIDADANIA

*Josy Kellen Scudeler (UEMS)*¹

*Manuella de Oliveira Soares Malinowski (UEMS)*²

Resumo: O povo ministra tamanho poder em suas mãos e por isso faz-se uma reflexão sobre o porquê do mesmo sofrer com um nível de desigualdade social tão marcante mesmo tendo grande parte de seus direitos e garantias fundamentais, descritos na Constituição Federal em seu artigo 5º, violados. A metodologia utilizada foi o método hipotético dedutivo, em virtude dos aspectos teóricos. A pesquisa se desenvolveu e se estruturou com base, principalmente, em fontes especializadas no âmbito do Direito Constitucional. Após a pesquisa chegou-se a conclusão de que para que a cidadania do povo brasileiro comece a surtir efeito, devem-se somar as mudanças institucionais formais com a criação e expansão de práticas democráticas e de uma cultura da cidadania. Ademais, a educação deve ser o meio pelo qual as pessoas devem buscar o conhecimento e se permitirem ser verdadeiros partícipes no crescimento de seu país.

Palavras-chave: Cidadania; dignidade da pessoa humana; desigualdade social.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, vista por muitos doutrinadores como a Constituição cidadã, é a lei suprema do Estado e se configura com um corpo codificado de leis fundamentais associado ao conjunto de costumes, transmissão da autoridade e o valor das liberdades públicas.

Há o entendimento, nos tempos atuais, que o povo é o titular do poder constituinte, sendo soberano em suas decisões. Determina ainda o art. 1.º, inciso II da Constituição Federal de 1988 que a cidadania é um dos fundamentos do Estado brasileiro. Em consequência disso, atingir o ápice de votar e ser votado permite a qualquer pessoa da sociedade adquirir o título de cidadão e passar a defender os interesses de seu povo. Entretanto, se o povo ministra tamanho poder em suas mãos, com capacidade decisória de eleger seus representantes e decidir sobre o futuro de seu país, faz-se aqui a reflexão sobre o

¹ Pós graduada em Linguística, graduada em Língua Portuguesa e acadêmica de Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS).

² Mestre em Processo Civil e Professora orientadora da UEMS.

porquê deste mesmo povo sofrer com um nível de desigualdade social tão marcante, e tendo grande parte de seus direitos e garantias fundamentais, descritos em seu bojo no artigo 5º, violados.

1 A relação dos direitos humanos com a dignidade da pessoa humana na Constituição Federal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em 10 de dezembro de 1948, foi um marco na história dos direitos humanos, sendo uma norma abrangente a todos os povos e nações, e inspirou ainda muitas constituições em todo o mundo. Trata-se da declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana em suas necessidades essenciais, considerando a sua existência, o seu desenvolvimento e a participação plena da vida, respeitando ainda as suas diferenças culturais.

Em 1988, a Constituição Federal trouxe em sua essência “a dignidade da pessoa humana” fazendo um elo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No artigo 1º, inciso II da Carta Magna, a cidadania é expressa como um dos fundamentos do Estado brasileiro, cabendo a responsabilidade ao governo de equalizar a desproporção à parte menos favorecida. E em seu parágrafo único expõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ao nascer, cada pessoa é dotada de direitos, e como cita Dallari (1994, p. 7), deve ter a possibilidade de exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento daquelas necessidades básicas. São eles o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade de direitos e oportunidades, à moradia, ao trabalho em condições justas, direito de participar das riquezas, de refúgio e asilo, direito à educação, à saúde, ao meio ambiente sadio, de participar do governo, de participar da política votando e sendo votado nos termos da lei, de receber os serviços públicos, direito de propriedade, à proteção dos direitos, dentre outros direitos e garantias fundamentais apresentados no artigo 5º da Constituição de 1988.

Martins (2003, p. 52) considera a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental afirmando:

Além disso, a Constituição de 1988, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que – já se

disse alhures – sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo. Aliás, a Carta se preocupou não apenas com a instituição, mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal.

Verifica-se assim que, em uma sociedade democrática em que há uma política estabelecida considerando os direitos e deveres de seu povo, o respeito à dignidade da pessoa humana deve nortear todas as relações em sociedade, pois a cidadania é o meio concreto de realização da soberania popular.

A construção dessa democracia desenvolve uma cultura de valorização dos direitos humanos, contribuindo com a formação de pessoas conscientes de seu papel social e atuantes ética e politicamente em sua sociedade. E é nessa evolução democrática que se evidencia o conceito de cidadania descrito por Dallari (2004, p. 24): “a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo”.

Silva (2003, p. 344) afirma que a cidadania “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”.

2 A cidadania em (des)construção

Na Roma antiga a cidadania representava a situação política e os direitos de uma pessoa, diferenciando-os em classes sociais e somente os romanos livres eram considerados cidadãos enquanto as mulheres não tinham direito algum.

Com a Revolução burguesa na Europa, nos séc. XVII e XVIII, a princípio, as classes se distinguiam em burgueses e trabalhadores e os reis governavam absolutos, depois foram controlados pelas revoluções burguesas na Inglaterra (1688 e 1689), nos EUA (Independência, 1776) e na França (Revolução Francesa, 1789). A partir desse período surgiu na França um novo conceito de cidadania exaltando a liberdade e igualdade com o objetivo de dissipar os privilégios de algumas classes, apresentando em sua Constituição novos requisitos para a participação política, mas ainda excluindo mulheres, trabalhadores e pobres. A partir

do século XIX acrescentou-se a ideia de que a cidadania também está ligada ao governo e à vida pública.

Thomas H. Marshall, em 1949, no intuito de desenvolver os direitos e obrigações do cidadão, propôs a primeira teoria sociológica de cidadania. Estabeleceu a seguinte tipologia dos direitos de cidadania: os direitos civis, conquistados no século XVIII; os direitos políticos, alcançados no século XIX; e os direitos sociais, conquistados no século XX.

Marshall estabeleceu a cidadania como a participação integral do indivíduo na comunidade política, e depois da sua concepção, o conceito de cidadania vem se ampliando gradativamente. O autor coloca ainda a relevante importância da educação para o desenvolvimento da cidadania. Segundo Marshall *apud* Carvalho (2011, p. 11):

Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, por uma razão ou outra a educação popular foi introduzida. Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política.

Hoje, o conceito de cidadania abrange não só os direitos e deveres políticos como também incorporou os direitos civis, sociais e econômicos associando a participação integral dos cidadãos na comunidade.

O Brasil deu um importante passo com a Constituição de 1988 ampliando os direitos, e ao mesmo tempo, os deveres de cidadão ao permitir que a sociedade pudesse participar ativamente apresentando projetos de lei, participando de plebiscitos e órgãos consultivos e propondo certas ações judiciais. A construção dessa democracia baseou-se nos princípios do respeito à liberdade, à igualdade e à supremacia da vontade do povo em decidir sobre os assuntos de seu interesse.

Porém, quem não preenche os requisitos para alcançar a cidadania, ainda, está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões. E é seguindo essa premissa que justifico as reflexões e questionamentos propostos neste texto.

O Princípio da força normativa da Constituição, como defende Fachim (2013, p. 134), garante que “as normas constitucionais não podem ser interpretadas como meros conselhos, sugestões ou intenções manifestados pelo constituinte e, na medida do possível, devem ser observados pelo governo”. A Constituição também garante o Princípio da redução das desigualdades sociais e regionais. No entanto, este princípio se restringe quando se refere ao âmbito social, econômico ou cultural relativo ao desenvolvimento econômico.

Analisando a relação desses dois princípios, ter-se-ia uma Constituição plenamente eficaz, primeiramente sendo uma normativa a ser cumprida e segundo com a efetivação dos direitos fundamentais a todos. Mas onde está a eficácia da nossa tão bem elaborada Constituição Federal se o que vemos em nosso país hoje é cada vez mais a evidente desigualdade social? Embora o Brasil tenha avançado na área social nos últimos anos, ainda persistem muitos problemas que afetam diretamente a dignidade das pessoas em suas necessidades básicas. E então, como ser cidadão diante deste cenário tão desigual?

Segundo dados divulgados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) o Brasil está entre os dez países do mundo com o PIB mais alto, mas é o terceiro país com o maior índice de desigualdade social e econômica do mundo. Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU - 2010), as principais causas da [desigualdade social](#) são a falta de acesso à educação de qualidade, política fiscal injusta, baixos salários, dificuldade de acesso aos serviços básicos como saúde, transporte público e saneamento básico.

A economia brasileira cresceu, mas não o suficiente para gerar os empregos necessários e falta uma boa formação educacional e qualificação profissional eficiente. Os índices de violência são crescentes, talvez justificados pela falta de um rigor maior no cumprimento das leis, aliada as injustiças sociais do país. A saúde pública, geralmente direcionada aos menos favorecidos, sucumbe em estado de crise aguda com hospitais e postos de saúde superlotados, falta de medicamentos, de funcionários, de aparelhos, com filas para atendimento e prédios mal conservados. Na educação brasileira pode se observar que a qualidade do ensino é muito inferior causando a deficiente formação do aluno. A falta de investimentos neste setor reflete essa deformidade associada a prédios mal conservados, falta de professores, poucos recursos didáticos, baixos salários, greves, violência dentro das escolas, dentre outros. O contraste social brasileiro se encontra na desigualdade da distribuição de renda onde muitos vivem na miséria e poucos possuem riquezas, e os programas sociais atuais, embora tenham melhorado, são insuficientes e ineficazes para eliminar essa disparidade entre as classes. A falta de moradia digna também é causa de violação dos direitos do cidadão. São milhões de famílias que não possuem condições habitacionais adequadas.

Jeli (1994, p. 41) afirma que é:

[...] relativamente mais fácil falar das violações dos direitos de cidadania em ditaduras. E na democracia? É claro que existe uma grande distância entre a formalidade da lei e a sua aplicação, e uma boa parte das lutas sociais visam encurtar esse hiato. Há também uma grande distância entre a formalidade da lei por um lado

e a consciência e a prática dos direitos dos *presumidos* sujeitos do direito pelo outro. É sobre essa brecha que se inscreve o interesse por indagar a construção da cidadania "a partir de baixo" ou seja a partir das maneiras como aqueles/aquelas que formalmente são definidos/as como cidadãos/cidadãs levam avante as práticas correspondentes a essa condição [...]

A efetivação dos princípios e direitos fundamentais expostos em nossa Constituição configuram condição essencial ao exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana e devem ser respeitados pelo Estado, ao qual incumbe a proteção e promoção dos comandos constitucionais.

O que se presencia hoje em nossa sociedade é o privilégio dos interesses privados em detrimento dos interesses públicos, restringindo o pleno exercício da cidadania de algumas categorias. Considerando essas premissas, alguns estudiosos defendem a ideia de aliar a democracia com a eficiência econômica e a justiça social como solução para o problema.

Considerações finais

O conceito de cidadania precisa ser construído ao longo do tempo no âmago de cada um. Como se aprende a ser cidadão? Esse processo de aprendizagem de direitos e responsabilidades ainda é um grande desafio a ser vencido e deve fazer parte da vida em sociedade constantemente.

Essas mudanças implicam na eliminação de modelos antidemocráticos de exercício do poder como o autoritarismo e o corporativismo. E, como considera Jeli (1994, p. 55)

[...] também uma mudança nas regras que governam a distribuição do poder, o reconhecimento e vigência dos direitos e da legitimidade dos atores sociais. Por sua vez, as pessoas têm que adotar comportamentos e crenças adequadas ou coerentes relativamente à noção de democracia, aprendendo a atuar dentro do renovado sistema institucional. E os líderes políticos e as classes dominantes têm que aprender a reconhecer e levar em conta os direitos e as identidades de atores sociais diversos, renunciando à arbitrariedade e à impunidade.

Para que os resultados comecem a surtir efeito, devem-se somar as mudanças institucionais formais com a criação e expansão de práticas democráticas e de uma cultura da cidadania, não podendo mais admitir a corrupção política tanto de nossos representantes no poder público com desvios de verbas e gastos abusivos, quanto da população desestruturada intelectual e socialmente que se permite corromper por conta de suas necessidades básicas que não foram supridas anteriormente por outros representantes.

Também é possível afirmar que a cidadania se constrói com a educação por meio de pessoas que buscam o conhecimento e se permitem serem verdadeiros partícipes no crescimento de seu país.

O Ministério Público, como instituição defensora da sociedade e do povo dentre outras obrigações, tem o dever de fiscalizar e fazer respeitar os direitos humanos em sentido amplo, em que se exige maior luta para monitorar, prevenir e combater a violência, para garantir a todos o direito à saúde, à educação, para garantir o direito à moradia e muitos outros direitos que transferem a titularidade de pessoa para cidadão com dignidade.

Acima de tudo, verifica-se com alguma margem de certeza, que a busca de uma proteção eficaz da dignidade da pessoa humana ainda não encontrou uma solução eficiente para sanar as mazelas de uma sociedade com tamanha desigualdade social.

Referências Bibliográficas

CARVALHO, J. M. de. 1939- **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

DALLARI, D. A. **O que são direitos da pessoa**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

FACHIM, Z. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JELI, E. Construir a cidadania: uma visão desde baixo. **Revista de cultura de política Lua Nova**, n. 33. São Paulo, 1994. p. 39-57. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books>>. Acesso em 6 ago. 2014.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



NOME SOCIAL: UMA BUSCA PELA DIGNIDADE

*Ana Clara Cabral de Medeiros*¹
*Orlando Monteiro da Silva Neto*²
*Carlos Eduardo Malinowski*³

Resumo: A presença de travestis e transexuais no dia a dia brasileiro é facilmente perceptível, todavia quando o assunto tratado é vida acadêmica e mercado de trabalho, a participação deles é tímida, pode-se notar, então, a clara marginalização dessa parcela da sociedade. O objetivo desse trabalho é compreender as implicações da conquista do nome social sob o prisma de inclusão social, em especial através da dignidade resultante dessa conquista, que gera aplicação efetiva da cidadania não apenas normativa, mas, sobretudo prática. A metodologia abordada é de análise bibliográfica e pesquisa documental.

Palavras-chave: Nome social; Travestis e transexuais; Dignidade. Inclusão social.

Introdução

O nome social é a forma pela qual se identificam ou são identificadas na sociedade as pessoas transgêneras, sua utilização evita constrangimentos na vida das pessoas que não se identificam com o seu gênero biológico, facilitando a realização de atividades corriqueiras, que frequentemente geram desconforto a esses indivíduos.

Para travestis e transexuais atividades habituais possuem uma diferente proporção, uma simples chamada de classe pode gerar um grande constrangimento, já que o nome masculino pode ser atribuído a uma figura feminina. A falta de discussão sobre gêneros e identidade sexual dificulta a compreensão e tratamento dos leigos sobre assunto.

O termo foi utilizado pela primeira vez no Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) o qual orienta “desenvolver meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais” (BRASIL, 2010, p.98). A ideia de criação desse termo tem inúmeras justificativas, entre elas a não compatibilidade entre o nome civil dessas pessoas e

¹ Acadêmica do 1º ano de Direito. E-mail: anna.morghulis@gmail.com.

² Acadêmico do 1º ano de Direito. E-mail: monteiro017@gmail.com.

³ Professor orientador. Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania. E-mail: carlos_em@uems.br.

suas figuras reais apresentadas, pois seu uso causa constrangimento e exposição constante ao ridículo.

1. Transgênero e Sociedade

O primeiro esclarecimento, de suma importância, é a diferença entre identidade de gênero e identidade sexual. A primeira define a forma como o ser identifica-se, masculino ou feminino e a segunda trata do desejo sexual, quando ocorre pelo sexo oposto chama-se heterossexual, pelo mesmo sexo homossexual e por ambos é classificado como bissexual.

O marco de união do movimento ativista travesti foi a década de 70, momento no qual o surto da Síndrome da Imuno Deficiência Adquirida (SIDA) e a violência policial estavam em evidência, o que fortificou a busca pela minimização dos problemas vividos aos denominados grupos de risco. A falta de informação da sociedade a respeito da SIDA e o medo de contágio fez aumentar exponencialmente a marginalização das travestis na sociedade e conseqüentemente a violência contra elas.

A politização desse grupo foi crescendo com o tempo, no entanto, o reconhecimento não foi fácil, pois sofriam preconceito até mesmo de outros grupos marginalizados como o de gays e lésbicas, pois as acusavam de “não contribuírem para a construção de uma imagem social positiva da homossexualidade ao agirem de forma efeminada e espalhafatosa” (COSTA, 2010). Já na década de 80 houve grandes avanços no aspecto jurídico inclusive com a inclusão do termo “orientação sexual” no rol da Constituição de 1988 (CF/88), no parágrafo que coíbe diferentes formas de discriminação. Esse avanço se deve ao ativismo militante desses grupos, pois a conquista é fruto da articulação política desses cidadãos, inclusive, durante a Assembleia Constituinte. A partir dos anos 1980 e 1990, com a inclusão das travestis e transexuais ao movimento gay houve um notório aumento de visibilidade para com a causa.

2. Sua realidade no Brasil

A realidade no Brasil apresenta significativa melhora a partir de nossa constituição cidadã, a qual tem o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º,

III, da CF/88), a busca pela efetiva proteção do ser humano independente do seu papel na sociedade. “Desde o início da década de 1980, percebemos no Brasil um fortalecimento da luta pelos direitos humanos de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais (GLBT)” (BRASIL, 2004, p. 15). A partir desses acontecimentos surge em 2004 o “Programa Brasil sem Homofobia”, programa do governo federal que mobiliza esforços para o combate à homofobia, à capacitação profissional e defesa dos direitos humanos.

Em 2009, o governo federal instituiu o PNDH-3, o qual tem como um dos objetivos estratégicos a garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero a partir do desenvolvimento de políticas afirmativas e de promoção de uma cultura de respeito para favorecer a visibilidade e reconhecimento social. Apesar do grande avanço na inclusão social dessas pessoas, ele é ínfimo perto do que realmente busca-se alcançar, o Brasil é o país onde mais ocorre violência gratuita contra travestis e transexuais no mundo, segundo um relatório da ONG internacional *Transgender Europe*.

Por ter um histórico de exclusão perante a sociedade, ainda mais marcante no mercado de trabalho e no ambiente escolar, onde o assédio moral é costumeiro, esse grupo viu como alternativa a prostituição, profissão que é marcada pelo preconceito e baixo grau de instrução. Em grandes cidades do Brasil é notável a presença da prostituição travesti, por outro lado, deparar-se com um(a) travesti administrador(a) de grande empresa, farmacêutico(a), professor(a) ou médico(a) é uma raridade, evidência da marginalização sofrida por eles(as).

3. Nome Social

A descaracterização do ser por um uso constante de um nome gerador de conflito, tanto interno como externo, agride a individualização desse, pois esta é a função do nome: individualizar, representar, ainda mais importante é a sua incisiva influência em todas as relações que a pessoa venha a desenvolver dentro da sociedade, criando expectativas em relação ao seu papel social.

O fato de receber um nome masculino ou feminino não possui efeito isolado. Junto a isso, faz-se presente todo um ideal de gênero, com práticas e comportamentos categorizados como esperados para cada um e em casos de desvio do padrão disseminado há reações, frequentemente negativas.

A conquista do nome social abre um campo de oportunidades, é um incentivo a uma participação mais ativa desse grupo na vida acadêmica e no mercado de trabalho. Resguardados dos constrangimentos de um nome que não corresponde a sua pessoa natural, travestis e transexuais, portando um nome com o qual se identificam, sentem-se mais confortáveis ao realizar inscrições em vestibulares e concursos, além de todas as atividades que requerem o uso de documentos de identificação.

É evidente a dignidade que o nome social proporciona ao grupo trans, poder viver sem a constante preocupação de ser exposto, ridicularizado gera uma estabilidade e um sentimento de conforto, essa conquista reconhece e oficializa a legitimidade humana dos transgêneros perante à sociedade.

Problemas de identificação são comuns para esses indivíduos, os casos mais notórios estão relacionados à passaportes, identidades, entre outros. Em uma das edições anteriores do Enem duas transexuais tiveram problemas com a identificação e o constrangimento sofrido por elas ganhou bastante repercussão nos veículos de comunicação, em resposta o governo liberou o uso do nome social e já neste ano o aumento da participação foi significativo.

A conquista do nome social é mais árdua para o grupo travesti, uma vez que no Brasil uma das exigências para a mudança do nome civil é a cirurgia de transgenitalização, essa barreira já foi superada por alguns, mas é um entrave que facilmente poderia deixar de existir.

Enquanto essa cirurgia for uma exigência para mudança do nome civil, o nome social é a única solução apresentada às pessoas cuja identidade de gênero é um estigma, amenizando diversos empecilhos vividos diariamente, desencadeados pela falta de representação do nome ao da figura real.

4. Políticas Públicas

No Brasil, existem diversas políticas afirmativas que visam contornar a não representação do nome à figura real, no entanto, a publicidade dessas políticas é tímida, o que ocasiona muitas vezes na não aplicação da lei. A carteira do nome social, no estado do Piauí, reconhecida pela Lei Estadual n. 5.916/2009, não possui efetividade em muitas cidades do interior do estado, por falta de conhecimento da população, criando assim a necessidade de

campanhas de divulgação da Secretaria da Assistência Social e Cidadania, para evitar a recusa de algumas repartições públicas em utilizar a carteira de nome social como documento válido de identificação.

Por meio do Programa Oportuniza Pará, o Governo do Estado do Pará, lança campanha contra a homofobia, violência e desemprego causado pela orientação sexual e identidade de gênero. A partir do programa serão emitidas carteiras de nome social, na capital e nos interiores, as quais terão validade para do o estado e a garantia de tratamento nominal nos órgãos e entidades do poder Executivo do Pará em consonância com o Decreto nº 726.

O Estado de Mato Grosso do Sul garante o direito de serem identificados pelo nome social em documentos de prestação de serviço nos órgãos da administração pública direta e indireta. O Estado do Paraná determina que os estabelecimentos do Sistema Estadual de Ensino deverão incluir o nome social, aos maiores de 18 anos, a partir que requisição por escrito, nos documentos escolares internos, tais como: espelho do Livro Registro de Classe, Edital de Nota e Boletim escolar.

Além dessas, existem outras medidas adotadas nos estados da federação que visam à inclusão social e proteção desses indivíduos. Não é suficiente, mas é uma indicação que o estado não está totalmente omissa para com os problemas vividos por essas pessoas, que sofrem assédio e violência por não se enquadrarem ao papel que a sociedade determina e espera delas.

Existe hoje no congresso nacional um projeto de lei, de autoria do deputado Jean Wyllys e chamada de Lei João Nery, que altera o artigo 58 da Lei n. 6.015/75 (Lei de Registros Públicos) e facilita a mudança do nome civil sem a exigência de cirurgia de transgenitalização. Será um passo vitorioso a caminho do aumento da participação dessa população no mercado de trabalho e no ensino superior, caso seja aprovado.

Considerações Finais

Apesar de avanços serem realizados na questão trans, a resposta do Judiciário em relação a essas questões ainda é muito lenta, pode-se apontar a falta de leis específicas para tais situações como a causa e quando não é a falta da lei, observa-se ausência de efetividade em função da falta de publicidade e orientação. No Brasil essa situação pode vir a mudar com a aprovação do projeto de Lei João Nery, citado no tópico anterior.

O debate e divulgação do tema são primordiais para a real eficácia da medida, não basta apenas sua aprovação, mas também o real reconhecimento por parte da população e de todos os órgãos, estatais e privados.

As medidas em âmbito educativo e trabalhista são ainda mais raras e as mais necessárias para uma real inclusão dos dois grupos, uma vez dentro desses ambientes a real meta de retirar esse grupo da marginalização estará mais próxima de ser alcançada.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**, rev. e atual. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

CARVALHO, M. & S. Ca. Em direção a um futuro trans? Contribuição para o movimento de travesti e transexuais no Brasil. **Revista Latinoamericana**, Rio de Janeiro, n.14, p.319-351, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/6862/4940>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

COSTA, R. S. M. da. **Sociabilidade homoerótica masculina no Rio de Janeiro na década de 1960: relatos do jornal O Snob**. Dissertação de Mestrado em Bens Culturais e Projetos Sociais, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6564/CPDOC2010Rog%C3%A9rioSMartinsCosta.pdf?sequence=1>>. Acesso: 17 jul. 2014.

DUQUE, T. **Montagens e desmontagens: desejo, estigma e vergonha entre travestis adolescentes**. São Paulo: Annablume, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/2868/2035>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

HOGEMANN, E. R. **Direitos humanos e diversidade sexual: O reconhecimento da identidade de gênero através do nome social**. 2014. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/508/392>. Acesso: 08 ago. 2014.

MANSUR, Maria Elizabete do Valle. **Diversidade sexual e o nome social no espaço escolar**. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT4/GT4_Comunicacao/MariaElisabeteValleMansur_GT4_integral.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014. Acesso em: 20 jul. 2014.

NOTÍCIA. Secretaria de Assistência Social e de Cidadania. **Travestis e transexuais querem o reconhecimento do nome social**. Disponível em: <

<http://www.sasc.pi.gov.br/noticia.php?id=424&pes=nome%20social>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PRÓCHNO, C. C. S.; ROCHA, R. M. G. O jogo do nome nas subjetividades travestis. **Psicologia & Sociedade**, Uberlândia, n.23, p.254-261, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822011000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 ago. 2014

SECOM. Defensoria Pública do Pará. **Governo do Estado vai emitir carteira de nome social para travestis e transexuais**. Disponível em: <http://www.defensoria.pa.gov.br/noticia_detalhe.php?ID=11751>. Acesso em: 08 jul. 2014.

SECOM. Ordem dos Advogados de Mato Grosso do Sul. **Decreto que permite travesti usar nome social assegura liberdade, avalia comissão da OAB/MS**. Disponível em: <<http://www.oabms.org.br/Noticia/12828/Decreto-que-permite-travesti-usar-nome-social-assegura-liberdade-avalia-comissao-da-OABMS>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

TGEU. Transgender Europe. **Transgender Europe's Trans Murder Monitoring Project reveals 238 killings of trans people in last 12 months**. Disponível em: <<http://www.tgeu.org/node/435>>. Acesso em: 20 jul. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E ORDEM JURÍDICA INTERNA: TRANSFORMAÇÕES NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Geisikély Medeiros Palácios*¹
*Igor Henrique da Silva Santelli*²

Resumo: A proposta deste artigo, realizado com base na doutrina sobre o assunto, é demonstrar como a ordem jurídica interna brasileira passou a tratar os direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é subscritor após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou o processo de democratização do país. Em um primeiro momento será demonstrado o papel fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos como disciplina disseminadora da importância da criação de mecanismos de efetivação e garantia dos direitos humanos no âmbito global e como influência à abertura das constituições contemporâneas, destacando-se a Constituição Federal de 88, aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Na sequência, será analisado como os tratados internacionais de direitos humanos são formados e incorporados pela ordem interna brasileira à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: direitos humanos; direito internacional; constituição; tratados internacionais.

Introdução

A Segunda Guerra Mundial foi um episódio lamentável na História da Humanidade pelos horrores a que o ser humano foi submetido em um período que costuma se denominar “Era Hitler”. A partir desse terrível conflito, cresceu a nível global a consciência sobre a necessidade de se evitar que violações a direitos humanos tão graves como as que ocorreram nesse período sejam evitadas. Esse cenário modificou o Direito Internacional e influenciou o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que estuda a implementação dos direitos humanos na ordem global. Essa disciplina, por sua vez, influenciou na construção das constituições contemporâneas que, então, passaram a primar pela dignidade humana como princípio a reger as relações internas (ordens jurídicas domésticas) e externas dos países. Embora seja evidente a importância dos tratados de direitos humanos na ordem global, resta saber qual o tratamento dado a esses instrumentos pelo Direito Interno Brasileiro.

¹ Graduanda do 5º ano do Curso de Direito da UEMS

² Graduado em Direito pela Uems, pós-graduado em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD e mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Unipar, com bolsa Capes. Professor do Curso de Direito da Uems.

1. A Proteção dos Direitos Humanos no Direito Internacional

As relações clássicas entre Estados – fundadas basicamente em acordos formais para a manutenção da paz e sobre como os Estados deveriam proceder em caso de guerra -, especialmente com a consciência de que a humanidade da Era Nuclear corria o risco de desaparecer, costumavam ser estudadas na disciplina chamada Direito Internacional Geral (RAMOS, 2004, p. 28).

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma expansão do Direito Internacional que, então, passou a se preocupar não só com assuntos de interesse estatal, mas com temas relativos aos direitos humanos, meio ambiente, integração regional e cooperação interjurisdicional, dentre outros, deixando para trás um Direito Internacional caracterizado por “regras limitadas relativas a temas tradicionais, como representação diplomática, imunidade de jurisdição, determinação do território, bem como no regramento da solução de controvérsias” que, se permanecesse assim, revelar-se-ia perigosamente insuficiente para “assegurar ao homem uma vida pacífica e com um mínimo de dignidade no globo” (RAMOS, 2004, p. 29).

Assim, o Direito Internacional, que antes geralmente se ocupava de assuntos relativos a interesses do Estado (até então considerado o único sujeito de direito internacional), expande-se e, sob a influência do movimento de internacionalização dos direitos humanos, permite a entrada de novo atores no cenário internacional, dentre os quais se destaca o indivíduo, como sujeito de direito internacional (PIOVESAN, 2013, p. 79).

Percebeu-se, então, especialmente após a Segunda Guerra, em razão das atrocidades cometidas durante esse conflito (principalmente pelo nazismo), quando o ser humano foi tratado como “objeto descartável”, uma crescente preocupação com a internacionalização dos direitos humanos, especialmente porque grande parte das violações de direitos humanos, cometidas nesse período, poderiam ser evitadas se existisse um efetivo mecanismo de proteção a esses direitos, o que demonstrou a “necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional” (PIOVESAN, 2013, p.46).

A soma desses fatores contribuiu para que se começasse a pensar que a garantia e a proteção dos direitos humanos – direitos fundamentais sem os quais a pessoa humana é incapaz de se desenvolver, participar plenamente da vida, ou, sequer existir – são de competência não só de determinadas nações em relação aos seus cidadãos (jurisdição doméstica), mas de todos os países (são direitos universais) em relação à pessoa humana que, a partir daí, deixa de ser vista como objeto material do Estado, passando a ser *sujeito de direitos* na esfera global. Essa consciência impulsionou o desenvolvimento da disciplina que estuda a implementação e a aplicação dos direitos humanos a nível global, que se denomina *Direito Internacional dos Direitos Humanos* - cujas normas de caráter

peremptório e imperativo formam o *jus cogens* internacional, isto é, normas convencionadas pela sociedade internacional, as quais não admitem derrogação “por tratados internacionais por deterem força obrigatória anterior a todo direito positivo” - fonte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2013, p. 107).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um *direito de proteção* dos seres humanos e não dos Estados. No plano substantivo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos se forma pela reunião de normas que buscam uma interpretação consonante com “seu objeto e propósito e, no plano operacional, uma série de mecanismos (de petições ou denúncias, relatórios e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios” (TRINDADE apud PIOVESAN, 2012, p. 49).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos passa então a influenciar as ordens jurídicas estatais por todo o mundo, o que ocasionou a abertura das constituições contemporâneas democráticas aos direitos humanos internacionalmente consagrados e, portanto, tomou-se a consciência de que a proteção aos direitos humanos não deve ficar restrita à jurisdição doméstica de cada país, já que assunto de interesse global, que acaba por gerar duas importantes consequências para os Estados: a) a revisão da noção tradicional de soberania, agora relativizada e; b) a cristalização da ideia de que o indivíduo de ter direitos protegidos na esfera global (PIOVESAN, 2013, p. 47).

Assim, a noção de soberania absoluta dos Estados, especialmente quando se fala do Estado Brasileiro pós-Constituição de 1988, encontra-se superada em razão de que, no plano externo, a rigidez dos contornos da Carta Magna de 1988 foi *relativizada* com a reformulação do princípio da autodeterminação dos povos e o reconhecimento do Estado pela comunidade internacional. O processo de relativização da soberania do Estado se verifica com “a atribuição de direitos aos indivíduos, que pode fazê-los valer, perante *jurisdições internacionais*, frente aos próprios Estados a que pertencem” (ZAGREBELSKY apud NOVELINO, 2013, p. 361).

No que se refere ao reconhecimento do ser humano como *sujeito de direitos*, na ordem internacional, André de Carvalho Ramos (2004, p. 12-13) recorda que nem sempre foi assim:

[...] o tema da responsabilidade internacional do Estado desenvolveu-se no chamado Direito Internacional Geral – já superado - como um tema relacionado à proteção de *interesses próprios do Estado*. Assim, mesmo quando a condição tida como lesiva ao Direito Internacional violasse direitos humanos protegidos, considerava-se que a lesão ao indivíduo era uma lesão a um Estado.

E continua o autor dizendo que, nesse caso, defendia-se não o estrangeiro, mas sim o Estado do qual o mesmo era nacional, equiparando o indivíduo a um bem material estatal (RAMOS, 2004, p. 13).

A despeito disso, a concepção de que se deveria proteger o ser humano como *sujeito de direitos* (“cidadão do mundo” ou “membro directo de la sociedad humana”) a nível internacional, devendo lhe ser assegurada a proteção a seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e a emergente consciência da necessidade de uma “sistematização” desses direitos, são alavancas para que em 24 de outubro de 1945, período pós-Segunda Guerra, surja oficialmente a Organização das Nações Unidas (CAZETTA, 2009, p. 12-13).

Em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco na história dos direitos humanos, é aprovada por unanimidade pela aderência de 48 (quarenta e oito) Estados contra 08 (oito) abstenções. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos repercutiu na “moral das nações”, tornando-se, assim, o “código e a plataforma comuns de ação”, com normas de “ética universal” (COMPARATO, 2011, p. 237; PIOVESAN, 2013, p. 48).

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos os direitos humanos adquiriram, a partir dali, duas importantes características: a universalidade e a indivisibilidade. Esta, referindo-se ao caráter indivisível dos direitos humanos, no que se refere à conjugação do catálogo dos direitos civis ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade. Aquela, referindo-se à *condição de pessoa*, requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a *dignidade humana* o fundamento dos direitos humanos (COMPARATO, 2011, p. 238; PIOVESAN, 2013, p. 48-49).

2. O Direito Interno e a Incorporação dos Direitos Humanos Internacionalmente Reconhecidos no pós-Constituição de 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988, reconhecidamente a constituição mais democrática do Brasil que, de resto, abriu o processo de democratização do país, consagrou como seu superprincípio – a orientar toda a ordem jurídica interna – o da dignidade da pessoa humana que, ao fundamentar, tanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto o Direito Constitucional pós-processo de democratização (no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e a abertura à força normativa dos princípios com ênfase na dignidade humana), demonstra que esses campos jurídicos estão em interação, de modo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental. Há, assim, um primado pelos direitos humanos nessas constituições, o que ocorreu também com a CF 88, de modo que é a primazia dos direitos humanos que deve reger o Brasil nas relações internacionais (PIOVESAN, 2013, p. 54-56).

A despeito da importância dos tratados internacionais de direitos humanos para a o Direito Internacional de Direitos Humanos e, inclusive, para o Direito Interno brasileiro, é importante

saber como esses tratados passam a integrar a ordem jurídica nacional, a sistemática, portanto, de incorporação desses tratados no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, que consagrou, no catálogo de direitos e garantias fundamentais, os direitos provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, conforme § 2º do artigo 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/2004.

Dois problemas devem ser enfrentados no momento em que o Brasil adere a um tratado internacional de direitos humanos; um deles é o problema relativo ao processo de formação desses tratados (se automaticamente incorporados ou se necessitam de procedimento legislativo próprio do país contraente), o outro se refere à hierarquia desses tratados na ordem jurídica brasileira.

No que se refere ao processo de formação dos tratados internacionais à luz do direito brasileiro, pressupõe-se a existência de dois atos distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional - por meio de um decreto legislativo, e a ratificação pelo Presidente da República, seguida da troca ou do depósito do instrumento de ratificação, configurando-se a ideia de que o *check and balances* evitaria o abuso de poder pelo Executivo, que, ao assinar um tratado, necessita da aprovação do Congresso Nacional para que ele irradie efeitos na ordem interna brasileira (PIOVESAN, 2012, p. 105-106).

Quanto à hierarquia há grande divergência, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência. Para Flávia Piovesan (2012, p. 127), existem quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. São elas: a) a hierarquia supraconstitucional desses tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal (PIOVESAN, 2012, p. 127).

A despeito de inexistir disposição expressa na Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que, no Brasil, existem três correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos perante a Constituição Federal de 1988: a) a corrente (majoritária do STF) que entende ter os tratados internacionais de direitos humanos e, apenas eles, hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, de modo que podem revogar legislação ordinária anterior, mas não poder ser revogada por ela; b) a corrente (minoritária do STF) que entende ter os tratados internacionais de direitos humanos hierarquia de norma constitucional, independente da aprovação qualificada pelo Congresso Nacional de que trata o art. 5º, §3º, da CF/88 e; c) a corrente isolada encabeçada por Celso D. de Albuquerque Mello, que entendia ter o §2º, do art. 5º, não só atribuído *status* constitucional às normas provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos, como estas prevalecem sobre as normas constitucionais, em razão do princípio da primazia da norma mais benéfica ao ser humano (MAZZUOLI, 2013, p. 112).

Entretanto, em razão do julgamento do RE 466.343 a tese que prevalece no STF é a da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aderidos pelo Brasil antes da EC

45/2004, tendo eles natureza materialmente constitucional. De outra banda, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados segundo os ditames do art. 5º, § 3º, da CF/88 são equivalentes às emendas constitucionais, “são, portanto, material e formalmente constitucionais” (MARINONI, SARLET e MITIDIERO, 2014, p. 1327).

Após aderir voluntariamente a um tratado de direitos humanos, o país deve cumprir com as obrigações internacionalmente adquiridas sob pena de responsabilização internacional por violação de direitos humanos (CAZETTA, 2009, p. 18).

Considerações Finais

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como disciplina propagadora da busca pela efetividade dos direitos humanos, sem os quais não há como o indivíduo viver plenamente, contribuiu efetivamente para a abertura das constituições contemporâneas pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente a Constituição Federal Brasileira de 1988, que passou a tratar do tema relativo à proteção aos direitos humanos com evidente primazia, o que se deve à consagração do princípio da dignidade humana como norte à interpretação das normas constitucionais e, além disso, de toda a ordem jurídica interna brasileira. Além de influenciar na consagração do indivíduo como sujeito de direitos na ordem global, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente após a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos (que consagrou a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos), contribuiu para a formação de inúmeros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos consequentemente aderidos pelas constituições contemporâneas, especialmente a Constituição Brasileira, alargando, assim, o catálogo de direitos protegidos internamente pelo Brasil e possibilitando que, em caso de violação aos direitos humanos internacionalmente protegidos, o Brasil, através da União, possa ser responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento das obrigações contraídas perante a sociedade internacional.

Referências Bibliográficas

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos Humanos e Federalismo - O Incidente de Deslocamento de Competência**. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Saraiva, 7. ed. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

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

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A SÚMULA VINCULANTE E A SUA ATUAL SITUAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*José Augusto de Souza Junior*¹

Resumo: Este artigo aborda o instituto da Súmula Vinculante, de um modo amplo, demonstrando desde a sua criação, até os diversos questionamentos levantados pelos doutrinadores em relação, fazendo um estudo, assim, desde a elaboração deste instituto, suas características e discussões, para que assim, possam ser demonstrados os pontos onde exista uma possível fragilidade do Poder Judiciário. Este trabalho está dividido em cinco tópicos, onde, primeiramente, é tratado sobre a sua origem história; no segundo, aborda-se sobre os requisitos para a elaboração e alterações de uma Súmula Vinculante; no terceiro, aduz sobre a sua obrigatoriedade e os limites objetivos e subjetivos; o quarto trata sobre a reclamação constitucional e os riscos causados pelas súmulas vinculantes; e em seu quinto tópico, discute-se sobre os posicionamentos dos doutrinadores, sendo este o ponto de maior auge dentro deste estudo, onde, são colocados os argumentos positivos frente aos negativos relacionados a este instituto.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante. Fragilidade.

Introdução

O instituto da Súmula Vinculante revela-se, desde os seus primórdios, um instituto gerador, em um modo amplo, de grandes repercussões.

Desde o momento de sua elaboração, até os dias atuais, não há tese plausível, de caráter dominante, para que se haja a possibilidade de que este instituto seja pacificado.

Com a elaboração deste, iniciou-se uma grande divisão sobre os posicionamentos doutrinários, com argumentações sobre se este instituto, realmente, seria a melhor solução para os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, e se realmente podem solucionar, ou ao menos, causar um maior benefício à sociedade.

As divisões ocorridas entre os doutrinadores sobre este assunto criaram duas vertentes de seguidores.

Tendo de um lado, aqueles favoráveis, argumentando que este instituto, tende a diminuir as demandas a serem recorridas e que venham a “subir” às instancias superiores do judiciário, pois ao ser utilizado pelo magistrado alguma Súmula deste caráter, como fundamento de seu julgamento, cessam-se os meios de recurso da parte, quanto esta súmula diz respeito ao mérito ou à causa que se pretenda recorrer, pois estas são elaboradas pelo mais alto órgão do judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, razão pela qual, este posicionamento torna-se irrecorrível quanto à sua matéria.

¹ Acadêmico do quarto ano de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade de Naviraí; E-mail: juniorsouza-90@hotmail.com

Já em contrapartida, aparecem aqueles que são totalmente contra este instituto desde a sua elaboração, em razão de que, isto pode causar certo tipo de cerceamento de algum tipo de defesa ao generalizar os casos, pois inibe a possibilidade de certos fatos serem demonstrados e reavaliados por um órgão colegiado, o que por ventura, pode vir a mudar o posicionamento destes, pois se os recursos e teses contrárias a estas súmulas, não podem ser reavaliados, então as Súmulas Vinculantes se tornarão um entendimento “eterno”.

Sem os posicionamentos contrários, com teses embasadas em fortes argumentos, os ministros jamais sentirão a necessidade de reavaliar o conteúdo das súmulas, confrontando-as com os novos argumentos apresentados e verificando assim, se estas realmente ainda estão válidas com o desenvolver da sociedade.

Ao serem elaboradas, tais Súmulas vinculam todas as demais decisões a serem dadas pelo Judiciário, em razão disso que possuem este nome, pois são elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal, assim, excluem qualquer outra decisão ao contrário, tonando-as, motivo de recurso, onde assim, ao invés da súmula ser utilizada pelo órgão julgador, será utilizada, pela parte, como matéria de recurso.

Muitas Súmulas Vinculantes, ao serem elaboradas, causaram inúmeras discussões e entre os doutrinadores, aplicadores do direito, e profissionais que possuem um contato constante com este assunto.

A Súmula Vinculante nº 11, é um dos maiores exemplos destas discussões, pois trata-se do uso de algemas pelos agentes que aplicam as leis, onde tal instituto trouxe um novo modo de se aplicar e se utilizar as algemas.

Súmula Vinculante nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado. (inteiro teor da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal).

O centro da questão diz respeito ao uso ou não das algemas em pessoas detidas ou durante a condução no momento das diligências criminais, por exemplo, prisão em flagrante, cumprimento de mandado de prisão, reconstituição de crimes, entre outros e nas audiências judiciais.

Grande questão sobre o assunto da súmula, é que tal aduz que, o agente público que optar pelo uso da algema, deverá justificar por escrito, sob pena de sofrer sanções penais, civis e administrativas.

Assim, possui como objeto deste trabalho, a discussão para que sejam ressaltados alguns temas de grande relevância sobre este assunto, dentre os quais citamos os requisitos para a elaboração de uma súmula vinculante, as lacunas criadas por tal instituto e as discussões referidas a este instituto, expondo as suas características e pontos que se deve dar uma maior importância, pois se afigura, com grande intensidade, ao meio social.

1. Origem histórica da Súmula Vinculante

As discussões existentes ao entorno das súmulas, com efeito vinculante no Brasil, são antigas, no entanto, até a Emenda Constitucional nº 45, as mesmas não haviam sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, já haviam decisões que eram prolatadas pelo STF que “obrigavam” os demais órgãos a seguirem tais posicionamentos.

Sabe-se que o objetivo das reformas legislativas, tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional, sempre foi o de buscar a celeridade da tramitação dos processos judiciais, com o intuito assim, de garantir a razoável duração do processo, conforme é previsto no art. 5º, LXXVIII, o qual foi inserido pela emenda nº 45, causando assim a reforma do poder judiciário. Assim, verificasse que há uma grande gana de se aprimorar a efetividade do poder jurisdicional, onde a sociedade clama por tal busca, demonstrando, cada vez mais descrente com este sistema.

Neste norte, Marcelo Augusto Scudeler (2006. p. 44), posiciona-se que “todas estas mudanças possuem o propósito de minimizar os efeitos sociais e econômicos gerado pela excessiva morosidade da atividade jurisdicional do País, que gera inegável insegurança jurídica”.

Isto não foge do contexto da súmula vinculante, pois a sua incorporação ao ordenamento jurídico busca, sobretudo, a diminuição dos recursos interpostos pelas partes, sendo estes, um dos principais pontos da excessiva demora nos julgamentos dos processos que chegam as fazes recursais, e ainda, a unificação das jurisprudências.

Quanto ao desenvolvimento das leis que foram aplicadas no Brasil, houve várias mudanças desde o seu descobrimento, iniciando este na fase colonial, onde se conheceu decisões que possuíam o condão de vincular outros órgãos, em razão de que o direito português seguir integralmente as normas impostas pela metrópole.

Na metrópole portuguesa havia a Casa da Suplicação, sendo este o seu mais alto tribunal, o qual possuía a função de resolver as dúvidas apresentadas pelos julgadores por meio da emissão dos “assentos”, que possuíam força obrigatória, tendo estes que serem acolhidos pelas instancias inferiores, regra que também era válida para a colônia, a qual passou a ter a sua própria Casa da Suplicação apenas em 1808, com a vinda da Coroa Portuguesa.

Em 1822, foi decretada a Independência do Brasil, o qual precisaria de sua própria “Casa da Suplicação”, um órgão máximo para resolver as discordâncias quanto às normas que eram aplicadas no território brasileiro, foi então criada, neste ano, o Supremo Tribunal de Justiça (antecessor ao Supremo Tribunal Federal, o qual permaneceu com essa nomenclatura até 1891).

Com a extinção da Casa de Suplicação, extinguiram-se também, os “assentos”. Aduz Diadone (2006, p. 39), que, “Os ‘assentos’ deixaram de ser emitidos sob a fundamentação de que a única base para os julgamentos seriam a Lei, surgindo então as codificações legais”.

Assim, com a extinção dos assentos, a necessidade de uniformização jurisprudencial permaneceu, tendo deste modo, ocorrido à concessão ao STF a prerrogativa no que concerne ao direito constitucional e federal.

O então ministro Victor Nunes Leal, o qual era integrante da comissão da jurisprudência do STF, em 1963, instituiu as súmulas. Tal instituto possuía a mesma nomenclatura que os julgados que eram dados de maneira reiterada sobre a mesma matéria pela corte, estando estas previstas no regimento interno do referido tribunal, no entanto, aquelas, possuíam apenas o intuito de orientar as instâncias inferiores, de acordo com a postura do STF.

Com o passar dos tempos, surgiram outras tentativas com o intuito de trazer ao direito pátrio, algo comparado à figura dos assentos, no entanto, estas foram frustradas, em razão de serem julgadas inconstitucionais.

As súmulas vinculantes, após várias discussões, foram inseridas de modo expresso ao ordenamento jurídico brasileiro, pela emenda constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, a qual acrescentou o art. 103-A, à Constituição Federal, possuindo a seguinte redação:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Em complemento, em 2006, foi elaborada a Lei nº 11.417, com o objetivo de regulamentar o art. 103-A da CF, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de uma Súmula Vinculante.

Assim, é possível observar e obter a confirmação de que, embora a Súmula Vinculante ser admitida expressamente, apenas após o advento da emenda constitucional nº 45/2004, há muito seu ideal já se encontrava no direito pátrio.

2. Requisitos para Elaboração e Alterações de uma Súmula Vinculante

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi inserido o art. 103-A, conforme relatado acima, o qual, em seu próprio teor, revela os requisitos para a elaboração de uma súmula vinculante e os seus objetivos.

2.1. Quanto ao Quórum

Nestes termos, aduz Mendes (2014, p. 977-978), a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal, sendo 8 (oito) votos, devendo esta, incidir sobre matéria de cunho constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas deste tribunal. Esta norma explicita que a súmula terá como objetivo, superar

controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, abrangendo-se assim, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais.

2.2. Quanto a Preexistência de Reiteradas Decisões

Mendes (2014, v. 2, p. 978), assevera ainda, sobre a preexistência de reiteradas decisões quanto à matéria constitucional, exigindo-se, aqui, que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no STF, buscando obter-se a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se assim, a possibilidade de edição de uma súmula vinculante, com fundamento em decisão judicial isolada, sendo necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, com a mesma interpretação.

Quanto a este ponto, Moraes (2006, p. 516), discorre que sobre a controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, entende que esta previsão constitucional reflete a garantia da segurança jurídica ao exigir a necessária discussão sobre os múltiplos argumentos jurídicos antes da edição da súmula vinculante.

Sálvio de Figueiredo Teixeira (Apud. Moraes, 2006, p. 516), aduz que, “as súmulas vinculantes serão elaboradas com base na maturidade do trabalho jurisprudência, fruto de lenta e prolongada atividade técnica dos juízes, de muitas e longas discussões, da observação atenta dos casos repetidos”.

A súmula vinculante, ao contrario do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, podendo ser editada, após decisão do plenário do STF ou de decisões repetidas das Turmas.

Assim, segundo posicionamento de Mendes (2014, p. 978), esses requisitos definem o próprio conteúdo das súmulas vinculantes, pois, em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, onde envolvem matérias de cunho, administrativo, previdenciárias, tributárias, ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização.

2.3. Quanto aos Legitimados

Conforme é elucidado no §2º do art. 103-A da Constituição Federal, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento da sumular poderá ser provocado pelos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que estiver escrito em lei. São legitimados para propor estas ações, de acordo com a Lei 11.417/2006, citada anteriormente, a qual regulamenta o art. 103-A da CF, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, partido político com representação do Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estado ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Quanto aos municípios, estes poderão propô-las, incidentalmente, no curso do processo em que seja parte.

Deste modo, conforme explica Mendes (2014, p. 978), é autorizado ao legislador ampliar o elenco de legitimados, onde parece altamente recomendável que venham a ser contemplados com esta legitimação, por decisão legislativa, tribunais e juízes, uma vez que eles lidam cotidianamente, com os processos que podem dar ensejo à formulação de súmulas.

2.4. Quanto a Publicação

É estabelecido ainda, como requisito, em razão de seu caráter vinculante e de força de lei, para o Poder Judiciário e à Administração, que as súmulas vinculantes sejam publicadas no Diário Oficial da União, com o objetivo de assegurar, assim, a sua adequada cognoscibilidade por parte de todos aqueles que lhe devem obediência (Mendes 2014, p. 978).

2.5. Quanto à Edição, Revisão ou Cancelamento

Quanto ao cancelamento de uma Súmula Vinculante, tal como na edição, o cancelamento ou a revisão desta, poderá verificar-se mediante decisão de 2/3 dos membros do STF, de ofício ou por provocação daqueles definidos em lei, dentre eles, os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade. Sendo esta possibilidade de grande relevância, pois, estas são geradas de acordo com a própria natureza da sociedade e do Direito, os quais estão em uma constante mudança, gerando assim, a necessidade de que em tempos, estas sejam novamente analisadas e verificadas, por um processo conforme aquele necessário para a sua elaboração, pois é necessária uma discussão cuidadosa, para que assim, se entrem em um pleno consenso de que esta, realmente, precisa ser alterada, ou até cancelada.

Com tal instituto, o STF passa a ter prerrogativa de impor suas orientações jurisprudências às instâncias ordinárias, passando a ter “competência legislativa”, pois os textos de suas súmulas ditam como será a atuação do judiciário, principalmente em primeira instância, e da administração pública em determinados casos concretos.

Esta é uma clara demonstração do princípio da legalidade, descrito no inciso II do art. 5º da CF/88, onde o mesmo aduz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Porém, deve-se verificar que o STF, não edita leis, e que deste modo, seria um verdadeiro caso de usurpação da função legislativa pelo judiciário.

3. A Obrigatoriedade e Limites Objetivos e Subjetivos da Súmula Vinculante

Conforme elucidada Mendes (2014, p. 979), os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação.

É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isto é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.

Mendes (2014, p. 979), nada mais quer dizer do que, ao analisar as súmulas vinculantes, devem-se tomar por base os precedentes que foram utilizados para que tal súmula fosse elaborada, pois assim, será possível entender o por que de tal súmula e em quais casos esta melhor se encaixa.

Assim, não sendo muito incomum de acontecer, surge a necessidade de se recorrer as tais referências das súmulas para que seja possível dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado.

É de caráter inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado eventualmente fixado.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cun grano salis*. Onde talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da CF/88 e das leis interpretadas. Assim, a desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Deste modo, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar, com toda essa mudança de orientação (Mendes, 2014, p. 980).

4. Reclamação Constitucional e os Riscos Causados pelas Súmulas Vinculantes

É estabelecido no art. 103-A, §3º da CF/88 que:

§3º do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

A reclamação constitucional está prevista no art. 102, I, I da CF/88,

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

Esta possui a finalidade de preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, consagrando, de acordo com o modelo constitucional adotado, a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula.

Este instituto é considerado como uma inovação do sistema, em razão de que as reclamações contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante eram praticadas de uma maneira intensa.

No entanto, este instituto gera algumas preocupações, conforme levanta Mendes (2014. p. 981), pois, a adoção de súmula vinculante para a Administração Pública exige a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a

observância por parte destas dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos - desta vez de reclamações - para o STF.

Por este motivo, vê-se a necessidade de que a lei preveja um procedimento administrativo adequado de modo a permitir, quando possível, que as questões levantadas possam ser dirimidas na pela própria Administração, em sua esfera, sem necessitar recorrer ao Judiciário.

Sendo este um ponto de grande fragilidade, por ser até comparado como abusivo tal procedimento, pois é admitida a reclamação sem que se tenham esforços para que a mesma seja solucionada no âmbito administrativo.

Assim, tal ponto é de grande relevância quanto este novo instituto criado pela Emenda Constitucional de 45/2004, pois o que não pode ocorrer, é a substituição da crise numérica de recursos extraordinários, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal.

Entende-se deste modo que, em relação a este ponto, que a súmula vinculante somente será eficaz, com a finalidade de reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instancias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado, assim, não se poder haver um espaço de tempo muito amplo entre o surgimento da controvérsia com a ampla repercussão e a tomada da decisão com efeito vinculante.

Caso contrário, a súmula vinculante perderá seu efeito pedagógico-institucional, deixando de cumprir sua função de orientação das instancias ordinárias e da Administração Pública em geral, ficando sua eficácia restrita aos processos ainda em tramitação.

Outro ponto de grande discussão entre os doutrinadores e juristas, está relacionado à afirmação dada por alguns de que este instituto “engessa” o direito, onde coloca uma verdadeira “camisa de força” no julgador, causando assim a sua limitação, deixando de lado assim, o seu livre convencimento.

No entanto, tal instituto está longe de praticar estes atos, pois exerce, na verdade, papel de grande importância jurídica, sendo o de manter, de certa forma, a paz social e a segurança jurídica, em virtude de suas decisões pacificadas, podendo estas serem, a todo o momento, supervisionadas por mecanismos de controle e por órgãos que possuem a competência de intervir, quando verificadas que a mesmas tendem a influenciar de maneira negativa à sociedade.

5. Discussões doutrinárias sobre o tema

Muito se discutia sobre qual seria a solução para o grande problema da lentidão quanto aos julgamentos das lides perante o Judiciário, e tenta-se, de todos os modos, encontrar soluções para que tal problema seja sanado.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, veio com a finalidade de tentar resolver tal problema acrescentando o art. 103-A a Carta Magna, onde foi instituído ao Supremo Tribunal Federal, o poder de elaborar as Súmulas Vinculantes, conforme explicado nos tópicos anteriores.

No entanto, não se imaginava que tal instituto geraria tanta discussão por parte dos doutrinadores, fazendo assim, com que se houvesse uma grande divisão, onde de um lado ficaram os que apoiam a elaboração de tal instituto, e do outro, aqueles que possuem grande receio quanto ao mesmo.

Ainda o professor Streck, apud Veríssimo (2005), aborda sobre o conflito entre a lei e a súmula, pois em um conflito, qual prevaleceria? Ao se dizer que a lei iria se sobrepor a súmula, seria o mesmo que dizer que este instituto é inútil, que foi criado sem objetivo concreto, onde o julgador, poderia então, descartar qualquer súmula que fosse constatada contrária a uma lei. Porém está, claramente não é a intenção do instituto. Assim, ao se verificar que a súmula é um instituto válido, possuindo força de lei, o Judiciário passa a assumir uma postura a qual foge de suas atribuições, sendo esta a de legislador ordinário e constitucional.

O professor Neves (2007. p. 81), elucida quanto ao corolário da divisão dos poderes, sendo esta a divisão entre política e administração, onde ainda sustenta que, a ausência ou deformação do princípio da divisão de poderes, leva à desdiferenciação das esferas de vida e tem-se demonstrado incompatível com a complexidade da sociedade atual.

Assim, os entendimentos, são de que o STF vem realizando, quanto à utilização das súmulas vinculantes, atos que a tornem uma afronta à Carta Magna, em razão de que a expressa linha, responsável pela separação dos poderes, vem sendo constantemente ultrapassada.

A mero título de exemplo é possível perceber que o próprio guardião da Constituição vem demonstrando que utilizará um instrumento previsto na própria lei fundamental para desrespeitá-la, sendo estes, as Súmulas Vinculantes nº 05 e 11, *in verbis*:

Súmula Vinculante n.º 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.

Súmula Vinculante n.º 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

Assim, com base nestes exemplos, nota-se que o STF editou súmulas referentes às questões que não possuem leis, as quais versem sobre o assunto, desrespeitando assim, de maneira frontal um dos objetivos deste instituto, sendo, de acordo com art. 103-A da CF, “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”.

Ao analisarmos a referida Súmula Vinculante nº 05, verificamos tamanha contradição, pois a própria Constituição Federal de 1988 julga ser essencial o advogado à administração da justiça¹.

Outro exemplo de afronta que se pode dar é a súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, a qual é totalmente oposta a tal súmula vinculante dizendo, “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”, assim como a lei que regulamente o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, Lei nº 9.784/99, a qual não dispensa a atuação do advogado em procedimento administrativo disciplinar.

Para complementar, ainda há o estatuto da advocacia, lei nº 8.906/94, a qual, em seu art. 2º, *caput*, e §1º, também preceitua a essencialidade do advogado.

Assim, não há lei onde ocorra a dispensa a defesa técnica por advogado, assim, constata-se que a súmula referida, não verificou a validade ou eficácia de norma com este fim, e muito menos lhe deu interpretação conforme a Constituição.

Esta súmula iniciou-se de um processo similar ao processo do legislativo.

Assim, concluí-se que o ato praticado pelo Supremo Tribunal Federal, foi simplesmente o de legislar!

Já no que concerte a Súmula Vinculante nº 11, é claro que esta foi elaborada em razão de ser constatada pelo STF a necessidade de regulamentar o uso de algemas, em razão de alguns “supostos” abusos que estavam ocorrendo, e por não existir lei referente a esta matéria, decidiu então, regulamentá-la.

¹ Art. 133. O advogado é essencial à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Analisemos a Teoria Tridimensional do Direito, conforme Reale (2003, p. 64-68), explica para uma melhor compreensão quanto a este caso.

Este doutrinador aduz que, para o surgimento de uma norma jurídica, é necessário a junção de três elementos, sendo eles, o fato, o valor e a norma.

Onde, o fato é nada mais que o fato social que passa a ter relevância jurídica dentro de uma determinada sociedade; o valor esta relacionado à valoração de um fato, ou ação realizada pelo legislador quando da propositura, discussão e aprovação das normas jurídicas, onde é avaliada certa conduta na sociedade e como regulá-la de maneira a se manter a ordem social, e a norma é o produto de um fato valorado, que adquire o poder de coerção social.

Deste modo, novamente o Supremo realizou fato atípico à sua competência, pois constatou a existência de um fato social relevante, exerceu sobre ele um juízo de valor e após isso, editou uma suposta “norma jurídica”, sendo esta, a Súmula Vinculante nº 11, a qual é englobada por generalidade e abstração, para que fosse regulamentado o uso de algemas pelas autoridades públicas.

Vale ainda ressaltarmos as diversas críticas exercidas por Tavares (2009, p. 155-156)) quanto à súmula vinculante nº 11, sendo transcritas, *ipsis litteris*:

Esta súmula vinculante demonstra, novamente, o desrespeito do STF aos requisitos constitucionais mínimos para a aprovação desta medida. Isso porque o art. 103-A da Constituição é expresso ao determinar a necessidade de “reiteradas decisões” sobre matéria constitucional para a edição de súmula vinculante que, como enfatizei ao longo deste estudo, é uma exigência coerente com a necessidade de profundo amadurecimento prévio à deliberação favorável à edição de uma súmula com efeito vinculante.

Nesse sentido, inexistiram no Supremo Tribunal Federal reiteradas decisões sobre a questão da limitação do uso de algemas por agentes ou autoridades policiais, que pudessem justificar a aprovação de referida súmula vinculante, comprovando a violação ao dispositivo constitucional referido. O STF tanto tem desrespeitado o formalismo inerente a uma decisão desse quilate como também os próprios pressupostos materiais que deveriam estar presentes para que se editasse legitimamente uma súmula de efeito vinculante.

Assim, verifica-se que a partir do momento em que os ministros do STF passam a consagrarem-se também legisladores, perdem toda a sua legitimidade, e por esta razão, o ato normativo, o qual parte de conduta inconstitucional, desde a sua elaboração, se torna inconstitucional, nascendo assim, englobada pela nulidade *ab ovo*.

Considerações Finais

A súmula, dotada de efeito vinculante, em regra por ser elaborada pelo Guardião da Constituição Federal, deveria ser uma das soluções para os problemas encontrados quanto ao grande volume de processos em fases recursais que “sobem” ao Supremo Tribunal Federal e a grande garantidora de uma maior segurança jurídica quanto às decisões que fossem prolatadas pelos tribunais.

Esta era a ideia a qual deu origem a este instituto, no entanto, não foi este o resultado alcançado.

Primeiramente, vale-nos ressaltar sobre uma troca que poderá ocorrer, onde terá como resultado o mesmo problema, o qual foi um dos objetivos para a criação da súmula vinculante, o acúmulo de recursos que chegam ao STF.

Pois, ao realizar a elaboração deste instituto, pretende-se diminuir os recursos que chegam ao STF, contudo, criou-se um novo problema o qual se deve tomar cuidado e ser sanado com a devida urgência.

Este problema, nada mais é do que a Reclamação Constitucional, também novo instituto criado com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, as quais poderão ser apresentadas ao STF, quando ato administrativo for contra alguma Súmula Vinculante.

Assim, não se pode trocar um problema por outro de mesma magnitude, sendo necessário rever os procedimentos administrativos para que estes atos não cheguem com tanta facilidade e por qualquer motivo a este órgão, caso contrário, será gerado o mesmo problema, e assim, um instituto elaborado para solucionar os problemas ocorridos com o Poder Judiciário, causaria ainda mais discussões e seria o fato gerador de uma nova problemática, pois, caso o mesmo problema for prolongado, sem as devidas medidas para a sua correção, tornar-se-á um motivo de mais uma preocupação e de difícil solução, voltando-se, a “estaca zero”.

Outro ponto de extrema fragilidade e preocupação, se refere quanto ao conteúdo de algumas Súmulas, como a número 5 e 11, citadas acima, onde há perfeita contradição com a própria CF/88 e outras leis e até com súmula do STJ, causando a inconstitucionalidade de tais, por ficar claramente demonstrado que o Supremo, ao elaborar estas súmulas, violou, de modo inaceitável para tal órgão, os próprios requisitos de validade para elaboração de uma súmula vinculante.

Ou seja, o principal órgão do poder Judiciário, aquele que possui a responsabilidade de zelar pela proteção e guarda do ordenamento jurídico brasileiro, edita “normas” que vão contra seus próprios princípios e diretrizes, demonstrando e ratificando, assim, o estágio de fragilidade que se encontra o Poder Judiciário Brasileiro.

Referências Bibliográficas

BRASIL. C. F. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29. Jul. 2014.

DIADONE, D. S. **A Súmula Vinculante e Impeditiva**. São Paulo: LTR, 2006.

FARIA, M. P.. **Súmula vinculante: argumentos contrários e favoráveis do instituto**. IN: LFG 2008. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080616104912535&mode=print>. Acesso em: 01 ago. 2014.

IAMARINO, M. G. C. **Súmula Vinculante - Stare Decisis Doctrine**. IN: **Metodista - A revista do Direito da Inimep**. 2008. Disponível em: <

<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/465/141>. > Acesso em: 28 Jul. 2014.

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Saraiva. 2014.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, M. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

STRECK, L. L. **As Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira**. IN: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 01 ago. 2014.

TAVARES, A. R. **Nova Lei da Súmula Vinculante**: Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Método, 2009

VERISSÍMO, D. P. A. **Súmula vinculante**: análise crítica na visão do professor Lenio Luiz Streck. IN: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12509> Acesso em: 01. ago. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS USUÁRIOS DE CRACK NUMA PERSPECTIVA JURÍDICA CRÍTICA

*Beatriz Andrade de Azevedo¹
Igor Henrique da Silva Santelli²*

Resumo: O estudo apresenta uma análise do instituto da internação compulsória dos usuários de drogas, (em especial o *crack*) e como a ausência de requisitos legais de suma importância na Lei nº 10.216/2001 torna a medida violadora da dignidade humana, bem como dá margem à ocorrência de inúmeras violações de direitos fundamentais dos indivíduos que são submetidos a esse tratamento em comunidades terapêuticas. Assim, passando-se por uma explanação acerca da evolução da cultura jurídica sobre as drogas e sobre fenômenos sociológicos como a higienização e a medicalização, o presente artigo passa a analisar a previsão legal da internação compulsória e seus efeitos no plano concreto. Indicando os principais problemas que envolvem essa prática, como o preconceito e os interesses políticos e econômicos disfarçados de boas intenções, o estudo finaliza demonstrando que as internações compulsórias, como usadas, são ilegítimas e, em verdade, violadoras diretas da dignidade humana desses indivíduos, que têm sua liberdade suprimida sem a possibilidade de defesa ou de um devido processo legal.

Palavras-chave: droga; higienização; medicalização; autonomia pessoal; dignidade humana.

Introdução

O instituto da internação compulsória de usuários de *crack*, previsto na Lei nº 10.216/2001, é cercado de aspectos jurídicos e sociológicos complexos e à medida que tem sido cada vez mais usado como ferramenta de política pública mais tem motivado discussões polêmicas em diversos âmbitos, como o da Psicologia e da Medicina. Rejeitando a aceitação como dado inquestionável a suposta e simplista necessidade de “rigor” no enfrentamento da “epidemia de crack”, este trabalho traçará seu caminho por uma análise interdisciplinar da postura historicamente assumida pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelas instituições políticas, jurídicas e de saúde mental, em geral, quanto ao uso *e ao usuário de drogas*, além de empreender uma abordagem crítica do

¹ Graduanda pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

² Graduado em Direito pela UEMS, pós-graduado em Direitos Humanos e Cidadania, pela UFGD e mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense, com bolsa Capes. Professor do Curso de Direito da UEMS.

regramento jurídico da internação compulsória como “método de tratamento”. Essa análise possibilitará à presente pesquisa submeter a validade da internação compulsória a um exame sob a teoria dos direitos fundamentais, em especial sob as determinações específicas que emanam diretamente da norma-princípio da dignidade da pessoa humana.

1. A Cultura Jurídica sobre as Drogas e as Deficiências das Regras sobre Internação Compulsória

A cultura jurídica sobre as drogas, como ensina Bacellar (2011, p.38), foi marcada desde as décadas de 1970 e 1980, por uma política de “guerra contra as drogas”, que traz consigo um preconceito contra o usuário dessas substâncias, nesse contexto visto como um sujeito socialmente perigoso ou, como pejorativamente apontado no jargão popular, “vagabundo”. Tem-se, a partir daí, o ideal de guerra e repressão como orientação da postura das instituições jurídicas, que foram treinadas para atuar de acordo com esse modelo repressivo-punitivo.

Bacellar (2011, p.38) explica, nessa linha, que a “guerra contra as drogas” se torna, na verdade, uma guerra contra o próprio usuário, inculcando na sociedade a ideia de que a repressão a esses indivíduos resolveria o problema. Contudo, tal visão simplista, que combate e exclui o dependente químico, ao invés de resolver o problema, agrava-o ainda mais.

Nesse contexto de repressão, a antiga Lei de Drogas - Lei nº. 6.368/76, em seu artigo 16, tipificava o do uso dessas substâncias, prevendo para a conduta do usuário pena privativa de liberdade consistente em até dois anos de detenção. Contudo, a partir dos avanços da Constituição Federal de 1988 e do advento da Nova Lei de Drogas - Lei nº 11.343/06, ainda que não tenha havido uma descriminalização ou despenalização da conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio, foi possível, através de uma melhor compreensão do legislador sobre a problemática que envolve o usuário de entorpecentes, deixar de aplicar a pena restritiva de liberdade por entender que estas não são eficazes nem para o usuário e tampouco para a sociedade.

Em contrapartida a esse avanço legislativo, como uma espécie de punição ao usuário de drogas, os magistrados por várias vezes determinam que o indivíduo seja internado compulsoriamente, ou seja, submeta-se a um tratamento psiquiátrico, mesmo contra sua

vontade. A internação compulsória está prevista na Lei nº 10.216/2001 e consiste na modalidade de internação psiquiátrica que é realizada por meio de uma determinação da autoridade judicial.

Nas sociedades de modo geral, podemos observar que alguns indivíduos ou grupos, assim como os usuários de drogas, são lembrados e reconhecidos por determinadas características consideradas negativas, de modo que o destaque a esses traços os desmoraliza a ponto de impedir que os demais integrantes daquela sociedade os vejam de outra maneira, ficando esses indivíduos reduzidos apenas ao significado de suas marcas ou *estigmas*. Para Santelli e Brito (2014, p. 66), o estigma social está presente na sociedade e designa “um traço distintivo de alguém, que atrai a atenção e indica a existência de um atributo socialmente indesejável”.

Desde seu início, a psiquiatria brasileira se utilizou de conceitos europeus para intervir no comportamento dos indivíduos considerados desviantes, adotando um método de isolamento para tratamento em hospitais psiquiátricos, que não visava uma cura para os acometidos de transtornos mentais, mas sim excluí-los do seio da sociedade para que esta não se sentisse amofinada, ocasionando um verdadeiro processo de legitimação da exclusão e supremacia da razão (MESQUITA et al., 2010, p. 03).

Neste passo, a internação compulsória como política pública nada mais é do que uma forma de “higienização”, ou seja, de eliminação de indivíduos considerados “indesejáveis” numa determinada sociedade. Ainda que muitas evoluções sociais tenham ocorrido, no sentido do enfrentamento ao preconceito e exclusão, Pedro Paulo G. Bicalho - Coordenador da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia (2013, p. 17), lembra de que na conjuntura política em que vivemos, as drogas são consideradas uma epidemia social; e os sujeitos com ela envolvidos, lixo. Um lixo que demanda limpeza e, assim, a legitimação de um “neo-higienismo”.

Obviamente, qualquer medida que vise executar a chamada “limpeza social” por meio de idealizações do que seria um padrão aceito de comportamento ou por mero interesse governamental fere inúmeros direitos fundamentais e, por essa razão, merece uma análise crítica justamente o poder que se dá por meio da sutileza, fazendo funcionar práticas que afrontam esses direitos, operando a partir da lógica da proteção e do cuidado. Nesse sentido, Pedro Bicalho (2013, p. 19) alerta sobre a necessidade de examinar as práticas que, vestidas de boas intenções, produzem sofrimento e exclusão.

Kinoshita (2013, p. 23) assevera que várias propostas políticas atuais decorrem de um julgamento prévio e discriminação de grupos. O autor explica que, para alguns, o simples fato de um grupo de usuários de drogas estarem em uma praça pública é o bastante para que eles possam ser compulsoriamente recolhidos. Trata-se, na verdade, de ato discriminatório e contrário ao Estado de Direito, pois o pré-julgamento de qualquer grupo, com a consequente tomada de decisões sobre ele, viola imediatamente os direitos de seus integrantes.

É sob o pretexto do tratamento da dependência química que se insere o fenômeno da *medicalização*, que consiste num processo de domínio que a medicina exerce sobre o modo de vida humano, passando a ditar conceitos e interferir nos padrões morais e comportamentais. Para Hora (2012, p. 01), “o fenômeno da medicalização social surge e se desenvolve, historicamente, no contexto das sociedades disciplinares” e dessa forma estende a atuação da medicina para o plano político, tendo como objetivo a “intervenção política no corpo social”.

Logo, o domínio da cultura da medicalização importa na intolerância da diversidade cultural e comportamental presentes em qualquer convívio social, que passam a ser vistas como um tipo de “patologia” que deverá receber um diagnóstico e, conseqüentemente, tratamento. No caso da internação compulsória de usuários de drogas em situação de rua, essa intolerância tende a aumentar quando há em jogo interesses políticos que fundamentem uma intervenção social, como a realização de um grande evento como a Copa do Mundo ou em áreas cobiçadas pela especulação imobiliária, o que faz com que o Estado, em parceria com os médicos, realize várias operações de internação coletiva, que funcionam como verdadeiras faxinas, assim como já feito inúmeras vezes nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Quando falamos em clínicas de tratamento de dependência química ou comunidades terapêuticas, os problemas são graves. A falta de métodos concretos de tratamento e de profissionais de saúde capacitados para esse trabalho se somam às inúmeras denúncias de violações dos direitos humanos daqueles pacientes, violações estas que se tornam regra nesses ambientes, que insistem em vincular “tratamento” à noção de castigos ou penas.

Acerca da realidade das comunidades terapêuticas, a Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal de Psicologia (CFP, 2011, p. 189), coordenou em setembro de 2011, uma inspeção nacional em 68 unidades de tratamento, localizadas em todos

os estados da Federação, detalhando em todas elas a realidade encontrada, os métodos de tratamento utilizados, bem como as violações de direitos humanos observadas. Ao final, o relatório conclui que as comunidades terapêuticas possuem os mesmos traços e pressupostos das instituições totais (manicômios), tão arduamente repudiadas pela sociedade brasileira, como, por exemplo, violação de correspondências, violência física, castigos, torturas, exposição a situações de humilhação, imposição de credo, desrespeito à orientação sexual, revista vexatória de familiares, violação de privacidade, entre outras.

Aliado ao excesso de violações de direitos fundamentais encontrados nas clínicas de tratamento, a ausência de requisitos específicos na lei que prevê a internação compulsória, dá margem para uma banalização da medida e desconsidera o interno como sujeito de direitos.

Skromov (2013, p.160) alerta para o fato de que muitos elementos de imprescindível importância foram omitidos da Lei nº 10.216/2001 para que ela pudesse ser aprovada, em especial, as relativas aos direitos e garantias dos pacientes submetidos ao tratamento psiquiátrico, como por exemplo, a previsão de tempo máximo de segregação permitida nas internações involuntárias e o procedimento adotado para que o interno tenha acesso a um médico independente para reavaliar a necessidade de sua internação.

Para Skromov (2013, p.160), a ausência de requisitos de suma importância, traz a tona duas alternativas, das quais uma delas seria a reforma ou complementação da referida lei ou o aprimoramento das portarias do Ministério da Saúde e o estímulo à emissão de resoluções e pareceres por conselhos profissionais, para que seja criado, ao menos, um mínimo de devido processo legal. A autora faz um comparativo com o Direito Penal e é categórica ao afirmar que no caso das internações, diferente do que acontece quando uma pessoa é presa pelo cometimento de um crime, inexistente um *devido processo legal*, com regras hábeis a limitar ou controlar o cerceamento da liberdade dos internos.

Skromov (2013, p.161), destaca que no âmbito penal, quando ocorre uma prisão, esta deverá ser comunicada no prazo de 24 horas a três autoridades - juiz, promotor e defensor público/advogado – que deverão analisar a real necessidade da segregação do indivíduo, e, para tanto, terão informações relativas ao horário e local do crime e da prisão do agente, bem como o depoimento de testemunhas. Entretanto, no caso das internações involuntárias, ainda que o Ministério Público deva ser cientificado de sua ocorrência no prazo de 72 horas (art. 8º, § 1º da lei 10.216/01), o órgão não está obrigado por lei a analisar o cabimento da restrição de liberdade a que foi submetido o paciente.

Neste passo, a autora (Skromov 2013, p.161) menciona que, enquanto no Direito Penal, o período máximo que uma pessoa pode permanecer presa é de trinta anos, no caso das internações essa previsão inexistente, motivo pelo qual o paciente permanecerá internado até que a clínica o libere ou até que o familiar que o internou decida retirá-lo de lá. Ao contrário do preso, o paciente que é internado involuntariamente não tem direito a recorrer dessa decisão e nem de ser defendido por um advogado.

De outra banda, Skromov (2013, p.161) ressalta que a ausência de um sistema consolidado e informatizado, com dados hábeis a apontar quantas vezes o paciente já foi internado, bem como o tempo dessas internações, impossibilita que se verifique a ocorrência de ilegalidades, “como internações de longa duração e realizadas em estabelecimentos a centenas de quilômetros da residência e dos vínculos do internado”. Nesse sentido, a criação desse cadastro seria de grande utilidade para um melhor controle dos métodos de tratamento utilizados com o paciente, de modo que, um acompanhamento mais detalhado poderia nortear os profissionais da saúde pela necessidade ou não da internação psiquiátrica.

Ademais, a autora faz uma importante observação acerca do laudo médico circunstanciado a que se refere a Lei 10.216/01 como requisito essencial para justificar qualquer das modalidades de internação (SKROMOV, 2013, p.162). Vejamos:

[...] a Lei 10.216/01 coloca como requisito, de toda e qualquer internação, a necessidade do laudo médico circunstanciado. Mas o que isso significa, exatamente? O laudo pode ser subscrito pelo próprio médico dono ou contratado pela clínica que lucrará com a internação ou isso constitui grave violação ética? O laudo circunstanciado deve ser prévio à internação? O único regramento que menciona a necessidade do laudo circunstanciado ser prévio à internação, mas mesmo assim não deixa explicitado se tem que ser de algum profissional independente do local de internação, é a Resolução RDC n. 29 de 2011 da Anvisa. O laudo circunstanciado pode ser subscrito por qualquer profissional ou somente por profissional que acompanha o histórico do paciente e que possa atestar as tentativas de tratamento sem segregação? É laudo médico circunstanciado o laudo sucinto que somente indica o CID (Código Internacional da Doença) e a necessidade da internação, ou dele deve constar a descrição da situação de risco específico e iminente à vida e o estado de incapacidade momentânea de fazer escolhas do avaliado, bem como um prognóstico do tempo necessário?

Vê-se que, ainda que a referida lei coloque como requisito de toda e qualquer internação, a confecção de um laudo médico que ateste a necessidade da medida, não há disposições nesta lei que direcionem sobre como ou por quem deverá ser feito laudo. Assim, não se sabe se o laudo poderá ser subscrito pelo próprio médico dono ou contratado pela

clínica, que é diretamente interessado na internação do usuário; se deverá ser prévio à internação etc.

O único regramento que menciona a necessidade de o laudo circunstanciado ser prévio à internação é a Resolução RDC n. 29 de 2011, da Anvisa, que em seu artigo 16 diz que: “A admissão será feita mediante prévia avaliação diagnóstica, cujos dados deverão constar na ficha do residente”.

Quanto ao tempo de duração possível para uma internação psiquiátrica, a Portaria 2391/02 do Ministério da Saúde, dispõe:

Art. 2º. Definir que a internação psiquiátrica somente deverá ocorrer após todas as tentativas de utilização das demais possibilidades terapêuticas e esgotados todos os recursos extra-hospitalares disponíveis na rede assistencial, com a menor duração temporal possível.

O que se tem neste caso é uma Portaria que fala em “menor duração temporal possível” e que deixa esse conceito em aberto, fazendo com que cada instituição defina qual período de tempo se enquadra no termo “razoável”. Para Skromov (2013, p.163) é necessário que haja um preenchimento dessas lacunas, pois “o Direito não lida bem, e o poder tampouco, com conceitos abertos” e esse vazio legislativo dá margem para que muitos pacientes fiquem internados contra sua vontade por vários anos, além de sofrer com todo tipo de violação de direitos, como a proibição de visitas e de acesso aos meios de comunicação, os isolamentos em quartos, exposições vexatórias e trabalhos forçados chamados de laborterapia.

A carência de disposições legais impede que seja garantido ao indivíduo um procedimento adequado, que respeite seus direitos fundamentais e limite o poder do Estado ou dos próprios familiares em restringir sua liberdade. Dessa forma, a autora assevera que o “prisma de ausência de instrumentos legais” e ausência de um devido processo legal normativo e no plano concreto, no âmbito das internações psiquiátricas, impossibilita a garantia dos direitos das pessoas que tem sua liberdade restringida e têm efeitos gravíssimos (SKROMOV, 2013, p.163).

Isso porque, para que se valide uma internação involuntária, como já dito anteriormente, basta que o Ministério Público seja comunicado em 72 horas, contudo, para Skromov (2013, p.163) essa medida é meramente pró-forma, pois o Órgão não está incumbido de “zelar pelos direitos individuais de tais pessoas, nem tampouco por seu interesse manifesto”, haja vista que tal função caberia às comissões revisoras. Entretanto, a

autora ainda destaca que no Estado de São Paulo não foi implementada nenhuma Comissão Revisora sequer, ou seja, não há qualquer órgão que revise as internações realizadas contra a vontade do paciente.

A autora faz outra consideração importante, no sentido de que não há que se falar em conflito entre a proteção social e os direitos dos usuários de drogas, pois fora do Direito Penal, não existe uma proteção social a ponto de justificar a internação de usuários de crack pelo simples fato de não querer estar exposto à miséria e à chaga social existente na sociedade contemporânea (SKROMOV, 2013, p.164). Vejamos:

Outra coisa que é muito importante pontuar é que não existe direito de defesa social: essa discussão é reservada exclusivamente ao Direito Penal. O que eu quero dizer? Que não existe um direito de não viver um conflito familiar ou um direito de não ver miséria, ou um direito de não ver uma chaga social exposta. Não existe esse direito. Não é possível, portanto, embasar internação de pessoas com base em tal argumento e motivação. Assim é que é uma falácia o suposto conflito entre proteção social e direitos de pessoas que usam drogas, no campo não penal. Isso é uma falácia. É uma moda no Direito fazer esse sopesamento entre direitos colidentes. Para que haja colidência, porém, é necessário que os dois direitos existam e não existe o direito de me ver protegido previamente de certas pessoas, por exemplo, o direito de passar no centro da cidade e não ver pobre usando droga. Não existe esse direito. Por que não existe esse direito? Porque a rua é um local público por excelência, porque se não houver a rua, só restará para o pobre o espaço sideral.

Dessa forma, para Skromov (2013, p.164) é necessário que as ruas sirvam como verdadeiras “molduras da desigualdade social”, para expor as falhas do sistema e da omissão estatal, devendo ser espelho das chagas sociais, enquanto elas existirem. Esconder essas falhas através da internação forçada significa higienizar a sociedade de uma parcela de indivíduos que representam as mazelas sociais, maquiando o problema sob o pretexto da “proteção” e da “cura”.

O que ocorre na prática das internações compulsórias é que a falta de regras específicas sobre a quantidade de tempo que o indivíduo pode ficar internado, bem como o entendimento de que “se o Judiciário internou, é o Judiciário que deve desinternar”, faz com que os magistrados decretem o prazo das internações de acordo com sua vontade, desconsiderando qual seria o tempo adequado para o tratamento daquele paciente, e, além disso, deixe muitas pessoas em situação de alta, aguardando por meses a ordem judicial de desinternação, em virtude dos trâmites burocráticos da Justiça (SKROMOV, 2013, p.164).

2. A Internação Compulsória e as violações à Dignidade da Pessoa Humana

A ausência de previsões acerca dos direitos do indivíduo submetido a esse tipo de tratamento, desconsiderando completamente seu interesse e retirando dele qualquer possibilidade de contestação sobre a restrição de sua liberdade, viola o indivíduo em sua dignidade humana, através de uma presunção de que o uso das drogas foi capaz de retirar-lhe qualquer poder de decisão consciente e autodeterminação.

Entretanto, o reconhecimento da dignidade humana, por ser uma qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, independe das circunstâncias concretas, ou seja, das atitudes de determinado indivíduo no convívio social. Desse modo, todos os indivíduos são iguais em dignidade, ainda que não tenham uma conduta considerada ‘digna’ pela comunidade onde vivem. Segundo Ingo Sarlet (2012, p. 55), mesmo que do ponto de vista comportamental seja compreensível uma distinção entre atos dignos e indignos, ainda assim não há que se falar em *desconsideração da dignidade da pessoa humana*, pois esta constitui valor absoluto, não passível de privação.

Nesse sentido, também o entendimento da Organização das Nações Unidas, que no art. 1º de sua Declaração Universal, diz que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Ingo Sarlet (2012, p.55) faz referência a um *denominador comum* de todos os homens, que consistiria na razão e consciência que todo o ser humano possui e que determinaria sua igualdade. Nesse sentido, o autor menciona o conceito de Günter Dürig acerca da dignidade da pessoa humana, no qual:

[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como formatar a sua existência e o meio que o circunda.

Portanto, o *elemento nuclear* da noção de dignidade da pessoa humana continua seguindo à matriz Kantiana, pautando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Dessa forma, a capacidade de cada indivíduo decidir sobre si mesmo, bem como sobre sua vida, através de seus próprios projetos, determina sua dignidade e demonstra a igualdade entre o ser humano, independentemente de suas ações no plano concreto.

Vale ressaltar que a liberdade (autonomia) que cada indivíduo possui deve ser considerada no plano abstrato, ou seja, ainda que isso não ocorra em concreto, haja vista que

mesmo aqueles cujo estado mental os impeça de reger seus atos, possuem exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano. Para Sarlet (2012, p.56), não há que se falar aqui em *equiparação*, mas da intrínseca ligação entre liberdade e dignidade, já que a liberdade e a garantia dos direitos decorrentes dela constituem uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana.

Para corroborar esse entendimento, o autor cita o pensamento do magistrado e publicista germânico Dieter Grimm (apud SARLET, 2012, p.63), que sustenta que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada em todos os casos, em razão de sua condição intrínseca ao ser humano, e, mesmo nos casos em que o indivíduo não for capaz de exercer sua autonomia, ainda sim deverá ser respeitado por sua condição humana.

Ingo Sarlet (2012, p. 70) menciona a fórmula criada pelo alemão Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos. Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade (SARLET, 2012, p. 102).

Um dos principais integrantes dos *direitos humanos* (senão o principal), diretamente ligado à noção de dignidade humana é a *autonomia pessoal*, ou seja, a liberdade ou a capacidade para a liberdade que possui o ser humano de formatar sua própria existência e ser sujeito de direitos. Portanto, como ensina Sarlet (2012, p. 102), a liberdade é o *pressuposto* e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção são a *concretização direta* da dignidade da pessoa humana.

Nos casos de internação compulsória de usuários de drogas em situação de rua, fica evidente o enfrentamento a essas pessoas como meros objetos, que devem ser “limpados” do local onde se encontram, por mero interesse político e econômico. Realizar internações coletivas, desconsiderando as particularidades de cada quadro clínico e sem dar oportunidade para que essas pessoas possam se defender de intervenções violentas como essas, significa negar-lhes sua dignidade em sua forma mais intrínseca, desconsiderando-os como sujeitos de direitos.

Dessa forma, Sarlet (2012, p. 103) ressalta a importância do reconhecimento e proteção da *identidade pessoal*, em especial no que tange à *autonomia e integridade psíquica*

e intelectual, que se concretiza, entre outros, pelo respeito à privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome e todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa humana, não apenas com um direito real ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também como os direitos de personalidade em geral.

Vê-se assim, que todos esses aspectos da chamada *identidade pessoal*, tanto em sua autonomia, quanto na integridade psíquica e intelectual, são constantemente violados nos estabelecimentos que se propõe à cura da dependência química. O modo de tratar ou a proposta de cuidado visa forjar a construção de uma identidade culpada e inferior. Isto é, substitui-se a dependência química pela submissão a um ideal, mantendo submissos e inferiorizados os sujeitos tratados (CFP, 2011, p. 190).

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal. Como ensina Ingo Sarlet (2012, p. 131-132), isso se dá com o objetivo de que dessa maneira o poder público não viole a dignidade pessoal dos indivíduos, abstendo-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal. No mais, em razão do cunho irrenunciável da dignidade pessoal, cabe também ao poder público a proteção da pessoa contra si mesma, quando esta praticar atos que, ainda que voluntários, atentem contra sua própria dignidade, estando o Estado autorizado e obrigado a intervir nestes casos (SARLET, 2012, p. 135).

Fala-se em proteção da pessoa contra si mesma, que deve ser exercida pelo Estado nos casos em que os indivíduos atentem contra sua própria dignidade. Como poderá o Estado alegar que sua intenção é proteger a dignidade desses indivíduos, se, sob a ótica da repressão e exclusão, tira dessas pessoas o que lhe restava de sua dignidade, restringindo sua liberdade e apoiando instituições que nada mais são do que manicômios disfarçados, omitindo-se ante aos inúmeros casos de violações de direitos fundamentais?

Além de a dignidade da pessoa humana possuir uma função limitadora dos direitos fundamentais, permitindo a restrição deles em determinados momentos, Sarlet (2012, p. 141) explica que ela também funciona como uma espécie de “limites dos limites”, justamente com o objetivo de coibir a ocorrência de restrições abusivas à atividade limitadora dos direitos fundamentais, que possa vir até mesmo a suprimi-los. Embora existam variantes acerca das limitações permitidas aos direitos fundamentais, há certo consenso quanto ao fato de que tais restrições não podem ser desproporcionais ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição.

O princípio da dignidade humana inspira a regulamentação dos direitos fundamentais e também os protege de restrições abusivas, através de um limite, que pode ser entendido como qualquer afronta ao que possa ser considerada como *núcleo essencial* do direito em questão, especialmente no que tange ao próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana nele presente, quando será sempre desproporcional.

Dessa forma, é possível perceber, como bem destaca Sarlet (2012, p. 173), que a dignidade da pessoa humana não deve servir como base e justificativa para posturas extremistas, que aparentemente buscam servir aos direitos fundamentais, e, ao contrário devem ser compreendidos e aplicados como verdadeiras barreiras ao fundamentalismo, bem como a qualquer postura intolerante e arbitrária que resulte em violação da pessoa humana.

Forçoso concluir, então, que a internação compulsória prevista pela Lei 10.216/01 em seu artigo 6º, inciso III, trata-se de uma previsão legal que fere o princípio da dignidade humana, pela ausência de requisitos legais que delimitem a função excepcional da medida e pela ausência de previsões que assegurem os direitos e garantias desses indivíduos, dando margem a toda sorte de violações de direitos fundamentais. No mais, incontestável que a prática da internação compulsória como política pública consiste em supressão da liberdade pessoal, que não se justifica e importa em afronta direta ao próprio princípio da dignidade humana.

Considerações Finais

Uma das maiores preocupações do Brasil atual são as drogas, em especial, o *crack*. A sua disseminação vem sendo considerada pela mídia, pelos políticos e até por profissionais da saúde como uma *epidemia*, motivo pelo qual a indústria farmacêutica auferem grandes lucros com a venda de medicamentos que não são a solução do problema.

O maior problema em acreditar na chamada *epidemia de crack*, é que a sociedade de um modo geral, por vezes, aceita ações emergenciais que, em verdade, visam atender interesses específicos, assim como a internação compulsória em comunidades terapêuticas privadas e as operações de internação coletiva feitas em áreas de especulação imobiliária.

Ao contrário do que pensa o senso comum, o uso do crack pode ser controlado e abandonado, mas para que isso aconteça é necessário que se dê mais valor ao indivíduo, que precisa receber um tratamento adequado para o seu vício. As principais vítimas das

internações compulsórias se encontram nas “cracolândias”, situadas em locais onde moradores de rua vivem há décadas, sob os olhos da indiferença e, por isso, foram atingidas pela droga.

Como demonstrado, a própria previsão legal da internação compulsória afronta o princípio da dignidade humana, pois deixa de prever o exercício dos direitos e garantias dos internados involuntariamente, desconsiderando-os como sujeitos de direitos. Por consequência, essa omissão legislativa dá causa a uma série de afrontas aos direitos fundamentais desses indivíduos em condição de vulnerabilidade.

Assim, fica claro que a internação compulsória como política pública decorre de um julgamento prévio e da discriminação desses grupos, haja vista que para alguns, o simples fato de um grupo de usuários de drogas estarem em uma praça pública é o bastante para que eles possam ser compulsoriamente recolhidos. Trata-se, na verdade, de ato discriminatório e contrário ao Estado de Direito, pois o pré-julgamento de qualquer grupo, com a consequente tomada de decisões sobre ele, viola imediatamente os direitos de seus integrantes.

Referências Bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. Mudança de Cultura Jurídica Sobre Drogas. In: **Integração de Competências: no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 37-46.

BICALHO, Pedro Paulo Gastalho de. Em nome da proteção do cuidado, que formas de sofrimento e exclusão temos produzido. In: Conselho Federal de Psicologia e Comissão Nacional de Direitos Humanos. **Drogas, Direitos Humanos e Laço Social**. Brasília: CFP, 2013, p. 17-21. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>>. Acesso em 30 Abr. 2014.

Conselho Federal de Psicologia. **Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/03/2a_Edixo_relatorio_inspecao_VERSxO_FINAL.pdf> Acesso em: 17 Ago. 2014

HORA, Deyse Martins. **Medicalização**. Disponível em:
<http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_medicalizacao.htm>
Acesso em 16 Ago. 2014.

KINOSHITA, Roberto Tykanori. Em nome da proteção do cuidado, que formas de sofrimento e exclusão temos produzido. In: Conselho Federal de Psicologia e Comissão Nacional de Direitos Humanos. **Drogas, Direitos Humanos e Laço Social**. Brasília: CFP, 2013, p. 21-24. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>>. Acesso em 30 Abr. 2014.

LIMA, Ana Maria Pereira. **A medicalização da vida**. Disponível em:
<<http://psicologado.com/abordagens/psicanalise/a-medicalizacao-da-vida#ixzz3AE8upAxB>>,
Acesso em: 12 ago 2014.

MESQUITA, José Ferreira de; NOVELLINO, Maria Salet Ferreira; CAVALCANTI, Maria Tavares. **A Reforma Psiquiátrica no Brasil: Um novo olhar sobre o paradigma da saúde mental**. Disponível em:

<http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2010/docs_pdf/eixo_4/abep2010_2526.pdf>
Acesso em: 30 Abr. 2014.

SANTELLI, Igor Henrique da Silva, BRITO, Antônio Guimarães. Da sociologia do desvio à criminologia crítica: os indígenas de Mato Grosso do Sul como outsiders. In: **Dossiê Novas Representações do Brasil e da Brasilidade**. Ciências Sociais Unisinos, São Leopoldo, Vol. 50, N. 1, p. 65-76, jan/abr 2014. Disponível em:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2014.50.1.08/4063>.
Acesso em: 11 Ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SKROMOV, Daniela. Internações: Aspectos jurídicos, políticos e sua interface com a saúde mental. In: Conselho Federal de Psicologia e Comissão Nacional de Direitos Humanos. **Drogas, Direitos Humanos e Laço Social**. Brasília: CFP, 2013, p. 159-168. Disponível em:
<<http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>>. Acesso em 30 Abr. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A LEI ESTADUAL 3.361/22.02.2007 E A POSSIBILIDADE DE PROMOVER AÇÃO AFIRMATIVA AO PEQUENO PRODUTOR RURAL

*Cristiane Aguilera de Melo Gasoto*¹

Palavras-chave: Ação afirmativa; Isenção; Pequeno produtor rural.

Introdução

Pelo disposto na Constituição Federal, desde seu preâmbulo, sabe-se que é dever da nação “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” bem como “o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade”. Fez-se necessário a pesquisa bibliográfica e utilização do método hipotético dedutivo. Propõe-se, pois, com este trabalho, discutir a possibilidade de a Lei Estadual 3.361 de 22.02.2007 ser aplicada ao valor da multa a ser paga por atraso da entrega da Declaração Anual de Produtor Rural (DAP). Tratar-se-ia de uma ação afirmativa² a isentar daquela obrigação justamente o contribuinte pertencente à camada da população rural sul-mato-grossense mais necessitada de recursos. São, antes de tudo, os pequenos produtores rurais³ localizados nos Projetos de Assentamento, cuja renda é, na quase totalidade, despendida na subsistência da família.

Fundamentação Teórica

A expressão **ação afirmativa** originou-se das reflexões norte-americanas sobre sua realidade social, surgida em meados de 1960, pretendia ser o conjunto de ações que pudessem igualar os homens, que embora distintos, tivessem todos, indistintamente, as mesmas chances de andarem lado a lado como iguais em dignidade.

Daniel Sarmiento assim define com um maior fundamento, mas ainda de forma muito genérica:

¹ Acadêmica do curso de direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, graduada em Administração e pós-graduada em Direito Tributário.

² Ação voltada, especialmente a promover a igualdade.

³ Lei Federal nº 11.428 de 22 de dezembro de 2006

Ação afirmativa são medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não, que visam promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação de desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou a cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.¹

É como se fosse um remédio que, uma vez ministrado, tudo se resolvesse: o mundo deixaria para trás os anos de desigualdades e injustiças. Por sua vez, o Estado brasileiro, já há tempos, consciente daqueles princípios, garantiu essa igualdade no seu ordenamento jurídico, encontram amparo na Constituição Federal de 1988 e em uma vasta legislação infraconstitucional, bem como nos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e incorporados ao ordenamento jurídico interno, principalmente nos que versam sobre a proteção dos direitos fundamentais (...) A Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (PRUX, 2005, p. 02 e 08).

Contudo, esse ordenamento é muito genérico e esquece que “uns são mais iguais que outros”, posto que a diferença da igualdade deve ser mantida e juridicamente garantida para que haja justiça. Entretanto, o que se pretende alcançar e proteger são os “menos favorecidos”, aqueles que sofrem injustiças em razão de raça, condição física, e, no caso em questão, por fatores econômicos.

As ações afirmativas alcançam, de certo modo, seus objetivos, pois, em razão delas, houve diminuição das desigualdades. Contudo, ainda é necessário que o Estado amplie, divulgue, massifique a informação a respeito dos direitos adquiridos para se ter certeza de que as “ações afirmativas” estão, de fato, promovendo justiça a quem realmente mereça e precise dela.

O próprio entendimento de Módulo Rural no Brasil demonstra a importância de se priorizar toda ajuda possível ao produtor rural, pois busca refletir a interdependência entre a dimensão (unidade de medida agrária, expressa em hectares) e a situação geográfica do imóvel rural (local onde está situado), além da forma e das condições do seu aproveitamento econômico. O conceito de Módulo Rural deriva do conceito de propriedade familiar que, nos termos do inciso II, do artigo 4º, da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra), é entendida como:

¹ Professor adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Procurador Regional da República e doutrinador.

[...] o imóvel rural que, direta e pessoalmente, explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com ajuda de terceiros.¹

Com a transformação da Lei Estadual 3.361, cerca de 5.220 produtores rurais, que estão irregulares quanto a sua situação cadastral junto a Secretaria de Fazenda do Mato Grosso do Sul², serão beneficiados. A modificação pretendida é comprovadamente uma ação afirmativa. Tenha-se presente que são 27.376 assentados com Inscrição Estadual. Desses, 22.156 estão ativos, e 5.220 têm inscrições suspensas ou canceladas e que seriam beneficiados com a transformação da mencionada Lei.

Considerações Finais

Cumpre assinalar que a Constituição Federal do Brasil, já no preâmbulo, dispõe que é dever da nação “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” bem como “o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade”. Portanto, é coerente depreender-se que é legal, lógico e razoável isentar os produtores rurais localizados nos Projetos de Assentamento, pois a quase totalidade da renda deles é despendida na subsistência da família. Ora, com a ampliação da Lei Estadual 3.361, de 22.02.2007, que dispõe sobre o valor da multa a ser paga pelo atraso da entrega da Declaração Anual de Produtor Rural (DAP), ter-se-á uma ação afirmativa³ que garantirá plenitude da aplicação do inc. XXIII, do caput 5º, da Constituição Federal ao afirmar: “a propriedade atenderá a sua função social”. Isso implica não onerar o pequeno produtor que porventura incorra na infração supracitada.

Seria, assim, beneficiada uma parte da população carente representada pelo pequeno produtor rural, propondo justas melhoras nas condições de vida da população especificada que, muitas vezes, por desconhecer a lei, ou por ser mal informada sobre ela, deixa de cumprir a obrigação anual legal e, por conseguinte, sofre punição pela infração estabelecida pelo Estado. É inegável que, no caso, a obrigação pecuniária devida torna-se punitiva ao pequeno produtor e, por tal razão, convém que seja urgentemente modificada.

¹ Art. 4, inc. II do Estatuto da Terra - Lei 4504/64

² <https://servicos.efazenda.ms.gov.br/cadastronline/ModuloAgenfa/Contribuinte>

³ Ação voltada, especialmente a promover a igualdade.

Referências Bibliográficas

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

BRASIL. **Lei n. 4504**, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm. Acesso em: 7 de abr. 2014

CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 187-215.

DURAN, Mariano Felix. **Quem é pequeno produtor rural, agricultor familiar, comunidade tradicional**. Disponível em: <http://ambientedurameng.br/quem-e-o-pequeno-produtor-rural-agricultor-familiar-comunidade-tradicional>. Acesso em: de abr. 2014

INCRA. **O que é Módulo Rural?** Disponível em: <http://www.incra.gov.br/o-que-e-modulo-rural>. Acesso em: 13 ago. 2014

LAKATOS, E. M. ; MARCONI, M. A. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 3ed. Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 1991.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei Estadual nº 3361**, de 22 de fevereiro de 2007. Estabelece critérios para os procedimentos de regularização da entrega da Declaração Anual do Produtor - DAP, aos pequenos produtores rurais que possuam até 03 (três) módulos rurais. Diário Oficial n. 6.915, do Estado de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 23 fev.2007. p. 1.

OLIVEIRA, Diego Hermínio Stefanutto; FALAVINHA, Edmundo Alves de **Breves anotações sobre as ações afirmativas: conceito, abrangência e o princípio da igualdade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7862> Acesso em: 13 ago 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Publicado em: Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 35, n. 124, jan/abril.2005, p. 46. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004> Acesso em: 12 ago 2011.

PRUX, Paula. **As Ações Afirmativas sob o enfoque dos Direitos Fundamentais** Disponível em: http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/paula%20prux.pdf. Acesso em: 16 set. 2014

SARMENTO, Daniel. **A igualdade ético-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação de fato, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa**. In:



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



ESTUDO SOBRE A FUNÇÃO INSTITUCIONAL E SOCIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - UM LEVANTAMENTO NO MUNICÍPIO DE IVINHEMA/MS

*Girlene Pereira de Matos*¹
*Camila Ribeiro*²

Introdução

O registro de imóveis é a denominação legal atribuída ao cartório ou escritório público a que se comete a atribuição de promover o registro da propriedade imobiliária, a fim de assegurar aos respectivos titulares os direitos de propriedade ou os direitos reais que sobre ela incidirem.

Contudo o Direito Notarial e Registral são ramos pouco estudados do direito e a prática registral interfere diretamente no dia a dia das pessoas. A maioria da população que busca o registro imobiliário são pessoas sem conhecimento, com baixo grau de instrução e desconhecem a importância, ou melhor, a segurança jurídica do registro do título de propriedade do imóvel no cartório de registro de imóveis, garantindo sua eficácia, autenticidade, constituindo e protegendo direitos dos cidadãos. É necessário observar a eficácia do Registro de Imóveis na proteção do direito real de propriedade e analisar a importante função do mesmo. Sendo imprescindível destacar e discutir a problemática consistente na falta de conhecimento da sociedade sobre a atividade registral e demonstrar quais as consequências da ausência do registro nas transações imobiliárias e quais os riscos de adquirir um imóvel e não registrá-lo.

O objetivo geral deste trabalho é Investigar sobre o conhecimento da população em relação à função institucional e funcional do Cartório de Registro de Imóveis no Município de Ivinhema/MS

A metodologia utilizada será o método dedutivo, partindo de uma ideia geral para os casos concretos em particular, será utilizado também levantamento bibliográfico pertinente

¹ Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Unidade Universitária de Naviraí/MS. gymattos@hotmail.com

² Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Unidade Universitária de Naviraí/MS.

ao tema e a coleta de dados, segunda etapa da pesquisa será através da técnica de pesquisa realizada através de (questionários, formulários e entrevistas informais).

Fundamentação Teórica

O Direito Registral Imobiliário é um ramo do direito civil que vem conquistando seu lugar como área específica dentro da ciência jurídica. De acordo com Montes (2005, p. 123) apud Camara (2013) destaca o conceito de direito registral imobiliário:

Conjunto de normas de direito civil que regulamentam as formas de publicidade dos atos de constituição, transmissão, modificação e extinção dos direitos reais sobre propriedades territoriais e as garantias de certos direitos pessoais ou de crédito, por meio do registro de propriedade. (MONTES, 2005, p. 123).

Sendo o Direito Registral conjunto de normas materiais e formais que tratam da constituição, transmissão, modificação e extinção dos direitos reais sobre bens imóveis, assim como dos direitos pessoais que possuem relação com esses bens ou que a lei aspirou dar publicidade mediante o sistema registral e suas implicações administrativas e fiscais.

Previsão legal do Registro de Imóveis

O Registro de Imóveis esta previsto constitucionalmente no art. 22, XXV e 236 da CF/88, além de constar expressamente em vários dispositivo do Código Civil especialmente nos art. 1.227 e 1.245, e regulado principalmente pela lei n.6.015/73 (Lei de Registros Públicos-LPR).

A Lei 8.935/94, mais conhecida como “Lei dos notários e Registradores” (LNR), regulamenta o exercício das atividades notariais e registrais, definindo suas atribuições, competências, responsabilidades, direitos, deveres e fiscalizações, sendo esta última exercida pelo poder judiciário.

Fora essas leis que tratam especificamente do registro público, inúmeros diplomas legais tratam pontualmente da matéria registral, tais como a Lei n. 4.591/64 (condomínios e incorporações); Decreto Lei n. 58/37 (parcelamento do solo rural); Lei n. 6.766/79 (parcelamento do solo urbano); Lei n. 9.514/97 (alienação fiduciária dos imóveis); Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) etc.

Dentro desse arcabouço legislativo, o art. 3º da LNR é de suma importância para se entender a atividade registral, pois dispõe sobre a independência funcional dos registradores e também dos notários, deixando claro que os mesmos são profissionais do direito e, como tais possuem prerrogativa do livre convencimento na interpretação da lei no exercício de suas funções. Por isso a jurisprudência tem entendido que não há crime de desobediência quando um registrador se recusa a registrar um ato judicial, cujo acesso ao fôlio real foi considerado indevido pelo mesmo. E é por isso que existe o procedimento da dúvida registral, no qual o oficial registrador suscita a dúvida a juiz diretor da comarca e de acordo com a decisão do juiz o oficial procederá.

Funções do registro de imóveis e de direito registral imobiliário

Segundo o autor Camara (2010, p. 31) é possível definir três funções primordiais do registro de imóveis, sendo elas:

Função jurídica: Dar vida e segurança aos direitos reais imobiliários, proporcionando sua oponibilidade, e, ainda, recepcionar e publicizar direitos obrigacionais aos quais as leis quis dar maior segurança jurídica.

Função administrativa: publicizar atos administrativo relativo a imóveis (art. 167, II, 4, 13 e 18 da LPR).

Função Fiscal Tributária: Fiscalizar tributos incidentes sobre transações imobiliárias e outros, sob pena de responsabilidade solidária (art. 289 da LPR; art. 30, XI, da LNR; art. 257 do Decreto n. 3.048/99; Lei n. 7.433/85 e Decreto n. 93.240/86; emissão de Declaração de Operação Imobiliária (DOI), etc. (CAMARA, 2010, p.31).

Daí a grande importância da função do registro imobiliária que assegurará a possibilidade da identificação da coisa e de atual titular, nas palavras de Diniz (2009, p. 5) a importância consiste por:

Resguardar a propriedade, documentando a sua transferência e dando publicidade às mutações subjetivas. O registro está conexo à propriedade, tendo-se em vista que decorre do fato de ser o domínio uma afirmação de pessoa física ou jurídica em face ao Estado, considerando-se que a propriedade imobiliária constitui um título outorgado pelo Estado, que lhe confere publicidade com o assento (art. 1227, Código Civil). (DINIZ, 2009, p. 5)

O regime registrário visa garantir a segurança, autenticidade e efetivação dos resultados dos atos jurídicos. No art. 1.227 o Código Civil Brasileiro estabeleceu como um dos meios aquisitivo da propriedade de imóvel o assento do título de transferência no Registro Imobiliário competente, declarando que estão sujeitos ao registro no cartório imobiliário os títulos translativos de propriedade.

De acordo com Gonçalves (2010, p. 298) a “importância do registro é fundamental na organização jurídica da propriedade brasileira, pois há espécies de atos e fatos jurídicos que por exigência da lei, devem ser conhecidas por todos, real ou presumidamente.” Assim o significado do bem imóvel na estrutura jurídica, econômica e capitalista exige que a coletividade tenha conhecimento dos seus direitos e encargos que podem onerar.

Considerações finais

Diante do acima exposto o objetivo foi estudar sobre o conhecimento da população sobre a função social do Cartório de Registro de Imóveis, bem como a importância destes para a segurança jurídica das relações de direito patrimonial e de direito imobiliário. Conclui-se que embora os Cartórios de Registro de Imóveis certificarem a publicidade dos atos, sua função está longe do conhecimento dos cidadãos, trata-se sim de uma atividade de extrema importância, mas que precisa de políticas públicas que promovam a informação da função social uma vez que o mesmo celebra a segurança e a eficácia jurídica de direitos reais e os direitos pessoais, assegurando sua existência no plano real.

Referências bibliográficas

CAMARA, João Pedro Ribeiro Sampaio de Arruda. **Curso de pós graduação na área de Direito**. Brasília: 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito Das coisas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS OCORRIDAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

*Camila Ribeiro¹
Girlene Pereira de Matos²*

Introdução

Nas palavras de Greco (2011 p. 126), a pena significa infligção de dor física ou moral que se impõe ao transgressor de uma lei. Este conceito permaneceu praticamente até o Período Iluminista, no qual o corpo do homem pagava pelo mal que ele houvesse praticado. Seus olhos eram arrancados, seus membros mutilados, seu corpo esticado até se destroncar, a vida esvaía-se numa cruz. Era o mal da infração penal, que era pago com o sofrimento físico e mental do criminoso.

A partir do século XVIII, as penas corporais, aflitivas foram aos poucos substituídas por restritivas de liberdade, que, era tida como uma medida cautelar, uma necessidade processual, para que o condenado não fugisse, inviabilizando a aplicação da pena corporal, aflitiva ou a pena de morte, esta considerada naquela época a rainha das penas. A finalidade de todo esse sofrimento era para obter a confissão do acusado.

Após a Revolução Francesa, a pena privativa de liberdade começou a ocupar lugar de destaque e começava a se discutir de forma discreta o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa mudança punitiva Foucault dizia que, o sofrimento não mais recairia sobre o corpo do condenado, mais sim sobre sua alma.

Em tempos hodiernos, é preciso uma análise do sistema prisional brasileiro, o qual encontra-se diante de inúmeras dificuldades. Um verdadeiro descaso por parte das autoridades responsáveis pela sua organização. Destarte, em última análise, tratar-se-á da Responsabilidade Civil, a qual tem como foco a superlotação de presos, que vem ocorrendo nas Cadeias Públicas e Penitenciárias, ou seja, a falta de investimento por parte do Estado no sistema penitenciário. Esse sistema que ao invés de contribuir para regeneração, vem produzindo pessoas que se revoltam com a situação a qual são submetidas.

¹ Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Unidade Universitária de Naviraí/MS.

² Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) – Unidade Universitária de Naviraí/MS.

O presente trabalho busca elaboração na pesquisa bibliográfica visando, de uma forma geral, encontrar à luz dos estudos doutrinários e jurisprudenciais, o melhor posicionamento acerca do atual conflito. A leitura serviu de método primordial de aquisição de conhecimento que, por sua vez, foi peça fundamental para conclusão do tema exposto, bem como para dar especificidade ao método utilizado, o dedutivo.

Fundamentação Teórica

Nas palavras de Greco (2011, p. 116) as penitenciárias têm o objetivo de “reeducar e reinserir o cidadão para que ele possa voltar ao convívio social após o cumprimento de sua pena”. O que não vem acontecendo. A verdade é que, desde as prisões, já há irregulares condições de higiene, vive-se uma situação de pré-civilização, má alimentação, maus tratos, analfabetismo, desproporcionalidade na aplicação das penas; mantêm-se prisões cautelares sem motivação adequada e por mais tempo do que o previsto; falta de Defensoria Pública eficaz, pois muitos presos que já poderiam estar soltos continuam presos.

De acordo com Bitencourt (2001, p.56) os “presídios estão superlotados e essa superlotação acaba fazendo conviver na mesma cela presos perigosos com outros que poderiam estar em penas diferenciadas como as restritivas de direito”. Aplicação da pena alternativa deve ser a regra. A prisão é a exceção, acreditar que sanções mais rigorosas e ampliação do número de vagas prisionais, resolverá o problema é o que faz do sistema prisional este colapso. A conclusão é que o problema da prisão é a própria prisão. Para Greco (2011, p. 145) “os objetivos do sistema prisional de ressocialização e correção estão fracassados há 200 anos”, e muito pouco está sendo feito para mudar a situação

Fora da prisão, o preso perde o emprego e os laços afetivos. Dentro da prisão, há uma prisionalização, quando o sujeito é tratado como criminoso, aprende agir como um. Ele desaprende as normas de convívio social para apreender as regras de sobrevivência na prisão, a violência e a malandragem, e quando volta ao convívio em sociedade e encontra as mesmas condições anteriores, vem à reincidência.

Diante da situação exposta, não há como negar que o Estado possua objetivamente responsabilidade de indenizar, pois é dever do Estado zelar pela integridade física dos seus presos, conforme inserido no art. 5º, XLIX, da Carta Magna. Deriva daí o dever de guarda e vigilância sobre o preso. Pela teoria do risco integral, porque, a pessoa

jurídica pública responde, em tese, pelos danos de qualquer ordem ocasionados, no mínimo por culpa *in vigilando*.

A crise do sistema pode ser bem retratada na fala do Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso, em 2012 ao afirmar, que “se fosse para cumprir pena muitos anos em algumas de nossas prisões e morrer, eu preferiria morrer, pois não há nada mais degradante do que o ser humano ser violado em seus direitos, os presídios são medievais e as condições dos nossos presídios precisam ser melhoradas”.

O Brasil possui a terceira população carcerária, mais de meio milhão de presos, sendo que desses 200 mil ainda não foram condenados. O sistema carcerário é regido pela Lei de Execução Penal e mesmo aos trinta anos de sua vigência tem se mostrado ineficaz. Chegando ao ponto de nossas cadeias, que deveriam servir para reeducar estarem funcionando como verdadeiras escolas do crime.

Considerações Finais

Diante disso, justifica-se o objetivo deste trabalho em pesquisar o sistema penitenciário e pode-se concluir que é um sistema caro, falho e não recupera ninguém. Há leis que não são aplicadas corretamente, ocasionando prisões mal decretadas sem o mínimo sentido de justo. É preciso que tal realidade seja modificada para que nossos presídios considerados “medievais” possam começar a evoluir com sistemas aptos a recuperar e a reeducar começando a aplicação eficaz da Lei Penal e assim cumprir a verdadeira função social que os presídios possuem que consiste na ressocialização dos detentos.

Referências Bibliográficas

BECCARIA, Cesare Bonesa. **Dos Delitos e das Penas**; tradução J. Cretelda Jr. e Agnos. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência das Penas de Prisão: Causa e Alternativas**. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2001.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação da Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado Parte Geral**. vol. 1. 6. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: DA PERSEGUIÇÃO AO FENÔMENO DA TRANSCULTURAÇÃO

Thales Ponso de Oliveira (UEMS)¹
Carlos Eduardo Malinowski (UEMS)²

Resumo: O presente trabalho visa, de forma sucinta, relatar alguns dos vários acontecimentos no que tange a intolerância religiosa. Sem pretensão de esgotar tão vasto tema, o trabalho tratará da intolerância e perseguição religiosa num contexto histórico de maneira ascendente, tratando desta gama desde seu início, passando por alguns fatos que reputo mais importantes, até a contemporaneidade. Ainda salientando neste o mecanismo que a religião tem sido para controle da massa, como fator decisivo para amoldar a mente conforme os desígnios de uma classe mais forte e politicamente organizada. Dos preconceitos as interpretações deturpadas do que viria a ser uma dogmática aceitável para uma religião.

Palavras chave: Religião. Intolerância; Transculturação. Perseguição; Liberdade religiosa.

Introdução

De forma resumida e buscando tornar inteligível todos os pontos deste modesto trabalho, acerca de tão extensa área de pesquisa, far-se-á uma análise dos diversos pontos da estruturação religiosa e da transculturação através de evangelização de novos povos, bem como, os preconceitos e perseguições sofridas pelos povos de cuja a crença e cultura fora arrancado devido a enculturação de seguimento religioso diverso e os entraves para o exercício das religiões remanescentes das minorias. A perseguição religiosa permeia o espaço temporal, o que traz um exercício de como a religião pode ser um instrumento para modificar a cultura e eliminar o sentimento de nação pertencente a um povo.

¹ Acadêmico do 2º ano de Direito. email: thales_ponso@hotmail.com.

² Mestre em Direito Processual e Cidadania. Prof. efetivo Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – UEMS. email: carlos_em@uems.br.

Desenvolvimento

1. Da Inquisição

Partindo do ponto fulcral deste trabalho que é tratar, de forma sucinta, a perseguição e intolerância a diversidade religiosa, não poderíamos, destarte, deixar de relatar sobre a mais antiga manifestação contrária as diversidades religiosas qual seja a inquisição.

O termo inquisição nos remete a supressão, por parte da igreja católica, ao sincretismo de grupos religiosos contrários aos dogmas católicos. A primeira manifestação da inquirição apareceu na era medieval, no ano de 1184 no *Languedoc* (sul da França) e seu objetivo principal era o combate aos cátaros e albigenses. Mais tarde, a inquisição apareceu no reino de Aragão e, na idade moderna, com a união dos reinos de Aragão e Castela, iniciando a inquisição espanhola (1478- 1834) sendo sucedidas pelas inquisições portuguesa (1536) e romana (1542).

Após a aparição dos primeiros grupos contrários as leis católicas (os cátaros e albigenses) a igreja, que então desempenhava o papel de Estado numa sociedade teocêntrica, viu sua hegemonia se dissipar na mesma proporção em que seus adeptos aderiam a essas religiões diversas. Percebendo que a igreja estava perdendo seu espaço de forma gradativa a ascensão destes grupos, a igreja católica se manifestou de modo a dizimar as crenças contrárias por meio da inquisição, que punia tanto as crenças hereges quanto seus praticantes com severidade.

A inquisição trabalhava basicamente investigando, dentro das comunidades, a existência de crenças hereges, interrogando cada um dos aldeões com a finalidade de descobrir sobre a existência de segmentos religiosos diversos. Após apurar sobre a existência de outros dogmas, os inquisidores destruíaam os templos das religiões e puniam seus praticantes. Tal punição variava de acordo com a gravidade da violação de cada pessoa, que poderia resultar em humilhação publica, confisco de bens, perda de liberdade e até a morte, que se dava de muitas formas, mas a principal delas era a fogueira, onde a vítima era queimada em praça pública. Via de regra, os tribunais da inquisição eram quase sempre tribunais de exceção, sendo criados para julgar determinados atos para logo após serem desfeitos.

Apesar da larga perseguição da lei católica a crença diversa, foi na Península Ibérica que os judeus viveram seu apogeu, apesar da inquisição, de modo que a filosofia, medicina e literatura judaica eram de grande expressão. Todavia, mais tarde, a Península Ibérica imperou sobre dois reis católicos, Fernando e Isabel de Aragão, após a unificação dos reinos de Aragão e Castela e consequente unificação dos territórios ibéricos e nascimento da Espanha. O reino iniciou uma larga perseguição aos judeus, que para o reino, eram os grandes culpados por todos os males dos reinos da inquisição. Com a expressão “a morte ou a água benta”, foi dada aos judeus a faculdade de se batizarem e rejeitarem ao judaísmo, ou serem mortos como difusores de uma religião herege. Apesar de milhares de judeus terem sido batizados, muitos destes preservavam em seus lares ritos da fé judaica, que rendeu grande perseguição e os Pogroms, onde cerca de 50 mil judeus foram mortos e outros 120 mil fugiram para Portugal.

Neste capítulo da perseguição as diferenças religiosas, é notória a preocupação não apenas com uma cultura religiosa monista, sem que seja aceita outra norma que disponha o contrário, mas também, as consequências advindas de um novo prisma. Este resultaria da divisão inexorável do entendimento da população em respeito a religião e a hegemonia de uma religião dominante dentro da sociedade teocêntrica, responsável por julgar de forma incongruente todos os acusados de traição a fé dominante.

Podemos notar certas peculiaridades no que concerne a prática processual da justiça comum em razão do Tribunal do Santo Ofício Português em virtude deste, ao contrário daquele, oferecer pouquíssimas chances para absolvição dos réus, sendo normalmente difícil separar o status de acusado para o de culpado do acusado. Não havia, no Tribunal do Santo Ofício, distinção entre as fases de instrução e a fase probatória, de modo que o processo iniciava após serem feitas as primeiras diligências para averiguação de culpa, sendo comumente o acusado detido em prisão preventiva, as vezes com sequestro de bens, assim que contra ele fosse levantadas acusações, mesmo que nenhuma destas fossem formais.

Sobre a culpabilidade dos réus em tribunais inquisitoriais, assevera Tomás y Valiente (1980):

O processo é orientado para comprovar a veracidade de umas suspeitas iniciais. À margem de qualquer declaração de princípios, o funcionamento do processo inquisitorial parece dirigir-se a comprovar uma espécie de tácita presunção de culpabilidade daquele contra quem existam indícios de conduta delituosa (TOMÁS Y VALIENTE, 1980).

Na justiça comum, além de obrigatoriamente existir acusações formais, existia um traslado dos autos que constavam os nomes dos depoentes e os delitos de que o réu fosse acusado, o que não existia também na inquisição, onde não havia distinção entre a primeira e a segunda fase, outrossim, várias novas acusações poderiam ser somadas ao réu sem que este tivesse conhecimento, porquanto as acusações mantinham-se em sigilo mesmo depois da sentença transitada em julgado.

2. Do Holocausto

Outro capítulo histórico que merece destaque neste trabalho foi a barbárie que resultou no maior genocídio da história, numa perseguição não só religiosa, como também política e social.

Com o controle do governo alemão nas mãos de Adolf Hitler, que após a morte do então presidente Paul von Hindenburg tornou-se ditador da Alemanha, e com o crescimento vertiginoso do poder do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), ou Partido Nazista, instaurou-se na Alemanha um discurso político movido pelo ódio e pela intolerância.

Para a ideologia nazista, a Alemanha deveria dizimar tudo que a impedia de se firmar como uma nação de seres pertencentes a uma casta superior. Neste prisma, o povo que era legitimamente alemão era descendente de arianos, povo de pele e olhos claros, sendo estes a origem da civilização europeia. Segundo Hitler, para que houvesse uma purificação do povo alemão, era necessária a extinção daqueles que não pertenciam a essa geração e consequentemente entravava o progresso da Alemanha, que eram os ciganos e, mormente, os judeus. Hitler iniciou um discurso de ódio contra estes com o aval de grande parte da população para iniciar uma perseguição contra este povo.

Segundo o professor de ciência política e estudos sociais de Harvard Daniel Jonah Goldhagen, em sua obra “Holocausto: carrascos voluntários de Hitler” (1996), os alemães foram voluntários perseguidores dos judeus no holocausto nazista. O autor contesta a tese que defende a participação dos alemães por coerção, como uma norma criada pelo governo nazista que os obrigava a cumprir ordens, mesmo que essas não lhe parecessem corretas. Segundo o autor “os alemães massacraram os judeus porque acreditavam realmente que assassinar o

povo hebreu era algo necessário e correto, e a base para essa crença seria o antissemitismo, desenvolvido em séculos de história alemã”.

Ainda de acordo com Goldhagen, o modelo antissemita alemão, com enfoque no perigo dos judeus e conseqüente necessidade de eliminá-los, já estava desenvolvido na Alemanha no século XIX e início do século XX, sendo assim, o regime nazista não teria criado um sentimento antissemita, mas fomentado um sentimento a muito existente. Portanto, o holocausto e as leis antissemitas foram apoiados pela sociedade alemã, mesmo pelos grupos que se opunham ao Reich, como católicos e conservadores (GOLDHAGEN, 1999).

Goldhagen, citado por Bertonha (1999), demonstra o sentimento advindo das antigas raízes do antissemitismo em torno do cristianismo e a evolução do padrão religioso (onde apesar de haver aversão e discriminação, era dado aos judeus a chance de se converter sem exterminá-los) para um parâmetro nacional radical, onde a solução dos judeus só poderia efetivamente ocorrer com seu extermínio do corpo nacional e racial alemão.

Hitler e o nazismo, portanto, sempre tiveram a intenção de efetivar o genocídio, apenas as condições objetivas retardaram o processo até o momento adequado, quando, a partir daí, o massacre aos judeus tornou-se prioridade número um do regime. Na Alemanha, não haviam burocratas executores de ordens, mas sim um estado de polícia por parte da população que punia uma minoria concorrentemente com o Estado. O trabalho de Goldhagen acaba por irromper o estudo do povo alemão no polo passivo da destruição em massa da raça judia na Alemanha no período em que durou a segunda grande guerra.

3. Brasil e o fenômeno da aculturação religiosa

Com a vinda dos jesuítas, franciscanos e dominicanos para o Brasil, iniciaram-se os primeiros passos para uma colonização por meio da religião. Em contraste a colonização através de armas, força e escravidão, a “colonização pela fé”, apesar de manter relação simétrica com estas últimas (pelo objetivo da enculturação e posterior transculturação) se usava de meio bem mais eficiente para adentrar na cultura dos povos nativos. Em virtude dos nativos encontrarem-se em grande fragilidade advinda de doenças, massacres e trabalho escravo, os missionários ganharam mais espaço nas aldeias devido as assistências prestada. Outro quesito facilitador para a relação entre missionários e nativos foi a predisposição dos

índios para a alteridade, ou seja, a facilidade de aceitar e compreender a presença de outro povo.

Para os colonos, os nativos eram um povo sem fé ou seguimento religioso específico, por não ser encontrado entre os Tupinambás qualquer sinal de idolatria ou paganismo que caracterizava uma outra religião advinda do novo mundo, tal como o Peru incaico e o México asteca. Tal traço é fácil de se notar diante do relato de Pero Vaz de Caminha, poucos dias após as primeiras experiências com os nativos, que afirma que "...eles, segundo parece, não têm nem entendem em nenhuma crença". Também pouco tempo depois de sua chegada, em sua "informação das terras do Brasil" (agosto de 1549), o padre Manuel da Nóbrega afirmava categoricamente que "esta gentilidad a ninguna cosa adora". Pero Magalhães de Gândavo, em 1570, e Gabriel Soares de Souza, em 1587, escreviam que os índios não têm "nem fé, nem lei, nem rei". Também para o jesuíta Cardim, "este gentio não tem conhecimento algum de seu Creador, nem de cousa do Céu... e portanto não tem adoração nenhuma, nem ceremonias, ou culto divino" (CALDAS, 2012, p. 215-232).

A intervenção missionária na cultura e costumes nativos influíram de modo a, com passar do tempo, subjugar a cultura então existente entre nativos e firmar a religião cristã, mais especificamente católica, como religião oficial e única no Brasil até a primeira república.

Vale citar que os missionários não eram radicais na imposição de seus dogmas religiosos, tanto na proibição das condutas como também nos rituais indígenas. Havia um esforço para relacionar as culturas, não com uma nítida intenção de preservação da cultura nativa, mas para garantir a boa harmonia existente entre os povos e uma possível conversão.

4. Brasil e os dilemas religiosos da atualidade

Passando ao último ponto deste trabalho, tendo com fundamental enfoque as restrições sofridas pelas diversidades religiosas no Brasil, é preciso fazer uma observação em certos pontos importantes para esta análise. Nessa altura do trabalho, já é permitido perceber a forma como a religião tem sido usada para suplantar e subjugar culturas e povos diversos. A forma como a religião tem sido usada para garantir a hegemonia de uma cultura dominante de modo a, categoricamente, extinguir a cultura mais vulnerável.

Em relação ao que foi acima mencionado, podemos citar a “missão caiuíá” como uma grande experiência de transculturação dentro da tribo Guarani Kaiowá no Brasil. Após a criação da Associação Evangélica de Catequese de Índios do Brasil (AECI) (1927-1928) as primeiras missões evangélicas chegaram a região sul do então estado Mato Grosso. A primeira equipe de missionários a adentrar em Dourados chegou em 1929 com representantes das igrejas Presbiteriana e Metodista e objetivavam a instalação da missão caiuíá e os contatos iniciais com os nativos da vila de Dourados, tendo como colaboradores um médico, um agrônomo, professores e um religioso, o líder da missão.

O agrônomo instruiu os indígenas na produção agrícola dos não índios, considerados mais eficientes e que resultaria na instalação deles na região; o médico instruía os remédios e vacinas dos novos índios, muito mais eficaz que os oferecidos por meio de tratamento alternativo por meio de reza e rituais oferecidos pelos líderes religiosos das tribos; os professores trabalhavam na alfabetização, de modo a viabilizar o manuseio da Bíblia, pois sua leitura é a principal forma de catequese e base para ensinamento de valores cristãos. Deste modo, a Missão Caiuíá foi a primeira instituição religiosa que provocou a transculturação e perda dos valores culturais sofridos pelos Guarani Kaiowá, convertendo-os a religião cristã e submetendo-os a vida do não índio.

Dentro dos argumentos utilizados por missionários para defender a evangelização dos povos, cita-se as palavras de Fabiola R. Calda e Antônio J.G. Brito, 2012, onde afirmam que “os evangélicos entendiam ser necessária a evangelização para a destruição do mal e a salvação das almas perdidas. Afirmavam que o mal/escuridão estaria nas várias expressões culturais dos povos, e que eles precisavam ser salvos pela fé cristã”.

É fácil de notar no Brasil, além da transculturação para eliminar traços duma religião já existente, também os preconceitos acerca de religiões que se preservaram nos princípios de sua origem matriz. No início de 2014, através de denúncia da Associação Nacional de Mídia Afro (ANMA), o Ministério Público Federal (MPF) recomendou que a empresa Google no Brasil deletasse os vídeos com conteúdo ofensivo as religiões da Umbanda e Candomblé que eram distribuídos através de seu site YouTube. A negação da empresa em seguir a orientação do MPF deu ensejo a uma ação judicial que teve resultado surpreendente. Além de ser negada a interrupção de distribuição dos vídeos, a justiça ainda salientou que as manifestações religiosas afro-brasileiras não podem ser consideradas religiões. Segundo o Juiz Eugênio Rosa de Araújo, titular da 17ª vara federal, em decisão,

afirmou que as crenças afro-brasileiras “não contêm traços de uma religião”, porquanto, as características básicas de uma religião seriam um texto base (tal qual a Bíblia e o Alcorão) e uma estrutura hierárquica de um Deus a ser seguido.

O Juiz voltou atrás em seu pronunciamento de que as religiões afro-brasileiras não são religiões, mas sim cultos, em nota, pela assessoria de imprensa da Justiça Federal do Rio de Janeiro. No entanto, manteve sua decisão quanto a divulgação dos vídeos ofensivos em respeito às liberdades de reunião e de expressão.

A liberdade religiosa no Brasil, principalmente em relação às religiões afro-brasileiras, vem sendo conteúdo de incansável debate por parte de pessoas e grupos que compartilham da opinião de que a religião afro-brasileira não contém traços de uma religião ou, por outro lado, é criado um discurso que vem sido vigorosamente defendido por bancadas evangélicas que tentam introjetar um discurso de que tais religiões são pertencentes e condizentes a uma crença maligna, tal qual os missionários o fizeram em busca de demover os nativos do Brasil de suas crenças religiosas, apesar do direito a diversidade religiosa amparado pelo nosso texto constitucional.

Considerações Finais

Ao decorrer desta análise do tema, nota-se a forma como a religião vem sendo instrumento usado para submeter um grupo a outro por meio de crenças religiosas. A manifestação religiosa não é em todo livre, sendo as leis religiosas de grupos menores e de menos poderes constantemente alvos de submissão coativa por meio de uma cultura maior. A religião é e sempre foi um meio poderoso de amodelar a consciência de pessoas, fazendo-as acreditar e defender um discurso por vezes movido por intolerância e ódio, tal como aconteceu na Alemanha nazista, onde os alemães não contestavam se suas condutas eram justas ou minimamente humanas e aceitáveis.

A religião, como forma de unificar a consciência e o comportamento coletivo, vem sendo instrumentado pelo estado há muito tempo, desde a unificação das religiões existentes na antiguidade pelo imperador de Roma Constantino, a qual se deu o nome de Cristianismo. A uniformização da massa por meio de religião vem sendo instrumentado para imbecilizar, engessar, maquinar a consciência de um povo movido muitas vezes pela intolerância e pelo ódio.

Os dogmas religiosos criam tudo o que lutam para destruir, o pecado da abstinência cria intolerância; o pecado da valorização demasiada do ouro cria fanáticos ambiciosos que justificam a maioria de seus atos através do que é santo; o pecado da abstinência sexual cria pessoas compulsoriamente relacionadas a promiscuidade, criados por uma castração religiosa.

Os preconceitos concernentes a diferentes segmentos de religião é o reflexo de que a religião não vem sendo usada como aparato para se desmistificar os limites da mente humana, ampliando-a e tornando-a mais facilmente adaptável as necessidades do homem moderno e viabilizando a concretização do que deveria ser o princípio basilar de qualquer segmento religioso, qual seja a salvação da alma do homem através de segmentos que primam por uma vida casta e solidária. Ao contrário disso, culturas religiosas baseadas em verdades incorrigíveis e imutáveis contribuem para um sistema cíclico de dominação em massa de desprestigiados e vulneráveis.

Referências Bibliográficas

BERTONHA, J. F. GOLDHAGEN, D. J. Os carrascos voluntários de Hitler. O povo alemão e o Holocausto. **Rev. bras. Hist.**, São Paulo, v. 19, n. 37, Set. 1999.

CALDAS, F. R.; BRITO, A. J. G. Deus é Amor: Aculturação Religiosa e Etnocídio entre os Guarani e Kaiowá na aldeia Bororó de Dourados, MS. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v.14, n.1, p.215-232, out. 2012.

LIMA, L. L. G. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, nº 13: 17-21 nov. 1999.

POMPA, C. Profetas e santidades selvagens. Missionários e caraíbas no Brasil colonial. **Rev. bras. Hist.**, São Paulo, v. 21, n. 40, 2001.

VALIENT, F. T. Y. Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado. *In* : VILLANUEVA, J. (comp.). **La Inquisición Española. Nueva visión, nuevos horizontes**. Madrid : Siglo XXI, F. 1980.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A CORDIALIDADE FICTÍCIA E O PRECONCEITO RACIAL MASCARADO NO BRASIL

Francieli Ataíde de Souza (UEMS)¹
Jaqueline Silva de Oliveira(UEMS)²

Resumo: esse estudo tem por objetivo analisar de que maneira o racismo manifesta-se na sociedade no tocante ao tratamento dado às pessoas negras. Para tanto, a pesquisa valeu-se em termos metodológicos de pesquisa documental consistente em legislação constitucional e infraconstitucional, bem como tratados internacionais corroborados a dados históricos. Em relação à metodologia, este estudo foi desenvolvido a partir de uma análise documental feita sobre as principais bases legais que tratam do tema e de fatos históricos sobre o assunto. Foram estudados os seguintes documentos: Constituição Federal do Brasil (1988); Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Lei n. 7.716/89 (Lei CAÓ); além de outros dispositivos esparsos.

Palavras-chaves: Racismo; Atualidade; Eufemismo.

Introdução

É sabido que o Brasil é um país composto pela miscigenação de povos e culturas, é visível também que essa diversidade por vezes é a causa de tensões geradas pela repulsa ao diferente. O olhar etnocêntrico permeia a sociedade brasileira desde os seus primórdios. Era possível identificar no colonizador europeu a certeza de que os indígenas eram seres inferiores o que justificava a sua exploração e dominação. No tão famoso Brasil da época da escravidão, o negro era visto de forma semelhante, de maneira que a pigmentação de sua pele justificava as atrocidades contra ele cometidas.

A ideia de inferioridade dos que não possuíam o padrão estético do colonizador europeu acompanhou a sociedade tomando novas formas com o passar do tempo. O presente trabalho objetiva analisar o preconceito racial no tocante à população negra, explorando como essa mentalidade se desenvolveu na sociedade mundial e brasileira, analisando os diplomas legais existentes em nosso ordenamento que o recriminam e apresentado casos verídicos que

¹ Acadêmica do 2º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

² Acadêmica do 2º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

evidenciam que a legislação por vezes é ineficaz e que há inserido na sociedade atual uma forma de preconceito velado mascarado sob a forma de aceitação e incorporação dos negros à comunidade branca.

Análise histórica do preconceito

O preconceito racial está inculcado no seio da sociedade desde os seus primórdios, tendo em vista, o sentimento de superioridade que assola o homem e o faz sentir-se “maior” e “melhor” que o outro tido como estranho, diferente e anormal e, fazendo uma análise histórica, apresentar-se-á abaixo um breve resumo da evolução do racismo.

Em meados do século XIX, as cortes reais ainda sustentavam seu esplendor às custas da mão-de-obra escrava. O Brasil, por exemplo, só libertou seus escravos, teoricamente, em 1888, quase vinte anos após a publicação do título darwiniano “A Descendência do Homem” (1871), que apontava a origem afro da espécie humana.

A antropologia mundial, por sua vez, não admitia, em nenhuma hipótese, que o Continente Negro, a África, fosse capaz de abrigar espécies importantes vivas da Terra; a descoberta de outros importantes fósseis de homínídeos na Europa e na Ásia serviu para aumentar a aversão às pesquisas na África.

Posteriormente, observa-se o egocentrismo enraizando-se no homem de forma mais agressiva e explícita, no momento em que surge o Renascimento e junto a este, o progresso técnico que permitiu à Europa dominar o mundo, originando diversas ideologias que pretenderam explicar e justificar a subserviência dos demais continentes pelos países europeus, alegando existir na Europa uma raça superior, destinada por Deus ou pela história a dominar as raças não-européias, consideradas inferiores. A expansão espanhola na América buscou sustentação ideológica em crenças tais como as de que os americanos e índios não eram verdadeiros seres humanos, o que justificaria sua exploração e, conseqüentemente, o surgimento da chamada **escravidão**.

Mais tarde, tal ideologia fora convertida em programa político pelo **Nazismo**. A perseguição aos judeus e a escravização de povos pela Europa oriental em nome da superioridade da pretendida raça ariana resultou, por suas atrocidades, na adoção pela opinião pública mundial de critérios opostos ao racismo, a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

Atualmente, há uma ideologia de estabilização da igualdade entre as raças, porém, deixa a desejar em sua praticidade, haja vista que não passa de discursos sem efetividade nas

atitudes humanas e, a sociedade brasileira por sua vez, retrata bem esse antirracismo exteriorizado com o intuito de disfarçar a discriminação racial impregnada no interior humano. Nesse sentido, leciona Dora Lúcia de Lima Bertúlio:

Há, na verdade, um acordo (novo contrato social?) da sociedade brasileira como um todo, incluídos todos os setores, sob os auspícios da supremacia branca, para continuar a negar a ocorrência do fenômeno e, por conseguinte, não considerar que, a par de todas as desigualdades que convergem para a miséria e desumanização de indivíduos em nossa sociedade, um delas - a desigualdade racial - torna-se diretriz do próprio processo de miserabilidade e ausência de cidadania da população nacional. (BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima, 1989, p. 99).

Diante disso, observa-se que, apesar das diversas políticas sociais visando combater o racismo, ele não foi extinto e faz-se presente em nosso cotidiano, embora de forma implícita e suavizada.

Breve análise dos diplomas legais que tratam do racismo em nosso ordenamento jurídico

A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, feita pela ONU em 1965 e ratificada pelo Brasil em 1968, define em seu art. 1º a expressão **discriminação racial** como:

[...]qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Constituição em seu artigo 5º, *caput*, consagra ainda que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, tendo ainda, o inciso XLI do mesmo artigo determinado a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Ressalta-se ainda o inciso XLII do mesmo artigo, definindo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Verifica-se que referido inciso é um mandado expresso de criminalização, ou seja, o constituinte originário determinou de forma expressa que a lei, obrigatoriamente, deveria criminalizar mencionada conduta. Tal mandado teve sua eficácia com a promulgação da Lei n. 7.716/89.

Ainda tendo por base a Carta Maior, podem-se invocar outros dispositivos: o artigo 1º, inciso III expõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da

República Federativa do Brasil; o artigo 3º, inciso IV revela que um dos objetivos fundamentais da República é combater “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”; têm-se ainda o artigo 4º, inciso VII que reafirma o compromisso da República de combater o racismo em todas as suas manifestações.

No tocante à legislação penal infraconstitucional, tem-se a já mencionada Lei n.7.716 de 05 de janeiro de 1989, que efetivou o inciso XLII, do artigo 5º da Constituição. Tal lei adveio com o objetivo de punir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Em 1997, o art. 1º da referida lei foi ampliado, passando a legislação, a punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A ampliação se deu em virtude do advento da Lei n. 9.459 de 15 de maio de 1997. Esta, além de criar novas categorias para a “lei de racismo” (Lei n. 7.716/89), também acresceu o parágrafo terceiro ao artigo 140 do Código Penal, criando dessa forma, a figura da injúria qualificada. O referido parágrafo ainda sofreu nova alteração em 2003, com a Lei n. 10.741, quando então foram incluídas duas novas categorias, pessoa idosa ou portadora de deficiência, passando a ter a seguinte redação:

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa (Incluído pela Lei n. 9.459, de 1997)

O racismo também é repudiado por outros diplomas legais de nosso ordenamento, como a **Lei n. 9.455/97** (Lei de Combate à Tortura), a **Lei n.2.889/56** (Lei de Combate ao Genocídio) e a **Lei n.5.250/67** (Lei de Imprensa).

Destaca-se ainda o Tribunal Penal Internacional, recentemente criado através do Estatuto de Roma - lei que estabelece esse Tribunal (ao qual o Brasil se submete) - estabelece, em seu artigo 6º, sua competência para julgar crimes raciais.

A explanação do racismo na sociedade contemporânea

Vê-se o preconceito racial presente em diversas áreas da sociedade, causando constrangimentos e discriminações ao homem considerado “inferior”, como será mostrado nos seguintes casos.

Na dramaturgia, são normalmente retratados em papéis secundários e estigmatizados, como de serviçais, favelados ou delinquentes.

A situação das mulheres é parecida, com a diferença que uma vez ao ano, no Carnaval, elas ganham evidência. É como se a mulher negra só pudesse ser linda vestida de biquíni e purpurina.

Famílias de alto padrão enfrentam preconceito em estabelecimentos comerciais e como exemplo disso, houve um recente caso de grande repercussão, no qual uma família afirma ter sido vítima de preconceito racial em uma concessionária de carros de luxo, no Rio de Janeiro, no momento em que o gerente da loja expulsou o filho adotivo do casal ao ver que se tratava de um menino negro. Vê-se nas modalidades esportivas, como o futebol, a explícita discriminação racial sendo propagada, como ocorrido com o atacante Obina que, em um treino do Galo na capital acreana, alguns torcedores adversários o insultaram com gritos de "macaco".

A eufemização do racismo enraizado

Vê-se que mesmo com tantos diplomas repudiando o racismo, a aplicação de tais dispositivos ainda mostra-se deficiente e muitas vezes ineficaz. É visível que existe enrustida em nossa sociedade uma cordialidade mascarada, uma espécie de preconceito velado, um preconceito marcado pelo cinismo que tenta disfarçar-se de aceitação.

Pode-se assemelhar essa forma de preconceito com a atitude tomada na pós-abolição. É considerável destacar o **Decreto de 28 de junho de 1890** que em seu artigo 1º estabelecia:

É inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas.

Essa foi uma estratégia adotada pelo Estado brasileiro visando um projeto de nação que tinha como fundamento a ideologia do branqueamento. À população negra foi restringido o acesso à terra, à educação e ao trabalho, que por sua vez foram delegados aos imigrantes brancos que chegaram no Brasil de 1890 até 1930, na tentativa de embranquecer e dar civilidade ao povo brasileiro.

É nítido que tal projeto cerceava a população negra, não lhe garantindo os mesmos direitos e oportunidades reconhecidos aos imigrantes brancos. A promulgação da Lei Áurea significou, na verdade, um abandono juridicamente legalizado imposto ao povo negro, deixando-os jogados a própria sorte. Os negros não eram mais escravos, no entanto, de nada melhorara sua situação, ao contrário, foram restringidos de tudo com a intenção de que fossem “erradicados”.

A semelhança que se evidencia entre o projeto de branqueamento da época da pós-abolição e os dias atuais é verificada na tentativa de padronizar a sociedade. O que diferencia é que no passado a população negra era segregada explicitamente no intuito de extingui-la, no presente, o desejo de exclusão mascara-se sob a forma de uma falsa inclusão.

A imensa dificuldade encontrada pelo homem branco em conviver com o negro sem depreciá-lo aparece disfarçada em expressões depreciativas, provérbios, ditados populares e comparações, encaradas como simples brincadeiras, mas que carregam em seu âmago o discurso racista.

É comum ouvir-se: - negro só sobe na vida, quando o barraco explode; - negro não morre - se acaba;- negro nasceu para ser espoleta de branco; - Tinha que ser serviço de preto.

A repetição de tradições históricas através de locuções e piadas serve para promover o racismo que ninguém confessa abertamente.

São utilizadas ainda, expressões “politicamente corretas” para referir-se ao negro de forma mais educada, a exemplo disso quando se referem a negros como “afrodescendentes”, ora se não há diferenças entre brancos e negros, porque no tratamento a indivíduos brancos, não nos referimos à sua descendência?!

Denota-se que, embora a condição do negro no mercado de trabalho tenha sido mudada e garantias lhe tenham sido acrescentadas, a forma de enxergar o negro não mudou. Não há no seio da sociedade, um pensamento verdadeiro que unifica e iguala a situação entre negros e brancos, embora haja as ideologias igualitárias, estas na verdade, tratam o negro como àquele injustiçado que deve ser tratado com mais “cordialidade”,

Nesse norte, revela Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 66): “Toda referência ideológica à verdade, inevitavelmente, sempre é parcial”.

Considerações finais

A historicidade e a análise sociológica do racismo e suas formas de manifesto no tocante às pessoas da raça negra nos revela que esta ideologia imbuída no pensamento humano desde seus primórdios fora em determinadas épocas explícita e utilizada legalmente, servindo de justificativa a prática de atrocidades e, acarretando violações ao mínimo existencial de uma vasta população. A partir de então, a população mundial foi envolvida por uma comoção social que se revelou em forma de combate a qualquer discriminação racial, porém, de forma a inferiorizar implicitamente as raças que outrora foram massacradas. Com base no presente trabalho, observa-se que o combate ao racismo, de forma generalizada, não traz em seu teor um pensamento de igualdade plena entre as raças, mas sim um pensamento de que a raça “diferente” que fora violentada em momentos de sua existência agora deve ser compensada ou consolada pelos prejuízos que sofreu, fazendo com que o homem negro continue sendo tratado como alguém diferente por causa de sua pigmentação da pele.

Destarte resta demonstrado que, a raça negra não recebe tratamento que não leve em conta a sua cor, pelo contrário, ao colocar um negro em mesma posição social de um branco, aquele é visto com olhar diferente, haja vista que no pensamento da maioria, um negro comumente não tem capacidade para estar ali. E para velar essa discriminação, criam-se formas de tratamento “cordiais” como algumas supracitadas que exteriormente revelam uma exaltação ao negro, porém, seu verdadeiro significado, traz uma depreciação à raça negra. Além de diversas expressões populares que explicitamente inferiorizam pessoas negras.

É possível concluir que, embora haja legislação que criminaliza qualquer manifestação racista, esta continua a ser propagada mesmo que de forma “suave” e “cordial”. Sendo que, faz-se necessário uma mudança interior no pensamento humano que passe a olhar para o homem sem condicioná-lo a raça que este pertence, ou a cor que apresenta, para desta forma, garantir que todo cidadão indiscriminadamente seja tratado de forma igualitária. Nesse sentido, é bem oportuno o ensinamento de Flávia Piovesan ao dizer que “é necessário se repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças possam ser observadas e respeitadas” (PIOVESAN, 1999, p. 127-137). E para que essa mudança se torne real, é indispensável esse conhecimento histórico trazido à baila e essa reflexão a respeito da suposta mudança ocorrida ao longo dos anos.

Referências Bibliográficas

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Florianópolis: UFSC, 1989, in Os “novos” direitos no Brasil : natureza e perspectivas :uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas / Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite (organizadores) – São Paulo : Saraiva,2003.

BRASIL. **VadeMecum**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRASCO, Walcyr. O preconceito vive. **Época**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/walcyr-carrasco/noticia/2014/01/o-preconceito-bviveb.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014

KEPP, Michael.A face dissimulada do preconceito no Brasil. Mito da harmonia pluralista no Brasil esconde intolerância social. **Instituto Federal São Paulo**. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/comportamento/facepreconceito.html>>. Acesso em: 24 jun. 2014

LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. **SciELO**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n3/a02v09n3.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2014

PEREIRA, Olga Maria Lima. Pessoa de cor: Eufemismo dissimulado do racismo à brasileira. **V Siala UNEB**. Disponível em: <http://www.siala.uneb.br/pdfs/2012/olga_maria_lima_pereira.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

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

SOUZA, Antônio Nunes de Souza. Preconceito, esse mal bem dissimulado! **Agora Online**. Disponível em: <<http://www.agora-online.com.br/colunas/artigos/4514-preconceito%2c-esse-mal-bem-mal-dissimulado>>. Acesso em: 10 jul. 2014

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



DESAFIOS À MODERNA CIÊNCIA DO DIREITO: ESQUECIMENTO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL

*Róbinson Castilho Vieira*¹
*Antonio Nino Manoel Santos Junior*²

Resumo: O presente trabalho por meio de uma pesquisa bibliográfico-documental procura descrever os aspectos mais polêmicos sobre um tema que vem ganhando campo, a possibilidade de apagar os históricos digitais de qualquer indivíduo sobre o argumento de proteção a privacidade. Contrariando os defensores do direito ao esquecimento, existem aqueles que defendem que tal prática, somente representa um retrocesso em um conjunto de direitos e garantias supra coletivos, entre eles, a liberdade de expressão, que estaria com esta prática, sendo tolhida, através de uma censura imposta em nome de um criado direito. A discussão é extensa e tem bons argumentos de ambos os lados. O *xis* (sic), da questão esta na atual ciência jurídica, a busca de um patamar de igualdade, entre interesses coletivos e privados.

Palavras chave: esquecimento, direito, liberdade, expressão, privacidade.

Abstract: The present work through a bibliographic and documentary research seeks to describe the most controversial aspects of a topic that is gaining field, the possibility of erasing digital history of any individual on the grounds of privacy protection. Contrary to the proponents of the right to be forgotten, there are those who argue that such a practice, a setback is only a set of rights and guarantees collective supra, among them, freedom of expression, which would be with this practice, being dwarfed by a censorship in the name of a created right. The discussion is extensive and has good arguments on both sides, the X (sic) of this question in the current legal science, the search for a level playing field between private and collective interests.

Keywords: oblivion, right, freedom, expression, privacy.

Introdução

O direito ao esquecimento reflete em suportes vitais de qualquer democracia, os chamados princípios constitucionais. E desse modo, há diversos princípios envolvidos ao Direito do Esquecimento, dentre os quais podem ser citados o direito a história, a informação, a memória, a globalização e, principalmente, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

¹ Bacharelado em Direito, 5º ano noturno da UEMS., Unidade Universitária de Naviraí/MS. Membro do Grupo de Pesquisa da UEMS/Naviraí: Democracia, Responsabilidade e Direitos Humanos. Endereço eletrônico: robinson_castilho@hotmail.com.

² Bacharelado em Direito, 5º ano noturno da UEMS., Unidade Universitária de Naviraí/MS. Membro do Grupo de Pesquisa da UEMS/Naviraí: Democracia, Responsabilidade e Direitos Humanos. Endereço eletrônico: junim.nino@hotmail.com.

Uma sociedade democrática sem seus princípios se torna vazia e ineficaz. O que se tem sobre a liberdade de expressão em uma sociedade justa são as diversas opiniões e ideias diferentes e até contrárias sendo expressas. Por outro lado, os governos não conseguem controlar todo o conteúdo da maioria de seus discursos verbais ou escritos.

A importância desta liberdade, de acordo com alguns teóricos, é que a discussão aberta e livre geralmente resulta em uma escolha considerada como a melhor alternativa, e graças isso diminuindo riscos de futuros erros. Vale ressaltar que a liberdade de expressão não pode ser justificada em relação a casos de obscenidade, difamação, violência, subversão ou calúnia, mesmo sendo um direito fundamental.

Outro importante princípio construído ao longo da história mundial é o da Dignidade da Pessoa Humana, considerado o centro onde todos outros princípios de direitos fundamentais estão interligados. Ele consagra um valor que objetiva a proteção do ser humano contra tudo aquilo que lhe possa levar a depreciação, mostrando os deveres para elevar os meios suficientes para se ter uma vida humana digna.

Comparato (2003, pag.33 e 34) dá a este princípio proteção suprema, devendo, entretanto, em nossos dias, haver uma atualização do que entendemos por dignidade humana, uma vez que esta é um fim em si mesmo, nunca uma coisa, ou algo pelo qual se possa imaginar valor ou benefícios, diferente do que a historicidade de proteção e liberdade já proporcionou ao ser humano.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível; não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma.

Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico – ‘age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral’. (Grifo Nosso).

A principal discussão envolve a liberdade de informação, baseada na liberdade de expressão, e características particulares da dignidade da pessoa humana, como a honra, a privacidade e a intimidade.

Os princípios deste modo são em sua maioria originados da experiência humana de sofrimento e graves violações de direitos, perpetrados contra o ser humano, majoritariamente reconhecido pela Organização das Nações Unidas (ONU)¹, como sendo os princípios que envolvem direitos humanos, inalienáveis, imprescindíveis, inegociáveis e naturais à condição de todo ser humano.

Chegamos ao final do século XX, com o saldo de duas guerras mundiais, que juntas levaram mais de 70 milhões ²de mortos e suas consequências duraram ainda décadas após os seus respectivos fins. Chegamos também ao século XXI, com o pensamento que hoje nos parece ideal ao Direito Internacional do que é digno a todo ser humano e o que pode ser compreendido como liberdade, pelo aspecto do aprendizado através do erro.

A Constituição Federal de 1988 dá lugar de destaque a proteção de direitos humanos e dignidade da pessoa, como princípios fundamentais, inerentes a toda estrutura e constituição do Estado brasileiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Os princípios não podem sofrer supressões ou exceções, entretanto o que se coloca do ponto de vista legal, é que o estudo do Direito implica a um conjunto de normas mutáveis, variantes de acordo com o espaço e tempo de convívio social, é em suma, a velha Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, de fato, valor e norma.

Logo, a questão com o Direito do Esquecimento é que tais princípios estão envolvidos com o que se tem escritos ou insinuados sobre a vida das pessoas na internet. Diante disso, há que se observar atentamente quais informações circulam frente a um caso que assegurará a livre informação sobre algo ou alguém. Do mesmo modo que algo pode ser apagado do passado por erros cometidos, em outros casos busca-se também que aquilo não deva ser esquecido. Deve-se saber lidar com a situação com base nestes princípios, pois como este direito ao esquecimento não é absoluto, depende da possibilidade existente nos resultados de cada caso concreto.

¹ GABEIRA, Fernando *et al.* **História da Paz**. Editora Contexto. São Paulo, 2008.

² HOBBSAWM, Eric J. **A Era dos Extremos**. 10ªed. Cia das letras. São Paulo, 2008.

1. Definição

O direito ao esquecimento ¹ é o direito que uma pessoa tem de não autorizar que um acontecimento envolvendo sua vida, ainda que verdadeiro, que ocorreu em certa época de sua vida, seja exibido ao público em geral, lhe acarretando transtorno ou constrangimentos. Este direito é chamado também de “direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz”. Nos Estados Unidos da América é o “*the right to be let alone*” e, em países onde se usa a língua espanhola, é denominado “*derecho al olvido*”.²

Este assunto voltou à tona ultimamente devido ao fato de ex-condenados, que, depois de certo período, buscavam que seus antecedentes do crime não fossem mais divulgados por lhe causarem grandes prejuízos na vida social e profissional. Porém esse debate se estendeu, ampliando a discussão para outros diversos acontecimentos relacionado a vida das pessoas, principalmente no âmbito que abordaremos, aqui ligado a internet.

A internet, de fato, deixa eternizadas as informações e notícias para que qualquer um possa ver, poucos segundos e cliques já é suficiente para achar reportagens a respeito de acontecimentos antigos, incluindo fotos e vídeos. Tais dados são rapidamente propagados e ficam guardados em milhares de servidores mundo a fora, incluindo países onde não se tem um tratado internacional assinado para cooperação judiciária. Existe um ditado que diz “uma vez online, para sempre online”, mas agora com a força do direito ao esquecimento tal ditado pode se tornar defasado, tornando-se possível algo ser apagado da *web*.

2. Decisão da União Europeia

Recentemente uma Lei da União Europeia ³ dá plenos poderes para qualquer pessoa eliminar certas referências sobre ela na internet, é direito da pessoa ser esquecida pelos sites de busca da web. Esta decisão, de maio deste ano, partiu da mais alta corte de 28 países da União Europeia, o Tribunal de Justiça Europeu.

¹ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>. Acessado em: 04. Set. 2014.

² VILICIC, Filipe; ALLEGRETTI, Fernanda. **O Direito de Ser Esquecido**. Revista VEJA, São Paulo, a. 47, n. 29, edição 2382, p.84-85, jul. 2014.

³ Disponível em: <http://www.publico.pt/mundo/noticia/tribunal-europeu-defende-direito-a-ser-esquecido-na-internet-1635712>. Acessado em: 03. Set. 2014.

De acordo com a decisão, existe três formas deste direito acontecer. A primeira forma, já há algum tempo considerada como um procedimento normal pelo *Google* e pelo *Facebook*, assegura a quem publicou determinado conteúdo na internet o direito de apagar tudo. A discussão começa a partir deste segundo ponto, onde é o caso de uma pessoa publicar algo e as demais espalharem, o autor teria direito de excluir as reproduções. E a terceira maneira de fazer valer a decisão afirma que uma pessoa pode apagar algo que escreveram sobre ela.

A decisão do tribunal europeu diz: “As pessoas têm o direito – sob certas condições – de pedir a remoção de links”. Tais “condições” citadas no texto são subentendidas, não se podendo compreender claramente quais são. Vale ressaltar que esta medida não é utilizada em casos referentes a dados científicos ou de valor histórico, além daqueles de interesse público. Mas estas exceções também não estão bem definidas de como serão avaliadas e aprovadas.

Em julho o *Google*, começou a adotar o direito ao esquecimento. Ele colocou em 30 de maio um formulário online, disponível para os cidadãos europeus solicitarem a exclusão de links em cumprimento à sentença da justiça europeia. Logo no primeiro dia, o Google recebeu mais de 12 mil pedidos de remoção de links, totalizando mais de 70 mil até o começo de Julho.

Apareceram muitos pedidos de pedófilos, além de outra grande parcela ser relacionada a políticos acusados de corrupção. Os países que mais solicitaram exclusões são França, Alemanha, Reino Unido, seguido de Espanha, e depois Itália. Com a alta demanda de pedidos, o *Google* está excluindo a maioria dos links, pois não há tempo suficiente para analisar caso a caso, e a multa imposta pelo não cumprimento é referente a 2% do seu lucro anual.

3. Caso espanhol - González

Esta decisão do Tribunal Europeu teve como ponto de partida um caso onde um cidadão espanhol, chamado Mario Costeja González¹, se queixa contra o *Google*. O jornal *La Vanguardia*, em 19 de Janeiro de 1998, tornou público uma comunicação do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais a respeito de um leilão de imóveis para a quitação de dívidas

¹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>. Acessado em: 03. Set. 2014.

à Segurança Social. Um dos devedores era González, perito em caligrafia e comunicação não verbal, que estava com seu apartamento penhorado para alienação. Mesmo com o caso terminado há anos, o nome dele continuou para sempre interligado a dívida que já não mais possuía, quando em 2008 o *La Vanguardia* decidiu digitalizar todo o seu histórico de arquivos.

Constrangido por ter seu nome relacionado a uma dívida antiga na internet, González denunciou para a Agência Espanhola de Proteção de Dados. Pediu, em relação ao jornal, que retirasse a página que citava seu nome ou que pelo menos a rasurasse a parte de seu nome. E a respeito do *Google* foi solicitado que não anexasse mais a página em suas pesquisas, para evitar que mais pessoas vissem.

A Agência Espanhola não conseguiu uma mudança relacionada ao jornal *La Vanguardia*, pois o argumento usado foi de que o noticiário comunicou a informação de maneira legal em papel, há 16 anos, porém declarou que as normas europeias tutelam Mario Costeja González contra o acesso a tal informação, favorecido hoje em dia pelos sites de busca.

A maior repercussão deste caso em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia é o fato de acatar a ideia de que o Google é responsável por tudo aquilo que anexa à sua lista de links e que tem domínio sobre as informações pessoais dos usuários. O TJUE se pronunciou a respeito após ser chamado pela Audiência Nacional espanhola, após o Google não ter acatado a ordem da Agência de Proteção de Dados, alegando que a empresa serviria apenas como um gerador de links para conteúdos legais disponíveis on-line.

Porém, a partir de agora, já é possível aos europeus queixosos eliminar conteúdos a seu respeito dos sites de busca, precisando apenas demonstrar que a informação já não necessita continuar relacionada a ele neste momento atual, ou não, bastando só enviar uma solicitação já que possivelmente não será analisada pela falta de tempo dos buscadores verificarem cada caso.

4. Caso alemão – *Lebach*¹

O Direito ao Esquecimento apesar de ser um assunto atualíssimo, com o impulso das redes sociais e sites, teve na Alemanha, no século passado, seu maior exemplo, através do

¹ Pequena cidade de Lebach, na Alemanha.

controverso Caso *Lebach*. O fato se deu que em 1969, em Lebach, onde ocorreram quatro assassinatos de soldados da República Federal da Alemanha, para o roubo de armas e munições que estavam sendo guardado em um galpão por estes soldados, um quinto soldado, ficou gravemente ferido. Com as investigações em curso, concluiu-se a prisão e posterior julgamento de dois indivíduos a prisão perpetua, um terceiro por ter ajudado no plano ousado, foi condenado a seis anos de reclusão.

Quatro anos após a condenação e já nas vésperas de se ter em liberdade o terceiro acusado, o ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) – Segundo Canal Alemão, estava prestes a divulgar na sexta-feira a noite, um documentário no qual trazia detalhes do crime de 1969, seus autores, fotos, formas de planos para o crime, nomes completos e inclusive o relato das relações homossexuais dos criminosos.

O terceiro acusado, buscou no juízo *a quo*, uma liminar que impedisse a divulgação do documentário, alegando que tal fato, já estava superado que sua exposição nos meios de comunicação, somente dificultaria sua ressocialização. A medida não foi deferida pelas instancias inferiores. Por isto, ele apresentou reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão, preiteando para si, o cancelamento do documentário, tendo por base, a proteção individual de seu desenvolvimento de personalidade descrita na constituição alemã.

Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal, deve que se equilibrar sobre o direito de liberdade de expressão e os direitos inerentes à personalidade humana. Por assim dizer, não há se ter uma prevalência maior entre direitos individuais e coletivos, há de se haver uma conciliação, capaz de não intervir nas liberdades individuais e nos direitos constitucionais coletivos.

Segue abaixo, ementa da decisão do TCF em 1973¹, por fim, decidiu-se que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário, caso o nome ou imagem do apenado, fossem divulgados:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. **A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.**
2. [...] **No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.**

¹ Disponível em: http://notasdeaula.org/dir2/direito_const1_29-10-08.html. Acessado em: 28. Ago. 2014.

3. Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, **deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário.** Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização).

A ameaça à ressocialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. Na fundamentação do julgado, o Tribunal Constitucional Federal explicou didaticamente o processo de ponderação que estava sendo adotado para solucionar o caso: [...] **O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.** (Grifo Nosso).

Logo, o que se avaliou para se chegar a uma decisão mais justa, hoje tida como expoente alemão do Direito ao Esquecimento, foi além dos direitos da personalidade que se restaram demonstrado, ser inalienáveis e insuperáveis do ponto de vista da liberdade jornalística, mostrou-se que a liberdade da mídia também é versada com supedâneo no direito de livre acesso a informação limitada, ou seja, o conteúdo da informação transmitida não pode ser desproporcional a intenção real e qualificações do agente, quando do assunto não recaia qualquer interesse nacional.

Por outro lado a intensidade com que tal retrospecto de informação pode causar na vida do agente, foi analisado do ponto de vista, a considerar se de fato era ou não adequado àquela exata divulgação, no modo e meio pelo qual era para ser.

5. Caso brasileiro - Chacina da Candelária e Aída Curi

O primeiro caso da Justiça brasileira pelo qual se chegou a discutir o Direito ao Esquecimento foi discutido através do Resp. 1.334.097¹, pelo qual a 4ª Turma do STJ enfrentou o fato ocorrido em 23 de julho 1993, no Rio de Janeiro, conhecido como “Chacina da Candelária”, uma série de homicídios. Neste caso, a Corte Superior de Justiça julgou o pedido de um homem que havia sido inocentado por unanimidade do crime em comento, e que posteriormente havia sido retratado no programa *Linha Direta*, da Rede Globo.

O ofendido baseou seu pedido, em uma indenização, pelo fato que exposto a um programa televisivo, de acesso a milhões de telespectadores, relembrou de modo pejorativo e ameaçador sua própria pessoa, assemelhando-o a um assassino condenado, tirando assim, seu direito a paz e sossego, a privacidade dele próprio e de sua família, necessitando de abandonar a comunidade em que vivia. Ainda alegou que na ocasião em 2006, negou o pedido da emissora de conceder entrevista, mas que mesmo assim, teve seu nome e personagem descrito na simulação do programa.

A turma do STJ, entendeu que a divulgação do ocorrido novamente não afetaria a vida privada do homem, somente se isto fosse feito de modo a não citar seu nome ou expor sua imagem, em tais condições não haveria ainda de dizer ofensa a liberdade de expressão ou honra do ofendido. Entretanto, entendendo que a emissora não se tomou o devido cuidado e expos o homem de modo desnecessário e perturbador a uma realidade já inocentada pela Justiça, reconheceu a ele o direito ao esquecimento, com base no artigo 748 do Código de Processo Penal, no qual garante exclusão de registros da condenação, não devendo permanecer com estigma de condenação nem aqueles que já cumpriram suas penas e muito a menos ainda, os que foram inocentados.

A emissora foi condenada aos danos morais de 50 mil reais, em virtude da violação da moral e do direito ao esquecimento.

Outro caso que suscitou discussões foi o da mulher, Aída Curi, abusada sexualmente e morta em 1958, no Rio de Janeiro, fato amplamente noticiado à época do crime, de grande comoção nacional. Novamente no programa da Rede Globo, *Linha Direta*, ocasião em que a emissora divulgou o nome da vítima, fotos reais da época em rede nacional, suscitando nova dor e sofrimento aos parentes.

Os irmãos da vítima suscitaram ação de indenização de danos morais. Ainda a 4ª Turma do STJ, não acatou reconheceu o recurso dos irmãos, pois entendeu que o fato

¹ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

noticiado era de relevância histórica, sendo impossível noticiar o ocorrido, desvinculando-se o nome da vítima. Lembrou-se a Corte, que em casos, como o do jornalista Vladimir Herzog.

Nesse diapasão, o STJ aceitou a tese de que a imensa dor veio a tona novamente com a reportagem, mesmo após 60 anos do ocorrido, entretanto, creditou-se a ideia que o mesmo tempo passado do crime, se mostrou suficiente a tirar da memória pública, os fatos ocorridos daquele crime, e que a dor com isto pode ter sido abrandada pelo lapso temporal.

Conclusivamente, salutar transcrever, fragmento da ementa:

O direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi. (Grifo Nosso).

6. Posição favorável: ápice do direito a privacidade

O ser humano nunca esteve tão exposto como agora. Tudo isto graças à internet e suas redes sociais que difundem cada vez mais postagens, *selfies*, curtidas, entre outras ações que acabam fazendo com que o “desaparecimento” seja mais difícil. Com este tipo de auto exposição, torna-se complicado determinar uma divisão precisa sobre quem tem visibilidade privada ou pública, exceto claro, os artistas, atletas, ídolos e pessoas renomadas. A diferenciação se uma pessoa “comum” é ou não um tipo de figura pública, pois de acordo com a decisão da corte, todo cidadão “tem o direito de ser esquecido” na internet, exceto se a pessoa se trata de figura pública. Seguindo esta linha de pensamento do Tribunal Europeu, esta necessidade de distinção entre privado e público é de extrema importância, para não pôr fim em fatos históricos da humanidade e, desse modo, prejudicando a memória coletiva.

Em relação à área dos Direitos Humanos Fundamentais, Bulos (2007, p. 403) protege a existência de uma 6ª Geração de Direitos Fundamentais, atingindo, dentre outros direitos, o acesso à informação. Além disso, para ele esse “acesso à informação” seria algo ilimitado, irrestrito, amplo.

Próprios do ser humano, os Direitos Humanos Fundamentais são indisponíveis, ou seja, não pode abrir mão deles. Além do mais são universais, não podendo ocorrer qualquer tipo de distinção, tanto por raça, cor, religião, língua, sexualidade, origem, opinião política, etc. Não só na Europa, mas também no Brasil, a propagação de uma dessas características já é suficiente para mudar a vida de uma pessoa. Há a diferenciação entre “dados comuns” de

“dados sensíveis” feitas por alguns pesquisadores, e o rol citado acima se amolda aos “sensíveis”, aqueles que não precisam ter uma divulgação livre.

No contexto que envolve o Direito Internacional dos Direitos Humanos reflete obrigatoriamente ao nosso direito interno. No art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), e no art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969),¹ ditam a seguinte afirmação: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

O Min. Gilmar Mendes, em sua obra, Curso de Direito Constitucional (2007, pag. 374), defendeu a privacidade daqueles que já cumpriram suas penas, não cabendo à sociedade expô-los a novas situações públicas, que dificultem sua ressocialização, assim defende:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Portanto, é possível dizer que, o direito de qualquer ser humano “editar sua vida” na internet, pode existir, não importando o fato de a informação ser verdadeira ou falsa, que por óbvio esta última com certeza deva ser retirada dos sites de buscas. O objeto do esquecimento é qualquer passado que possa trazer malefício para nova convivência do indivíduo no presente, este podendo ficar refém de um passado que por horas a qualquer momento pode ser usado contra a sua ressocialização, prejudicando seu convívio e expondo novamente a fatos e vexames, antes superados.

7. Posição contrária: ofensa à liberdade de expressão?

O direito ao esquecimento ainda encontra opiniões divergentes, quanto à possibilidade ou não se de esquecer fatos ou mesmo inibir sua divulgação. Aqueles que defendem posição contrária, advogam que a liberdade de expressão é bem superior ao interesse público, sendo o esquecimento na prática, ordenadamente excepcional. Para tanto,

¹ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/manual_pratico_dh_internacionais.pdf. Acessado em: 04. Set. 2014.

alguns defensores utilizam do próprio conteúdo emanado pela Corte Europeia, quando da decisão que salvaguardou o direito do espanhol de ter seus dados retirados do *Google*.

O Procurador da República, doutor CLÁUDIO CHEQUER, em recente artigo ao site *CARTA FORENSE*¹, explicou tal posicionamento contrário como vemos a seguir:

Apesar de, a partir de tal decisão (Corte de Justiça da União Europeia), **alguns meios de informação propagarem que a referida decisão acolhe o direito ao esquecimento na web, apresentando-se como uma vitória do direito à privacidade sobre a liberdade de expressão, essa afirmação apresenta apenas uma meia verdade**, já que a decisão da [Court of Justice of the European Union](#) afirma categoricamente que: a) na ponderação devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias do caso concreto para se falar em direito ao esquecimento; b) haverá diferenças na ponderação de princípios se as pessoas envolvidas forem pessoas públicas, fato que justifica, ao menos a princípio, a preponderância do público em ter acesso a tais informações no âmbito de uma pesquisa desse tipo. (Grifo Nosso).

Para CHEQUER, no estudo do caso concreto há de se analisar os interesses aí envolvidos, não sendo suficientemente plausível a mera alegação de privacidade, para que ocorra a exclusão de informações da *web*, sob pena de ofensa a liberdade de expressão, princípio este, uma das bases da democracia, preconizado até mesmo na Constituição Política do Império do Brasil (*sic*) de 1824², em seu artigo 179, inciso IV:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.
II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.
III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.
IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.
V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. (Grifo Nosso).

Defende ainda, que o direito a privacidade não é bem absoluto ou dotado de caractere plenamente particular, ele possui interesse coletivo, se da informação, pode adquirir algum interesse publico. Para o Procurador, a decisão da Corte Europeia não muda em nada o entendimento que, a liberdade de expressão é regras das sociedades democráticas, e como dito

¹ Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-esquecimento-na-internet-posicao-contraria/13946>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em: 28. Ago. 2014.

anteriormente, este elemento essencial não pode se desvencilhar sob mera alegação de particular.

O advogado e colunista da FOLHA DE SÃO PAULO, RONALDO LEMOS¹, entende que o direito ao esquecimento é “veneno e não remédio” (sic), uma vez que subtraem da memória digital, fatos importantes, narrados por veículos de comunicação devidamente legais, ou seja, se não há irregularidade na divulgação do fato, muito ao menos pode haver sanção pós-notícia, sendo tal ação, censura, ultraje a liberdade de expressão, pois um fato narrado uma vez, se surgirem nossos interesses ou elementos de notícia, não impedem sua nova divulgação, o direito ao esquecimento não vigia estas situações.

A democracia por ora não pode ser entendida, como interesses meramente privados, há fatos e situações subjetivas que nos colocam frente a meios dos quais não podemos nos eximir, se determinado fato ganhou notoriedade social, sua supressão, omissão é a mais velada forma de censura.

Outros ainda defendem que, o mero exercício do direito ao esquecimento, ajuda ainda e muito a sobrecarregar o Poder Judiciário de fatos já solucionados, resolvidos por decurso da justiça ou do próprio tempo, pois se todos que possuem algo delicado na *web* forem recorrer para sua retirada, a jurisdição há de perder o pouco que ainda resta de sua tempestividade na análise dessas petições. O mais correto é que, se ainda existem possibilidade de retirada de conteúdo ofensivo, isto seja feito por mecanismos próprios dos sites de buscas.

Assim sendo, a preocupação maior em torno do direito ao esquecimento, versa mais sobre a possibilidade de ofensa a democracia, isto correspondendo a uma série de direitos inerentes a toda coletividade, do que mesmo a discussão se este direito de esquecer é correto ou não. Para a consecução deste direito de esquecer, o cuidado é de se nortear pelo pleno exercício da liberdade de expressão em todas as suas formas e meios e ainda assim, poder conciliar interesses privados, que na era digital, estão cada vez mais públicos, muitas das vezes, pela culpa do próprio usuário. Todavia, não se podem haver interesses coletivos na vida privada de cada um, todo ser humano é dono próprio de sua história e detentor de seu passado, por isto, não há interesse maior a ser respeitado, do que, o do próprio indivíduo.

¹ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/05/1455521-direito-ao-esquecimento-europeu-reabre-debate-sobre-liberdade-na-web.shtml>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

Considerações finais

O direito ao esquecimento se mostra cada vez mais, como um grande requerimento, daqueles que não querem guardar para a posteridade, informações já discutidas e solucionadas, que lhe trazem prejuízos a ressocialização ou convivência. Por outro lado, há aqueles que olham com medo, a possibilidade de excluir da memória digital, o passado, por mero interesse privado, suprimindo a liberdade de expressão, o interesse coletivo pelo individual, instaurando censura nos meios de comunicação.

Há aqueles que defendem e outros que são contrários à existência do direito de estar só ou direito de serem esquecidos, entretanto, ambos os lados, possuem argumentos conviventes que mais valem a pena ser entendidos em conjunto, do que separados.

O direito ao esquecimento, como descrito acima não é um bem absoluto, conforme decisão do STJ, no caso Aída Curi, pois existem situações que não mais guardam interesse particular, pelo decurso do tempo e outros, que pela experiência social, trazida com o acontecido, devem ser fixados no passado e se necessários, trazidos à memória. Por outro lado, não é lícito também que um fato já solucionado, não vinculante a nenhuma situação do presente, seja lembrado de modo jocoso, desproporcional e ofensivo, tanto para o autor, quanto para vítima, sob pena própria de incompatibilidade do próprio regime legal de ressocialização e do direito à privacidade, preconizado em leis esparsas e na nossa atual Constituição de 1988.

Desta forma, se do fato não há interesse nacional ou mesmo mundial que merece ser preservado, não há porque torturar aquele que se sente ofendido com o fato passado, com sucessivas lembranças no decorrer de sua vida. Se o interesse privado não for superior ao interesse coletivo, ou mesmo não haver nada a acrescentar a posteridade, o direito ao esquecimento é legal, justo e merecido, bastando aos meios detentores de tais informações, a obrigação de apagar.

Referências Bibliográficas

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 403.

BRASIL, **Constituição**. 1988. Senado. Brasília, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

GABEIRA, Fernando et al. **História da Paz**. Editora Contexto. São Paulo, 2008

HOBBSAWM, Eric J. **A Era dos Extremos**. 10. ed. Cia das letras. São Paulo, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

VILICIC, Filipe; ALLEGRETTI, Fernanda. O Direito de Ser Esquecido. **Revista VEJA**, São Paulo, a. 47, n. 29, edição 2382, p.84-85, jul. 2014.

CARTA FORENSE. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-esquecimento-na-internet-posicao-contraria/13946>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

CONJUR – GOOGLE. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha>. Acessado em: 03. Set. 2014.

CONJUR – ESQUECIMENTO/ACORDÃO. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

DIZER DIREITO. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>. Acessado em: 04. Set. 2014.

FOLHA SÃO PAULO. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/05/1455521-direito-ao-esquecimento-europeu-reabre-debate-sobre-liberdade-na-web.shtml>. Acessado em: 28. Ago. 2014.

MANUAL PRÁTICO DE DIREITOS HUMANOS.

http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/manual_pratico_dh_internacionais.pdf

NOTAS DE AULA. Disponível em: http://notasdeaula.org/dir2/direito_const1_29-10-08.html. Acessado em: 28. Ago. 2014.

PLANALTO. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acessado em: 28. Ago. 2014.

PUBLICO. Disponível em: <http://www.publico.pt/mundo/noticia/tribunal-europeu-defende-direito-a-ser-esquecido-na-internet-1635712>. Acessado em: 03. Set. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A FUTURA E JUSTA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Antonio Nino Manoel Santos Junior¹

Resumo: Este artigo indaga a respeito da direção contemporânea sobre a inclusão de direitos mais justos aos animais não-humanos, abordando o modo cruel como a maioria destes seres são tratados. Além disso trata da posição atual doutrinária e sua ineficaz proteção com opiniões relevantes de grandes pensadores e estudiosos do direito em geral e deste tema em específico. Deseja-se mostrar o conflito do pensamento humano perante os bichos, tendo a visão antropocêntrica do homem como a principal causa, além das possíveis atitudes a serem tomadas para mudar este conceito.

Palavras-chave: Direito dos Animais; Meio Ambiente; Fauna; Maus-tratos.

Introdução

A justiça, de certo modo, corresponde a legitimidade e cumprimento da lei em vigor através do magistrado capacitado, e de outro modo, encontra-se a justiça intrínseca, ou seja, afastada da lei. No fim das contas, nem tudo o que existe na lei é justo e, várias vezes, para aquilo que é justo não há lei. Noutras palavras, verifica-se que nem sempre o que é mencionado no direito é o ideal desfeito, observado que a lei não espelha a realidade, muito menos, aquilo que não está assegurado na legislação deve ser largado à deriva da proteção jurídica, pois segundo Souza Filho (1999, p. 315) o “silêncio da lei também é lei”.

Os animais se encontram perfeitamente nisso, sua atual proteção ainda é vaga, fraca e, pode-se dizer, inútil. O direito pode ou não estar em conformidade com a lei, ou vice-versa. Nem sempre estes dois institutos estarão em consonância. Em analogia, por conseguinte, o episódio de encontrar um cavalo e tomá-lo para si como propriedade, não quer dizer que seja certo usar o animal durante o dia todo, enchendo-o de peso para transportar cargas e, no fim do dia, largá-lo para comer alguns capins; para depois, os filhos do tal

¹O autor é Bacharelado em Direito, 5º ano noturno da U.E.M.S., Unidade Universitária de Naviraí/MS. Endereço eletrônico: <junim.nino@hotmail.com>.

proprietário se divertirem brincando de montaria com a infeliz criatura. Já não era suficiente consumir todo o fôlego e energia no decorrer do trabalho diurno, no sol quente, cansativo, com fome deve ainda desempenhar papel de brinquedo? De coisa-brinquedo-apropriável? Para isto não existe algum direito, e também não é algo certo. Infelizmente poucos conseguem observar esta infeliz realidade que encontra-se no país.

Tanto um animal silvestre quanto um doméstico possuem direito ao respeito e a liberdade. Outra atitude lamentável é manter um cachorro constantemente aprisionado em um canil, em que sua locomoção é restrita, mal conseguindo se movimentar, assim como retirar um papagaio de seu habitat natural e inseri-lo no tráfico de animais silvestres.

Dotti (1999, p. 07) demonstra em sua interessante obra relacionada aos Direitos Humanos que “a liberdade é o estado ou a condição de ser livre, significando juridicamente, a faculdade de a pessoa se conduzir autonomamente, respeitadas, porém, as restrições legais”. Consegue-se dizer, então, que os animais, acolhidos como sujeitos de direito, desse modo pessoas, gozariam do direito à liberdade. Porém o combate pela liberdade é um combate pela justiça. A justiça da igualdade é desprezada devido a falta de capacidade do homem em se pôr no lugar dos animais. O ser humano acha normal extrair a pele de animais inocentes para confeccionar peças de vestuário, casacos de pele, pele cara, tida como algo chique. Abandonam os padrões morais, éticos e de direito para adotarem o padrão econômico. Ocorre uma distorção de valores, devido a visão capitalista geral, colocada na sociedade como modelo de verdades na busca do lucro financeiro.

A equivocada concepção da superioridade humana e a crueldade animal

O ser humano necessita acordar para uma nova visão sistemática do mundo, onde ele não é o dono do reino animal, mas associado da linguagem de outros seres, onde diferenciação é só uma situação de grau. Nesse âmbito, a doutrina do filósofo pai da psicologia transpessoal e humanista:

Não apenas é o homem parte da natureza – e esta parte sua –, como deve ser minimamente isomórfico (semelhante a) com ela para nela ser viável. Ela o gerou. Sua comunhão com aquilo que o transcende não precisa ser definida, portanto, como não-natural ou sobrenatural. Pode ser vista como experiência ‘biológica’.
(MASLOW, 1997, p. 143)

Ramos (1999, p. 18) acrescenta a psicologia analítica que

Cada ser humano repete etapas de evolução de todos os seres vivos, a partir de escalas simples até estruturas mais complexas. Assim, o animal não é o “outro” mas uma parte do homem. Não é “inferior”, mas a base para o desenvolvimento da psique.

O animal homem, um cruel predador, se sente orgulhoso devido sua fria inteligência, e erroneamente, se tem como um ser que está acima dos animais não-humanos. O egocentrismo tomou conta, afastando o sentido real do valor da natureza e da vida, tanto dele próprio quanto dos outros seres que habitam a terra. Não buscando um entendimento além do necessário, pretende-se atravessar barreiras conceituais e ideológicas. Faz-se preciso o mínimo de discernimento para que isso ocorra, para que seja aceita a realidade de algo a mais que esse inocente “mundo” do ser humano. É necessário tentar olhar além do limite visível e acolher o reconhecimento da ascendência de novas ideias sobre valores sociais, éticos e morais, de maneira a possibilitar a volta do predomínio do ser sobre o ter, vinculado à solidariedade mundial em favor dos animais.

Do mesmo modo que os animais, o ser humano é apenas uma pequena partícula em um gigante universo. É necessário lembrar sua introdução na natureza com o privilégio da razão, realidade esta que lhe institui a responsabilidade acerca de todos os outros seres vivos do planeta. É absurdo suportar a extorsão da liberdade e da vida dos animais em favor do lucro econômico do homem. Não dá para aceitar que continue o pensamento tolo e dominante, onde o animal pensante humano utiliza e se apropria dos restantes animais não-humanos.

O abandono, a violência doméstica com espancamentos e torturas, os rodeios, as vaquejadas, as touradas, a farra do boi, as rinhas de galos e cães, os experimentos científicos como a vivisseção, a extração de peles, o tráfico de animais, o prazer dos homens com os espetáculos circenses que utilizam animais, os cárceres privados dos zoológicos, os bichos usados como tração, os rituais religiosos, entre outras ocorrências que prejudicam a integridade psíquica e física dos animais, enfim, todas as atrocidades, maus tratos e crueldades feitas pelo ser humano tem de ser imediatamente combatidas e suspensas. É dever do homem racional pôr termo a essas atitudes, apoiando-se no direito como defesa da vida de todos os seres vivos do mundo. É necessário ao ser humano aumentar seu nível de conhecimento e entender que não existe o Direito de Propriedade em relação aos animais não-humanos. Não há viabilidade do ser humano ser proprietário ou dono de animais, mesmo que sejam domésticos. Tornar-se ou ser proprietário do animal é termo fictício. O que existe, na

realidade, é a instituição da responsabilidade. Dessa maneira, não existe dono, e sim, responsável pelo animal.

Acima do bom senso, tornar-se-ia civilizada a tutela dos animais pela simples inteligência humana, buscando à conservação do ecossistema, que torna possível a sobrevivência de todos os seres. Mas indo contra essa ideia existe a ridícula desculpa do desenvolvimento humano através da evolução social para desrespeitar o ambiente como um todo. O progresso da sociedade ocorre em consonância com o pensamento dominante de destinada época. Ackel Filho (2001, p. 64) torna claro ao informar que

Efetivamente, os animais já não são perante o nosso direito meramente coisas. [...] Pode-se sustentar que os animais constituem individualidade dotadas de uma personalidade típica à sua condição. Não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos de direitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados pois, de uma espécie de personalidade sui generis, típica e própria à sua condição.

Atualmente as regras legislativas e sociais mudaram, a Constituição Federal acata a proteção aos animais. Infraconstitucionalmente, várias leis espalhadas seguem o mesmo rumo, dando ensejo às responsabilidades criminal, administrativa e civil de quem contra ele praticar atos danosos. O direito socioambiental apareceu com força para acolher os animais modificando a propriedade privada. Porém, os não-humanos ainda se deparam desprotegidos e diversas perversidades são realizadas contra eles. O direito, como fruto do homem dito racional, dispõe não apenas do dever mas também do poder de agir em favor dos demais seres vivos do planeta, como guardião de seus direitos intrínsecos.

Considerações finais

Ciente do desacordo doutrinário, o que se pretender pôr em evidência, é a necessidade da legítima proteção jurídica dos animais como um princípio a ser verdadeiramente cumprido, com intenção de acabar a exploração de suas vidas e a conformação das diversas torturas feitas pelos homens. O que se quer sustentar é o que os direitos referentes aos animais que, como indivíduos repletos de vida e de sensações, devem ser, indispensavelmente, defendidos pelos homens.

Para ajudar a mudar a realidade atual que vivemos deve ocorrer uma conscientização em massa da coletividade, um dedicado trabalho do Estado, um legítimo comprometimento dos políticos e uma maior colaboração das empresas. Defender o animal

das mãos desse ser homem-irracional é uma atitude obrigatória, seja do Poder Público, seja da sociedade. Necessita-se de local e tratamento apropriados para que o não-humano possa viver. Apenas isso não é suficiente, é necessário toda uma movimentação a ser feita em conjunto com a população, de maneira que é preciso o comprometimento de todos nas mais diferentes áreas, com um objetivo em comum. Existiria necessariamente uma mudança trabalhosa, ampla e profunda, porém não impossível e, com certeza, gratificante. Com isso, o ser humano irá progredir, os animais irão agradecer e o sistema só propende a ganhar.

O presente artigo tem como alvo principal, a verificação da indispensabilidade de uma proteção eficaz, rígida e efetiva dos animais pela legislação brasileira, seja quais esferas do direito for, a fim de terminar os abusos e crueldades perante os não-humanos realizados por pessoas físicas e jurídicas, assegurando, ainda, seus direitos como sujeitos de personalidade autônoma, com uma vida justa, saudável e íntegra, bem como, simultânea, à preservação do ambiente para uma qualidade de vida saudável de todos os seres vivos.

Referências Bibliográficas

ACKEL FILHO, D. **Direito dos Animais**. São Paulo: Themis, 2001.

DOTTI, R. A. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira**. Curitiba: J. M., 1999.

MASLOW, A. Uma teoria da metamotivação: raízes biológicas da vida dos valores. *In*: WALSH, R. N.; VAUGHAN, F.. **Além do Ego**: dimensões transpessoais em psicologia. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 10. ed. São Paulo: Cultrix/Pensamento, 1997.

RAMOS, D. G. **Os animais e a psique**: do simbolismo à consciência. São Paulo: Palas Athena, 1999.

RODRIGUES, D. T. **O Direito & Os Animais**: Uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. Os direitos invisíveis. *In*: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Cecília (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes/Fapesp, 1999. p. 307-334.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



AUTONOMIA DAS PALAVRAS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

*Camila Barbosa Paimel*¹
*Layzirre Dayane Santos*²

Resumo: Em virtude do amplo acesso da população e da importância conquistada pela mídia no decorrer do tempo - sendo um dos meios de expor informações acerca da realidade política do país - o presente artigo objetiva versar a respeito de uma censura que vem ocorrendo de maneira implícita, mas, que atinge jornalistas na exposição não anônima de suas opiniões e cerceia o direito da livre manifestação do pensamento e expressão da atividade de comunicação, independentemente de censura ou licença, conforme disposto no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal brasileira de 1988.

Palavras – Chave: Liberdade; Opinião; Censura; Democracia.

Abstract: In view of the wide access of the population and the importance that the media has captured over the time - being one of the manners of exposing information about the political reality of the country - is that this article aims to deal about a censorship that is happening implicitly but that strikes journalists who expose their opinions, not anonymously, and affect the thought free expression right and expression of communication activity, independently of censorship or license, as provided in Article 5, sections IV and IX of our Federal Constitution.

Key-Words: Liberty; Censorship; Opinion; Democracy.

Introdução

O presente artigo objetiva tratar a respeito da carência de liberdade de expressão jornalística que o país vivencia, trazendo o exemplo de um caso concreto – o do jornalista Paulo Eduardo Martins, comentarista da Rede Massa, afiliada do SBT no Paraná.

Far-se-á um pequeno passeio pelas páginas da história ditatorial do Brasil, prosseguindo, assim, para definições e corroborações da legitimidade do direito de manifestar

¹ Acadêmicas do segundo ano de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS

² Acadêmicas do segundo ano de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS

o pensamento na sociedade hodierna, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e que é favorável à atuação profissional do jornalista em questão.

O teor conclusivo, por fim, apresentará uma solução hipotética para que a inclemente censura soft seja dirimida e a nação siga adiante, rumo à efetiva defesa da liberdade de opinião.

1. A Evolução da Liberdade de Expressão no Brasil

Apesar de materializar a ideia de República, pondo fim à monarquia no Brasil, o século XX foi marcado por inúmeras tragédias de repressão, em que se extirpava a livre manifestação do pensamento.

A começar pelo Estado Novo, liderado por Getúlio Vargas, no intervalo de 1937 a 1945, o cenário político brasileiro era de grande manipulação midiática. A Constituição de tal período foi outorgada, desse modo, detinha caráter autoritário, alicerçada em ideais fascistas. Foi criado o DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda) que buscava construir uma imagem sólida e sublime do então presidente, censurando qualquer atividade intelectual ou artística que hostilizasse o governo.

Após numerosas prisões e sessões de tortura, em 1945, o Estado Novo perdeu seu suporte político com a derrota dos países nazifascistas na Segunda Guerra Mundial, assim, o Brasil adquiriu novamente um patamar “democrático”.

Dezenove anos depois, instaurou-se, em 1º de abril de 1964, a Ditadura Militar, cujo principal agente legiferante era o executivo central por meio dos atos institucionais, que alargavam suas capacidades e suprimiam a liberdade nacional.

Nesse período todos os meios de comunicação foram censurados, vedando a opinião política e ideológica dos indivíduos. De acordo com Silva (2013, p. 59), “Na temível época da censura que assolou o Brasil, as informações se davam de forma controlada, veiculando somente aquilo que fosse do interesse dos dominantes e que não ferisse o entendimento adotado pelos militares”.

Após 21 anos, em 1985, o regime ditatorial chegou ao fim e três anos depois, com a redemocratização do Brasil, foi promulgada a Constituição de 1988, a Constituição cidadã, a qual trouxe, em alguns de seus dispositivos, textos assegurando a liberdade de manifestação do pensamento.

O artigo 5º da nossa Lei Maior apresenta um rol de incisos que versam acerca dos direitos e garantias fundamentais. De maneira explícita, cita-se o inciso IV, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Conforme expresso no artigo 5º inciso IX, a nossa Constituição veda censura e licença, que, segundo Pinho (2002, p. 86), “Por censura entende-se a verificação da compatibilidade entre um pensamento que se pretende exprimir e as normas legais vigentes” e, ainda segundo o autor, “Por licença, a exigência de autorização de qualquer agente ou órgão para que um pensamento possa ser exteriorizado”.

Complementando o direito de manifestar a opinião publicamente, no que tange a matéria de comunicação social, tem-se respaldo, ainda na CF, do artigo 220, caput “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

E dos parágrafos 1º e 2º:

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

De forma clara, está expressa na Constituição Federal a proibição da censura, isto é, o Estado é impedido de cercear a livre manifestação de ideias e opiniões - que podem ser exteriorizadas através dos meios de comunicação - contrárias aos interesses dos que possuem influência e/ou poder político.

De fato, o escopo da existência da liberdade de expressão é assegurar que todas as pessoas possam exprimir suas opiniões referentes aos mais diversos temas. No entanto, quando um jornalista expõe sua opinião acerca do governo ou, especificamente, sobre algum político, de maneira negativa, o profissional de comunicação corre o risco de sofrer censura; não a censura escancarada dos ditadores, mas uma forma implícita que vem sendo praticada com jornalistas ousados, os quais, não se calam diante dos problemas enfrentados pelo país e, em virtude disso, cumprem seu papel profissional – de jornalistas comentaristas – e, conseqüentemente, de cidadãos.

1.2 Liberdade de Expressão ou Liberdade de Opinião?

Deveras, a liberdade ser um direito importantíssimo e amparado pela Carta Magna em suas mais diversas formas, o que interessa no momento é um determinado tipo de liberdade concernente ao livre ato de se expressar e emitir opinião, principalmente se possuir caráter político.

Embora pareça óbvio o significado de liberdade de expressão e liberdade de opinião, não se deixem de verificar as palavras de Silva (2013, p. 245):

[Liberdade de opinião] [...] resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. [...] Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

Silva afirma ainda que um dos aspectos externos da liberdade de opinião é a liberdade de manifestação do pensamento, podendo esta, expressar-se para pessoas indeterminadas sob forma de livros, jornais, revistas, televisão e rádio (2013, p. 246).

Buscando complementar a definição acima, salientemos a elucidação de Branco (2009, p. 403):

A garantia de liberdade de expressão tutela [...] toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...].

Com base nos autores mencionados, verifica-se que não há, necessariamente, diferença entre ambas as liberdades, contudo, o que existe é uma complementação, considerando o fato de que quem tem liberdade de se expressar, logo, expressa uma opinião relativa a determinado assunto ou pessoa.

Desde que os cidadãos não manifestem suas opiniões de maneira anônima, estes têm todo o direito de expor o que pensam em relação ao que quiserem e da forma como quiserem. Ainda, além do cidadão, há o jornalista, que quando tiver permissão para emitir opinião na televisão ou em outros meios de comunicação, não poderá sofrer censura, afinal, “[...] não se pode impor a ninguém uma conduta ou obrigação que conflite com sua [...] convicção filosófica ou política”, conforme nos ensina Silva (2013, p.246).

2. Liberdade Jornalística

Segundo o artigo 220, § 1º, citado anteriormente, que ampara a atividade jornalística, ainda há o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros que relata os deveres do jornalista. Entre estes, é válido citar alguns:

[...] divulgar todos os fatos que sejam de interesse público, lutar pela liberdade de pensamento e expressão, opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo, e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e combater e denunciar todas as formas de corrupção, em especial, quando exercida com o objetivo de controlar a informação.

Quando um jornalista, que conseqüentemente é um cidadão, noticia determinado fato acerca da situação do nosso país e, posteriormente, emite uma opinião em relação à realidade deste ou a determinado político, ele tem amparo pela nossa Constituição Federal de não sofrer qualquer tipo de censura. Até então, todos sabem que é uma garantia que deve ser respeitada.

Atente-se para as palavras de Branco (2009, p. 403): “A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)”.

Por conseguinte, em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, é indispensável que os jornalistas, os quais têm o poder de fomentar reflexões na população, possuam autonomia para pronunciar a verdade autêntica, sem joguetes partidários e informações ilusórias. De acordo com Goderch (1993, p. 40), “a liberdade de criticar os governantes é um meio indispensável de controle de uma atividade [a política] que é tão interesseira e egoísta como a de qualquer outro agente social.” E completa com: “O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano”.

Ou seja, quando um profissional do jornalismo, aberta e publicamente (atendendo a vedação do não anonimato, artigo 5º, IV) exterioriza sua opinião política expressando satisfação ou não, ele está respeitando a Lei Maior e cumprindo com os deveres da sua profissão. Afinal, de acordo com o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário: “Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de 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”.

Recentemente, o jornalista Paulo Eduardo Martins, comentarista da Rede Massa, afiliada do SBT no Paraná, fez comentários acerca da Presidente da República e do partido ao

qual ela é filiada. O comentarista é um tenaz crítico do governo petista e não se acua ao deixar explícita sua aversão ao comando e à situação do país.

Observa-se um pouco de seu asco pela Presidente, em uma de suas participações no Jornal da Massa, a qual, quando questionado sobre um prêmio recebido pela chefe do Executivo em Foz do Iguaçu, o jornalista fala com todas as letras, que acha a atual Presidente péssima.

[...] eu acho ela [Dilma Rousseff] péssima, ela é péssima mesmo. O país real não é o país que “tá” fazendo a festa [Copa do Mundo 2014], o país real é o que você pega o carro pra fazer uma viagem de uns 200 km e não consegue chegar na hora programada, que a coisa não anda; o país real é aquele que os importadores reclamam que as coisas não funcionam nos portos, nos aeroportos; o país real é aquele em que roubam 600 milhões de reais na obra de um estádio que vai ficar como um elefante branco em Brasília; o Brasil real é o da obra de transposição do São Francisco que não é entregue, é do trem bala que essa senhora irresponsável anunciou em 2009 que ele ficaria pronto pra Copa e não foi entregue; [...] ela [Dilma Rousseff] faz a festa que quiser e dá prêmio pra quem quiser, mas a opinião é MINHA, eu acho ridículo bater palma pra essa senhora na situação em que o país se encontra no momento, tá? Ou eu sou louco? Ou o país “tá” bem? (2014)

O trecho acima traduz exatamente as palavras do jornalista, que após participar do jornal local, publicou seu vídeo nas redes sociais, acarretando grande repercussão.

Ao expor sua opinião sobre a Presidente Dilma Rousseff, o jornalista elenca várias situações que fazem parte da realidade do nosso país. Situações estas, que devem chegar ao conhecimento de toda a população, e, o melhor meio de isso acontecer, é através da mídia, seja ela nas mais diversas formas, tais como televisão, rádio e internet, principalmente através desta última, pois a internet permite a divulgação de vídeos e a interação em tempo real.

No entendimento de Silva, (2013, p.56):

A mídia, enquanto instrumento responsável em levar à população a informação, é imprescindível na sociedade democrática. Por meio dela, o indivíduo recebe o conhecimento repassado e escolhe posições críticas acerca de determinado assunto, bem como fiscaliza e exerce interação com os fatos ocorridos ao seu redor ou até mesmo em outra extremidade do mundo.

Outro dos vídeos de Paulo Eduardo Martins demonstra que o repúdio não se limita apenas à Presidente, mas ao Partido dos Trabalhadores. Ao ser altercado em relação à existência de uma ditadura petista, Martins diz o seguinte:

[...], ela [ditadura] está sendo construída, e, em muitos casos, já existe de fato, [...]. A relação do empresário com o governo hoje como é que é? Como é que o PT manda aquela cartinha na reeleição, na eleição da Dilma... - Oh, você que não

contribuiu em 2006, estamos de olho em você. É bom contribuir agora hein - estava escrito na cartinha do PT. Polícia Federal, mesmo os próprios policiais, dizem que estão sendo usados de forma política, então, você vê ameaças à liberdade de expressão o tempo inteiro, perseguições, milícias virtuais; você não pode se manifestar em determinados lugares; a tentativa de projetos, aprovação de projetos de lei para coibir manifestações públicas, o marco civil da internet [...] só idiota acha que ditadura se constrói só com tanque na rua, [...]. O tanque vai para rua só quando é necessário, só quando é necessário fazer o confronto físico, o uso da força; [...] quando o povo é pacífico assim vai indo, não precisa botar gasolina no tanque e botar na esquina, vai aprovando assim e vamos controlando. O uso do poder é a última instância, o uso da força é a última instância para o exercício do poder... É só isso. As pessoas acham que ditadura precisa ter um tanque na esquina. Não tem não. Basta aprovar todas essas leis aí que o PT vem aprovando. Plano Nacional dos Direitos Humanos, toda aquela patifaria que existe, tudo que prevê inclusive Conselhos é articulado por esta gente para determinar quem uma empresa de televisão contrata ou não contrata, entendeu? Aí vem falar ainda que nós estamos num ambiente de liberdade. Esqueçam! Agora, o louco sou eu quando eu falo isso [...]. Tem que viver com a ditadura do PT mesmo (2014, on-line).

Conforme exposto acima, Paulo Eduardo Martins demonstra uma aparente revolta, usando até palavras de baixo calão, algumas subtraídas por não serem relevantes ao entendimento do presente artigo.

De fato, a coragem do jornalista ao expor sua opinião de maneira tão abrupta, o tornou famoso e popular nacionalmente, contudo, tal popularidade não impediu sua demissão do Jornal da Massa, ficando afastado do noticiário matinal e impedido de manifestar sua opinião política. Ainda permaneceu na emissora, porém, apenas como colunista de outro jornal que não lhe dá espaço para emitir opinião acerca de qualquer assunto. Diante de tal constatação, podemos verificar que “A liberdade de manifestar sem peias o pensamento e a opinião tem sido um dos mais caros e estimados direitos do cidadão”, conforme nos elucidava Silva (2013, p. 45).

Ora, aparentemente, Martins não feriu nenhum dos dispositivos da nossa Constituição, afinal, ele manifestou sua opinião, de forma não anônima, cumpriu os deveres do Código de ética dos Jornalistas Brasileiros, mencionado anteriormente, e, exerceu seu papel social.

Tem-se por óbvio, a impossibilidade de todos serem favoráveis a uma mesma pessoa ou a um mesmo partido, de fato que, se o jornalista expusesse uma opinião simpatizante ao governo, e, se somente assim fosse permitida a manifestação do pensamento – conveniente a quem está no poder - não seria possível conhecer as diversas interpretações políticas, não existiriam os debates e nem as discussões, que são de extrema importância para melhora da nossa sociedade. Afinal, a mídia deve estar a serviço do povo, fornecendo acesso a informações e a variados pontos de vista, com o intuito de estimular o senso crítico da nação.

É válido ressaltar que o presente artigo não tem por objeto a defesa do ponto de vista do jornalista Paulo Eduardo Martins, principalmente no que concerne à sua opinião particular em relação

ao governo ou à Presidente. No entanto, faz-se uso deste caso em especial para demonstrar que embora esteja explícita em nossa Lei Maior, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, a livre manifestação de opinião política e a não censura, muitas vezes, esta última ocorre de maneira camuflada, ferindo também a liberdade jornalística, abarcada pelo artigo 220, parágrafo 1º.

3. A prática implícita da censura e seus corolários

Consoante ao inciso IX, artigo 5º da Constituição Federal, tem-se conhecimento de que não é permitida a prática de censura em nosso país. Com o intento de explicitar o conceito jurídico de censura, observa-se a definição de Silveira (2014), *apud* Silva : “[censura] consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação”.

Ainda conforme Silveira, *apud* Bastos (2014):

A censura se expressa por atos de fiscalização do material a ser transmitido (censura prévia), ou já posto em processo de comunicação (censura a posteriori ou repressiva), tendentes à frustração dos intuitos ínsitos à transmissão. Para nós, ao contrário do que sustentam alguns autores, a censura a posteriori não deixa de pertencer a uma das modalidades sob as quais se pode enquadrar o procedimento censório.

E, Ferreira (1989, p.253) “qualquer exame prévio de uma obra para efeito de verificar se o seu conteúdo corresponde ao respeito a determinados princípios de ordem política ou moral”.

Segundo as três definições acima, constata-se que a censura nada mais é do que a prática de frustrar a liberdade de expressão de alguém, ou seja, se todos precisassem ter seus pensamentos fiscalizados anteriormente por um censor – o governo - não haveria a pluralidade ideológica, não seria possível lutar contra o que está errado e muito menos mudar para melhor, pois obviamente qualquer concepção contrária aos censores seria vetada.

Vale ressaltar que, proibição de censura, não significa permitir calúnia, injúria e difamação sem punição, pois dependendo da gravidade do fato, o agente poderá responder por crimes contra a honra, previstos no capítulo V do Código Penal Brasileiro de 1940.

Considerando o que expõe Silveira (2014):

Como é próprio aos regimes autoritários, a Constituição de 1937 implantou o mais rigoroso sistema de censura conhecido em nossa história constitucional o qual, mercê das disposições do Decreto 1.949, de 30/12/39, instituiu a censura prévia

também à imprensa estabelecendo, inclusive, a possibilidade de proibição da circulação de periódicos.

Ou seja, já se teve uma imprensa que era constitucionalmente censurada, bem diferente da realidade atual, em que há uma Constituição garantidora de direitos, vedando tal prática. Mas, será que realmente não existe mais censura no país? Será que jornalistas como Paulo Eduardo Martins que, ao manifestar posição contrária, criticando de maneira ferrenha o vigente governo não sofrem nenhum tipo de censura?

É preciso mencionar um tipo de censura que está crescendo vertiginosamente e atingindo diversos jornalistas, como o protagonista do nosso caso concreto – Paulo Eduardo Martins – Rachel Sheherazade, José Nêumanne Pinto, entre outros. É a chamada “*censura soft*” que não consiste em oprimir os jornalistas, mandando prendê-los ou censurando-os por meio de violência, como era antigamente.

Percebe-se que nos canais de televisão há diversas propagandas, as quais geram imensa parte dos lucros das emissoras. Muitas dessas propagandas são financiadas pelo governo e, quando o jornalista de uma emissora repudia determinado político, não é de se admirar que ocorra uma demissão, ou uma recondução, limitando atividades desenvolvidas anteriormente, como por exemplo, a de comentarista.

A censura *soft* foi identificada na Hungria e na Sérvia, segundo a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Acontece por intermédio da pressão econômica que bonifica as coberturas favoráveis ao governo e sanciona as críticas feitas a este. Segundo Alison Meston, Diretora de Campanhas Globais da WAN-IFRA - World Association of Newspapers and News Publishers - (Associação Mundial de Jornais e Editores de Notícias), “Soft censorship is a widely practiced but indirect form of censorship in which governments use biased media subsidies and advertising placements to exert pressure to influence media content and media outlets’ viability”. Isto é, “Censura Soft é uma forma, amplamente praticada, mas, indireta de censura em que os governos usam subsídios de uma mídia tendenciosa e colocações de publicidade para exercer pressão para influenciar o conteúdo de mídia e a viabilidade dos meios de comunicação” (2014, tradução nossa).

Desse modo, a ideia de democracia é violada, pois se fere a liberdade de expressão que fica condicionada pelas pretensões dos financiadores das emissoras de televisão.

Considerações Finais

Percebe-se que o Brasil, apesar de já ter amadurecido substancialmente no que tange à liberdade de expressão, ainda apresenta aspectos deletérios à sociedade, como a atual prática da censura soft nas emissoras televisivas.

Tal fato impede o pleno alcance de um Estado Democrático de Direito e promove grande manipulação dos meios de comunicação, assim, o conteúdo a ser exibido ao povo é escolhido por quem patrocina a emissora. Significa dizer que a verdade não está sendo fielmente transmitida e a opinião de jornalistas está sendo obliterada por garras políticas invisíveis.

Por conseguinte, é imprescindível que as emissoras sejam mais rígidas em face às ameaças políticas, haja vista que se todas as redes televisivas optarem por um jornalismo espontâneo e veraz, que propicie maior autonomia a seus jornalistas, os partidos que as patrocinam recuarão e abrandarão o atual abuso cometido.

Fica evidente que a democracia é o mecanismo de impulso da sociedade, ou seja, é o instrumento norteador, dirigente e assecuratório de todos os direitos e garantias fundamentais trazidos na Constituição. Portanto, é importante que se formulem debates entre comentaristas com visões divergentes a fim de exercer a liberdade de expressão- sem estarem presos às imposições de determinado partido político - e direcionar o povo brasileiro ao pensamento crítico.

Por conseguinte, somente há democracia se a pluralidade de opiniões for consagrada, isto é, quando existir um ambiente aberto ao diálogo e munido de tolerância em face às concepções alheias. Destarte, depreende-se que a liberdade jornalística é crucial para se alcançar uma pátria mais moderna e fecunda a ideias, na qual o pensamento flua continuamente e a liberdade de expressão vigore como um lema nacional e artifício motivador da participação social nos rumos do país.

Referências Bibliográficas

ABERT. **Imprensa europeia vive a ameaça da “censura soft”**. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/clippingmenu/item/22118-imprensa-europeia-vive-a-ameaca-da-censura-soft>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FENAJ. **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://www.fenaj.org.br/federacao/cometica/codigo_de_etica_dos_jornalistas_brasileiros.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2014.

GORDERCH, P. S. **El Derecho de la Libertad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MARTINS, P. E. JM SBT - Desabafo: A Ditadura do PT. **YOUTUBE**. 27 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JVyFZYVyFjY>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

MARTINS, P. E. JM SBT - Desabafo: A Ditadura do PT. **YOUTUBE**. 27 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EohiNIHXFow>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESTON, A. **Just Published: Soft Censorship, Hard Impact**. WAN. Disponível em: <<http://www.wan-ifra.org/articles/2014/06/02/just-published-soft-censorship-hard-impact>>. Acesso em: 15 jul. 2014, tradução nossa.

MORAES, A. **Constituição Brasileira Interpretada**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PINHO, R. C. R. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, R. G. S. C. **A Tutela Inibitória no Direito de Imagem de Pessoa Pública**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.

SILVEIRA, D. S. D. **Controlar não é censurar**. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/cadernos/cid05052000.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



CULPABILIDADE: ELEMENTO DO CRIME OU PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA PENA?

Munyra Carolina Silva Duarte (UEMS) ¹

Ricardo Guilherme Silveira Correa Silva (UEMS) ²

Resumo: O artigo científico apresentado possui como principal objetivo a análise doutrinária acerca do conceito analítico de crime e a busca dos elementos que realmente compõem o conceito de crime. A divergência doutrinária é contundente, já que vários estudiosos defendem que o conceito de crime é bipartido, composto apenas pelos elementos “fato típico e ilícito”. Outros acreditam ainda que o real conceito de crime admite ainda, além do fato típico e ilícito, também a culpabilidade. Assim, delinearam-se ao longo do tempo as teorias bipartida e tripartida como as principais defendidas no prisma doutrinário. A evolução histórica do conceito de culpabilidade demonstra sua importância no âmbito penal, o que reforça a admissibilidade do conceito de culpabilidade como elementar do crime. Em que pese o entendimento adotado pelo Código Penal, depreende-se que foi adotado o conceito bipartido de crime. Considerar crime apenas como um fato típico e ilícito simplifica em demasia a complexidade de um crime. Por outro lado, embate a teoria bipartida que a culpabilidade serve para auferir a aplicação ou não de pena e não diz respeito à existência do crime. Assim, analisar criteriosamente todos os elementos do conceito de crime, bem como todas as discussões doutrinárias sobre o tema repercutirá em enriquecimento dos conhecimentos jurídicos e figurará na busca do senso crítico.

Palavras-chaves: Culpabilidade; Elementares do Crime; Teorias bipartida e tripartida.

Introdução

O presente trabalho possui o intuito de abordar a temática do conceito de crime, sob o prisma analítico doutrinário, visando destrinchar a teoria do crime e esmiuçar suas elementares, na busca do real conceito de crime.

¹ Acadêmica 3º ano de bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul – Unidade Naviraí. E-mail: munyu_lins@hotmail.com

² Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica Paraná. Professor na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: prof.ricardoguilherme@gmail.com.

Em que pese aludida discussão, o foco principal está na aceitação ou não da Culpabilidade como um elemento do conceito de crime. A maioria da doutrina concorda que o conceito analítico de crime engloba no mínimo os elementos fato típico e antijurídico.

Assim, como já se demonstra superada essa conceituação, será analisada a evolução da Culpabilidade, em suas várias nuances no decorrer da história, até chegar à concepção atual, para que assim, ao entender a Culpabilidade no âmbito penal, seja possível obter uma conclusão válida sobre sua classificação na teoria do crime.

Extirpar a culpabilidade do conceito de crime respaldaria um empobrecimento na complexidade que um crime requer para ser configurado. Em contrapartida embutir a culpabilidade na elementar do crime seria desvincular o crime da pena, o que é considerado justo, já que em determinados casos, mesmo que exista o crime, o agente simplesmente não será passível de pena.

Neste diapasão, depreender que o indivíduo deixa de cometer crime se tal fato não for passível de penalização é tão perigoso, quanto preconizar ser crime todo e qualquer fato típico e antijurídico, considerando criminosos até mesmo aqueles que possuíam causas legais de exclusão de culpabilidade.

A priori, atualmente parece ser mais visível que o Código Penal Brasileiro adotou o conceito bipartido. Entretanto, conhecer a fundo os conceitos irá proporcionar um pensamento crítico e protegido por argumentos válidos. Com esse estudo, espera-se alcançar um efetivo entendimento do complexo e controverso conceito de crime no Brasil.

1. Debate doutrinário

Um tema bastante controverso no direito penal atual se refere ao conceito de crime. As duas principais teorias são a **Tripartida** (Guilherme de Souza Nucci, Davi Teixeira de Azevedo, Cezar Roberto Bitencourt, dentre outros) e a **Bipartida** (Damásio de Jesus, Cleber Masson, dentre muitos outros). As duas possuem argumentos muito consistentes, bem como grandes doutrinadores, que, todavia possuem pensamentos divergentes. Qual seria a teoria do crime mais adequada?

Saluta ressaltar, que existe ainda a posição minoritária (MASSON, 2013, p.181) sustentada por Basileu Garcia que trata da teoria **Quatupartida**, que é a de que o crime é “composto por quatro elementos: fato típico, ilicitude, culpabilidade e punibilidade”. Essa

posição é a minoritária já que a punibilidade não pode ser considerada elemento do crime, mas sim consequência de sua prática.

Um exemplo seria o caso de prescrição, onde o crime existiu, todavia extinguiu-se a sua punibilidade. Não é porque se extinguiu a punibilidade que o crime deixou de existir também. Assim, percebe-se que a posição quadripartida fica superada, passando então a análise das teorias tripartida e bipartida, onde se discute se pode haver crime, sem que haja uma aplicação de pena para aquele caso concreto ou se o crime não existe sem aplicação da pena.

1.1 A Teoria Tripartida

Para a teoria **Tripartida**, atualmente são três os elementos do crime: fato típico, ilícito e culpável.

Fato típico é toda conduta voluntária e consciente que produza (relação de causalidade) um resultado e que tenha uma tipificação penal (esteja previsto em lei).

Ilícito é todo comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Todavia, em alguns casos, algumas condutas típicas (cárcere privado, por exemplo) não serão revestidas de ilicitude (quando promovidas por agente policial com mandado judicial, por exemplo) devido ao estrito cumprimento do dever legal imposto pelo Estado).

As causas excludentes de **ilicitude** são então: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito.

Culpável é aquele fato típico e ilícito cometido por agente imputável (maior de 18 anos bem como pessoa sem doença ou retardamento mental), que tinha potencial consciência da ilicitude do fato que cometeu (não há erro de proibição invencível) e há a exigibilidade de conduta diversa (no caso de coação moral irresistível ou obediência hierárquica de ordem manifestamente legal seria inexigível que o agente se comportasse de outra forma, excluindo também a culpabilidade, por exemplo).

1.2. A Teoria Bipartida

Já para a teoria bipartida, são apenas dois os elementos do crime: fato típico e ilícito. A culpabilidade do agente seria apenas um pressuposto de aplicação ou não pena.

Masson (2013), explica que os adeptos à teoria bipartida sustentam que a culpabilidade deve ser excluída da composição do crime, já que é pressuposto de aplicação da pena e não de existência do crime. Isso significa que o crime pode existir, mesmo sem que haja aplicação da pena.

Exemplificando, na teoria bipartida, se um adolescente de 16 anos cometer ato infracional análogo a crime de furto (fato típico e ilícito), existe o crime, mas não será aplicada a pena, já que ele é inimputável (causa excludente de culpabilidade).

Já para a teoria tripartida, nesse mesmo caso do adolescente, não existe crime, mas sim um ato infracional, porque mesmo que ele tenha cometido um fato típico e ilícito, não haverá o terceiro elemento imprescindível à composição de um crime, isto é, a culpabilidade.

1.3 A teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro

A doutrina diverge quanto ao critério de conceito de crime adotado atualmente pelo Código Penal. Masson (2013) admite que não haja resposta segura para essa questão, mas entende que o critério adotado é o bipartido.

Os motivos dessa escolha vêm da comparação entre o Código Penal de 1940 e o Código Penal após o advento da Lei 7209/1984, quando houve a nova redação da Parte Geral do Código Penal.

Em primeiro lugar, o Título II que trata **do crime** está separado do Título III que dispõe sobre a **Imputabilidade**.

Ademais, ao tratar das causas de exclusão de ilicitude (que é elemento do crime) o Código Penal diz que **não há crime**, conforme caput do artigo 23.

Já ao tratar das causas de exclusão da culpabilidade (caput art. 26 e 28 §1º por exemplo) o Código Penal diz que o agente é **isento de pena**, de onde subentende-se que a culpabilidade não é então elemento do crime e sim pressuposto de aplicação da pena.

Ora, entende-se que sem fato típico e ilícito não há crime, todavia sem culpabilidade não há pena, mas o crime continua subsistindo.

De entendimento contrário há o professor Nucci (2014, p. 122) quando este destaca que “a adoção da teoria tripartida é a mais aceita, por ora, entre os causalistas, finalistas e adeptos da teoria social da ação”.

Nucci (2014, p. 123), sustenta que quando se diminui o conceito de crime para apenas “fato típico e ilícito”, como quer a teoria bipartida, há uma simplificação demasiada. Ele acredita que considerar como criminoso aquele que praticou fato típico e ilícito sob coação moral irresistível ou ainda aquele que praticou fato típico e ilícito devido à ordem hierárquica manifestadamente legal é completamente descabível.

Se há coação moral irresistível, ordem hierárquica manifestadamente legal, erro de proibição ou inimputabilidade não há nenhum elemento de culpabilidade, assim, não há crime, e os agentes desse fato típico e ilícito que incorrerem em causa de exclusão de culpabilidade não poderão ser considerados criminosos.

Na mesma linha de pensamento Azevedo (*apud* Nucci, 2014, p. 123) diz que:

A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a ideia jurídico-penal de delito além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressuposto de intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito minimalista – são diminuídos de modo a conferir-se destaque à categoria da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção.

Torna-se então visível a seguinte questão: se é a sociedade quem aponta para o legislador o que merece se tornar penalmente tutelado, já que a ela pertence o juízo de reprovabilidade, não há como considerar crime apenas o fato típico e ilícito se não há a real censura social em relação a esse fato. A culpabilidade deve então ser considerada elemento integrante do conceito de crime, já que sem ela “a riqueza fornecida pelo juízo de reprovação social” (NUCCI, 2014, p. 123) seria afastada.

Pode-se embasar nas teorias de Roberto Lyra e Michel Foucault para entender sobre o poder que a sociedade tem para definir o que serão considerados ilícitos juridicamente relevantes, merecedores de serem penalmente tutelados. A título de exemplo tem-se o caso do enfermo mental que mata uma pessoa.

Não há como a sociedade censurá-lo, já que qualquer um, em seu lugar, poderia ter feito o mesmo, porque que como enfermo mental ele não poderia compreender o caráter ilícito do fato e muito menos guiar-se de acordo com esse entendimento.

É por isso que Nucci (2014) é categórico ao afirmar que não há crime se não houver culpabilidade, há apenas um injusto penal, sem aplicação de pena.

Mediante as alegações apresentadas, ainda assim, aufere-se que é notável a distinção que o Código Penal atual faz quando dispõe que “não há crime” quando houver

causa excludente de antijuricidade/ilicitude e que “não há pena” quando houver causa excludente de culpabilidade.

Ora, o crime existe mesmo sem que seja aplicada a pena ou não há que se falar em crime, se não houver a culpabilidade, pressuposto de aplicação da pena?

Quando um agente comete um fato típico e ilícito, diz-se que cometeu crime. Mas continuará sendo considerado criminoso se agiu por erro de proibição, coação moral irresistível ou desenvolvimento mental incompleto/retardado (causas excludentes de culpabilidade)?

Diante disso, denota-se que a divergência doutrinária está situada na admissibilidade ou não da Culpabilidade como elementar do conceito de crime. Por isso, faz-se necessário o esmiuçamento do significado da Culpabilidade, para uma análise criteriosa.

2. Conceituações

2.1. Teoria Psicológica da Culpabilidade

No decorrer da história o conceito de crime modificou-se, bem como o conceito de culpabilidade. Emídio (2012) explica que no século XIX e início do século XX, segundo a Teoria Psicológica desenvolvida por Franz Von Liszt é a culpabilidade do agente que comporta o dolo ou a culpa. Neste caso, está presente a Teoria Psicológica da Culpabilidade, onde o psicológico é o centro definidor da culpabilidade do agente.

Isso significa que o que importa para a culpabilidade é saber o volitivo, a psique, a vontade, a intenção, a causa da ação do agente infrator. O conceito de culpabilidade tem como elemento *lato sensu* a imputabilidade e como elementos *strictu sensu* o dolo (vontade) e a culpa (previsibilidade).

Essa teoria possui relações intrínsecas com a Teoria Causalista ou Clássica do crime, onde é na culpabilidade do agente que se verifica o dolo e a culpa e não na conduta, como defendido pela Teoria Finalista.

Entretanto tal teoria já foi superada, como bem esclarece Fontes (2004), já que é um equívoco considerar que o juízo de reprovabilidade de uma conduta está na relação psíquica entre o autor e o fato.

No caso da culpa inconsciente, por exemplo, não há que se falar nem em vontade, nem em previsibilidade, por isso não há também relação psíquica entre o autor e o fato.

Outro exemplo seria o caso do enfermo mental, que mesmo quando age dolosamente, ou seja, mesmo quando há vínculo psíquico entre a sua conduta e o resultado, não há que se falar em culpabilidade, devido a vontade estar viciada pela doença mental, como se subentende das explicações de Ferreira (2004). Tem-se então uma séria lacuna na Teoria Psicológica da Culpabilidade.

Nada obsta que essa teoria representasse um avanço para o direito penal, já que antes dela, a responsabilização se dava de forma objetiva, isso significa que para que ocorresse a punição, bastava que o agente tivesse praticado um fato considerado ilícito, nada importando seu dolo ou culpa, conforme explica Torres (2011).

Ferreira (2004, p. 72) exemplifica que antes da Teoria Psicológica da Culpabilidade a responsabilização penal sendo objetiva, “Era o dê-me o fato, que dar-te-ei uma pena. Não há dúvida de que uma punição assim aplicada se constituía numa enorme injustiça” e por isso, não há dúvidas quanto a importância do advento da Teoria Psicológica da Culpabilidade. Todavia, essa teoria ainda não era suficiente para descrever a Culpabilidade.

2.2. Teoria Normativo-Psicológica da Culpabilidade

Com o advento da Teoria Normativo-Psicológica, preconizada por Reinhard Frank, conforme nos explica Bitencourt (2012) aufere-se que além do dolo e da culpa, necessários para se caracterizar a culpabilidade, insere-se no contexto da culpabilidade o “juízo de reprovabilidade” social da conduta, onde a exigibilidade de conduta diversa é norteadora para medir a reprovabilidade/censura da conduta ilícita e típica.

Exemplos clássicos, que deram início a essa vertente Normativo-Psicológica, ocorridos no Tribunal de *Reichsgericht*, foram os casos do cocheiro e da parteira, como cita Ferreira (2004). No caso do cocheiro, que ao conduzir uma carroça por meio de um cavalo indócil e provocar lesões corporais em um transeunte, houve absolvição, porque mesmo havendo um elo psíquico entre sua conduta culposa do resultado de lesões corporais ao transeunte, não poderia se exigir dele conduta diversa, já que havia sido imposta por seu patrão a condução da carroça com tal animal.

O caso da parteira ocorreu quando uma empresa de mineração resolveu liberar seus funcionários sem desconto salarial quando ocorresse o nascimento de um filho seu.

Foi então que os mineiros obrigavam a parteira a declarar falsamente os nascimentos em dias de semana, para que pudessem usufruir da folga. Essa também foi absolvida, por inexigibilidade de conduta diversa nas circunstâncias supracitadas.

Isso significa que, quando alguém comete um crime, só que não se poderia exigir desse alguém conduta diferente da que ele realizou, não há que se falar em culpabilidade, conforme se denota do escólio abaixo transcrito:

A essência da culpabilidade está na reprovação que se faz ao agente por sua motivação contrária ao dever. O juízo de reprovabilidade já não teria por fulcro apenas a vontade, em seu sentido puramente naturalístico, como a teoria psicológica acreditava, mas sim a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser. (FRAGOSO *apud* FONTES, 2004, p. 9).

Essa teoria também possui críticas, já que em sua elementar ainda persiste o dolo e a culpa do agente, ou seja, a relação psíquica entre o autor e o fato ainda é componente da culpabilidade.

Entretanto, também corresponde a uma evolução do direito penal, ao se admitir o juízo de censura, ou ainda o juízo de reprovabilidade da conduta para aplicação da pena, fato que garante ao indivíduo maior justiça em sua condenação.

2.3. Teoria Normativa Pura da Culpabilidade

Surgiu então, baseada na teoria finalista de crime, a Teoria Normativa Pura para se definir o que é a culpabilidade.

Nessa teoria, na elementar Culpabilidade não há nenhum resquício de relação psíquica entre o autor e o fato (já que o dolo e a culpa são agora elementos da conduta e não mais da culpabilidade).

Há aqui conceitos puramente normativos para se definir quando há ou não culpabilidade, como bem explica Fontes (2004).

O criador da teoria finalista, Hans Welzel, muito contribuiu para a conceituação da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade. Com sua doutrina, houve uma modificação radical do conceito de culpabilidade e conseqüentemente de crime. A estrutura do crime teve

conceitos que se mudaram do seio de uma elementar para outra com o advento dessa teoria, conjuntamente com a teoria finalista da ação.

Aqui, é necessário compreender que o dolo e a culpa não serão mais elementos do conceito de culpabilidade, mas são fatores que integram a própria ação humana, isso é a conduta do agente.

Por aludida circunstância denota-se que o dolo e a culpa do agente foram transferidos para o fato típico do crime, na elementar “conduta”. Sem dolo ou culpa, não há conduta e sem conduta não há fato típico, conseqüentemente sem fato típico não há nem ao menos crime.

Houve então um esvaziamento do elemento “culpabilidade”. Se não é mais nele que se aufero o dolo e a culpa, qual o sentido desse elemento do crime então?

Define-se então a culpabilidade como “um juízo de reprovabilidade que recai sobre o agente mentalmente são, que praticou conscientemente um fato ilícito que poderia não praticar ou evitar, se quisesse” (FERREIRA, 2004, p. 78-77).

É necessário ir além, quando Capez (2012, p. 332) explica que os elementos que integram a culpabilidade hodiernamente são “a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa”.

A imputabilidade, definida por exclusão das hipóteses de inimputabilidade, com fulcro no caput do art. 26 do Código Penal, se refere à capacidade que o indivíduo possui para compreender a ilicitude do fato ilícito que pratica e ainda guiar-se de acordo com esse entendimento.

São os casos de doentes mentais ou pessoas com desenvolvimento mental retardado ou incompleto, que por esse motivo devem ser consideradas inimputáveis.

O indivíduo com menos de dezoito anos também é considerado inimputável já que seu desenvolvimento mental ainda está incompleto, ou seja, em processo de desenvolvimento, o que supõe sua maior suscetibilidade emocional e social. Para que se comprove sua inimputabilidade, basta apenas comprovar sua idade.

Depreende-se que o Código Penal usa o critério biológico para auferir inimputabilidade ao menor de idade e o critério biopsicológico para os enfermos mentais, conforme ensina Bitencourt (2012).

A potencial consciência da ilicitude é aquela consciência que o indivíduo potencialmente tem de que está cometendo um injusto penal. Quando há um erro de

proibição, sendo esse erro inevitável ou invencível nas circunstâncias do fato típico, há a exclusão de culpabilidade. Não se pode confundir inconsciência da ilicitude do fato (isto é, erro de proibição), com erro de tipo ou com ignorância da lei. No erro de tipo o indivíduo tem cocaína em casa, mas acredita que é apenas talco. No erro de proibição o indivíduo tem cocaína em casa, mas acredita que o depósito não é proibido. Já alegar a ignorância da lei é inadmissível, conforme explica Bitencourt (2012).

A inexigibilidade de conduta diversa está definida em dois institutos: coação moral irresistível e obediência hierárquica de ordem manifestadamente legal. “Em situações excepcionais, a pessoa pode ver-se compelida a praticar determinada conduta, embora ciente de que seja ela contrária à lei” (TONELI, 2011 p.16).

Aqui se enquadram os casos, por exemplo, do pai, que sob coação moral irresistível, já que indivíduos armados estão de posse de sua filha, ameaçam-no para que cometa um homicídio, sob pena de tirarem a vida de sua filha. Não se poderia exigir desse pai ou de qualquer outra pessoa comportamento diverso do que cometer aquele fato típico e ilícito. Não se pode confundir também coação **moral** irresistível com coação **física** irresistível, já que no segundo caso exclui-se a conduta do agente (e conseqüentemente o fato típico), e no primeiro exclui-se a culpabilidade.

Sobre a ordem hierárquica (vinculada à função pública) manifestadamente legal (aparência de legalidade) há o exemplo do subordinado que cumpre ordens de seu superior e acaba por cometer um fato típico e ilícito. Nesse caso, apenas seu superior responderá por crime, segundo o Código Penal.

Outrossim, em todos os exemplos, a agente comete sim um fato típico e ilícito, mas na situação em que encontra não poderá ser considerado culpado, nem poderá ser considerado que cometeu algum crime, apenas um injusto penal, como explica Nucci (2014). Tal “injusto penal” traz sim modificações no mundo exterior, todavia um resultado que não deve ser considerado como crime. Crime só é crime quando todas as suas características foram preenchidas, ferindo a normatividade de forma conglobante, e não apenas de forma aparente, como parece acreditar a teoria bipartida.

Considerações Finais

Diante das doutrinas apresentadas, percebe-se que são fortes as divergências entre as teorias bipartida e tripartida, uma vez que os argumentos que embasam uma e outra fazem sentido e podem realmente confundir quem analisa os elementos de um crime.

Depois dessa análise criteriosa, depreende-se que a teoria mais adequada é a tripartida. Quanto menos fatos típicos e ilícitos forem considerados crimes, devido aos justos motivos de exclusão de culpabilidade explicados anteriormente, melhor será para a justiça social.

Um criminoso é aquele que lesa ou expõe a perigos de lesão bens juridicamente tutelados. Um subordinado que cumprindo ordem manifestadamente legal de seu superior cometer um fato típico e ilícito não pode ser considerado um criminoso, já que seu intento não era cometer nenhum ilícito penal, por isso, ele deve ser considerado inofensivo à sociedade e seus atos não podem ser considerados como crimes.

O menor de idade, quando comete ato infracional análogo a crime, não cometeu um crime, mas sim ato infracional e responderá por esse injusto penal na medida de sua culpabilidade, que é a de um ser humano ainda em desenvolvimento psicossocial.

Os demais que se encaixam nas causas de exclusão de culpabilidade, ao terem suas penas suprimidas, devem ver no mundo jurídico o desfazimento da noção de crime cometido e passarem a enxergar seu ato como um injusto penal, não passível de ser chamado de crime.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. Saraiva: São Paulo, 2012.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**. Saraiva: São Paulo, 2012.

EMÍDIO, F. C. **A Culpabilidade no Direito Penal Brasileiro**. Brasil Escola: Caldas Novas, 2012. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2014.

FERREIRA, G. **Aplicação da Pena**. Editoria Forense: Rio de Janeiro, 2004.

FONTES, L. S. **Culpabilidade: pressuposto da pena ou característica do crime?**. Jus Navigandi: Teresina, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5047>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

MASSON, C. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. Editora Método: São Paulo, 2013.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2014.

TONELI, A. **A aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa em tempos de crise econômica**. Revista Univap: São José dos Campos, 2011.

TORRES, D. D. **A evolução da culpabilidade no direito penal e a possibilidade de quesitação pelo júri das causas supralegais de sua exclusão**. Egov: Santa Catarina, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-da-culpabilidade-no-direito-penal-e-possibilidade-de-quesita%C3%A7%C3%A3o-pelo-j%C3%BAri-das-caus>> Acesso em: 21 maio 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A FAMÍLIA NO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELEVANTES PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

*Helder Baruffi*¹

*Rubens Ramão Apolinário de Sousa*²

Resumo: Tendo por fundamento o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de formas plurais de família: matrimonializadas, extramatrimoniais e monoparentais (art. 226 CF), buscou-se compreender e o processo de reconhecimento destas famílias no ordenamento jurídico brasileiro, como uma contribuição para a compreensão do direito das famílias.

Palavras-chave: Família, Reconhecimento, Direito.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, na esteira de uma construção jurídica de família assentada na existência de um casamento válido, civil ou religioso com efeitos civis - condição de legitimidade de todas as relações dele decorrentes - deu à esta noção jurídica de família um sentido mais amplo e plural, alargando o conteúdo de suas relações (FACHIN, 1999) ao reconhecer a união estável como entidade familiar, equiparando-a, para fins de direito, ao casamento (C.F. art. 226), direito que é reconhecido pelo STF aos casais homoafetivos e que rompe com o silêncio eloquente que se ouve ruidoso no ambiente jurídico pátrio.

Neste sentido, o estudo tem por objeto as famílias “do” e “no” Direito. A partir delas, busca-se demonstrar que o Estado, por meio de suas normas, instituiu um ideal de família que prevaleceu por muito tempo, deixando marginalizadas outras formas de organização familiar, sedentas de proteção jurídica. Assim, o estudo indaga sobre a proteção dada pelo Direito às famílias definidas no Código Civil, assim como qual tem sido o tratamento dado às famílias que não fazem parte deste rol taxativo.

¹ Mestre em Direito – PUC-SP; Doutor em Educação – USP. Pós-Doutoramento (Estágio Sênior) no Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra (Bolsa Capes, processo 3590-13-5). Professor de Direito Civil, Associado IV, da FADIR/UFMG. Professor de Direito Civil no Curso de Direito/FADIR/UFMG. Membro do IBDFAM. E-mail: helderbaruffi@ufgd.edu.br

² Advogado. Especialização em Direito Constitucional e Mestrando em Direito Processual Constitucional – Universidade Lomas de Zamora-Buenos Aires-AR. Professor dos Curso de Direito da UEMS e Curso de Direito da FADIR/UFMG.

1. Materiais e Métodos

O estudo enquadra-se no método hipotético-dedutivo. Tendo como pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana e os novos arranjos familiares decorrentes do princípio constitucional que reconhece outras formas de organização familiar, além daquela expressa pelo casamento, buscou-se analisar a família e seu tratamento jurídico.

2. Resultados e Discussões

O ordenamento jurídico de um Estado versa e caracteriza a vida de seus integrantes, regulando questões de direito público e privado. Em relação a esta segunda natureza de normas, nota-se que elas influenciam diretamente na convivência da sociedade, estendendo-se e atingindo também sua célula *mater*, assim dizendo, as famílias.

Este controle da vida privada, instituído pelo Estado por meio das normas jurídicas, acaba por estimular apenas a aceitação, seja por parte da sociedade ou dos próprios legisladores, daquelas famílias cuja forma atenda aos parâmetros estabelecidos, deixando à margem, muitas vezes, as entidades familiares que não se enquadram neste modelo ideal.

Pode-se afirmar, portanto, que há famílias “do” direito e famílias “no” direito. No que tange a primeira, identifica-se que são aquelas que seguem o padrão definido pelo ordenamento, sendo aceitas desde longa data, embora reguladas a partir do Código Civil de 1916, passando por algumas alterações, de acordo com a Lei nº 6.515/1977 (Lei do divórcio), e tendo assegurados novos direitos com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estes regulamentados pelo Código Civil de 2002. No que tange as famílias “no” direito, nota-se que não estão presentes no texto legislativo, muito embora existam de fato e, por isso, considera-se que estão no direito, cujo reconhecimento se dá pela jurisdição.

Embora a partir de 1916 já houvesse normas de direito de família, percebe-se que elas apenas reconheceram a família constituída pelo casamento, indissolúvel, salvo em casos de nulidade ou morte. O desquite, forma de dissolução da sociedade conjugal fundada em um dos motivos retratados em lei, obedecido o lapso temporal, dissolvia a sociedade, porém mantinha o vínculo conjugal, impossibilitando aos desquitados contrair novo casamento. Neste diapasão, é relevante destacar o papel da Lei nº 6.515 de 1977, conhecida como a Lei do divórcio, que inaugura a possibilidade do divórcio e oportuniza um novo casamento para os divorciados. O avanço da Lei demonstrou que o direito já não podia mais se manter apegado as antigas tradições, sendo necessário decidir conforme a realidade. É com a Constituição de 1988 que o direito de família assume efetivamente novos contornos. Muitos direitos e garantias foram consagrados, por exemplo, no art. 5º,

para preservar a dignidade da pessoa humana, esta que claramente pode ser associada às questões de família, já que se os agrupamentos familiares recebem proteção do Estado e este precisa garantir minimamente direitos fundamentais aos integrantes de sua sociedade.

Um novo olhar se formou após 1988. Novas famílias fariam parte do direito, sendo estas retratadas no art. 226, o qual reconhece nos §§ 1º, 3º e 4º que o Direito daria proteção às famílias formadas pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e a monoparental, como destacado por Lôbo (2011, p.33): “O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco igualitário estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988” .

Percebe-se que houve um avanço legislativo, demonstrado pelo desapego à ideia de que família seria apenas aquela formada pelo casamento. Mas, embora tenha sido de fundamental importância este reconhecimento e uma nova aspiração para esta época, percebe-se que ficou definido um rol taxativo de famílias, que, porém, implicitamente permitiu abertura às famílias não constantes naquele rol para que exigissem os mesmos direitos daquelas que foram citadas, fato que, atualmente, tem se tornado recorrente.

Esperava-se que a o novo código assumisse, em relação ao Direito de família, as novas ideias propostas pela Constituição de 1988, assim como retratasse a realidade da sociedade, que se encontrava recharacterizada em relação ao tempo do antigo Código Civil de 1916, e que, insistentemente, os novos arranjos familiares eram reconhecidos na jurisprudência. Porém, as expectativas não se concretizaram.

Segundo Dias (2010, p. 31) “Após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel da lei fundamental do direito de família”. Neste sentido também disserta Pereira (2006), ao tratar da publicização do direito civil, determinando, ele, o surgimento de um Direito Civil Constitucional.

A instituição de uma postura diferente pelo Constituinte, no que tange à existência de diversas entidades familiares, foi traduzida apenas em parte para o Código Civil de 2002, vez que neste consta apenas o reconhecimento das famílias formadas pelo casamento e pela união estável entre homem e mulher. Disse menos que a Constituição Federal.

A luta das famílias marginalizadas pelo direito continua, com conquistas significativas. Há uma ruptura radial na percepção das relações afetivas, com o reconhecimento de que as pessoas buscam, entre si, a felicidade e mais, buscam realizar seus projetos de vida em consonância com os princípios da liberdade de escolha e da dignidade. Na luta por reconhecimento, as conquistas sociais repercutem no direito da família, agora compreendido mais como “direito das famílias” no dizer de Dias (2010). Além das famílias nascidas pela contração do matrimônio, união estável entre homem e

mulher e as monoparentais, há ainda as uniões estáveis homoafetivas, as parentais, as pluriparentais, as paralelas e as eudemonistas, figurando estas últimas apenas alguns exemplos, podendo existir outras.

Percebe-se uma repersonalização das famílias. Esta se forma pela existência de afeto e solidariedade entre os membros envolvidos, e ainda traduzindo as palavras de Lôbo (2012, p. 29) “a evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade”. Nesta linha de pensamento, encontra-se também Lisboa (2009, p. 9) ao dizer que “Busca-se hoje o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família, pouco importando se ele é o genitor, a genitora, ou algum filho havido ou não havido do casamento”. Assim, a família moderna se institui pela livre escolha de seus componentes, bastando a afeição para que permaneçam unidos. Por isso, modificando-se o princípio que leva a junção de pessoas, diferente também deve ser a visão do Direito diante desses grupos.

O elenco de princípios promovidos pelo texto constitucional, e de fundamental importância na atual fase do Direito de Família, conta na visão de Gonçalves (2007), com o respeito à dignidade da pessoa humana, a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, a igualdade entre os filhos, paternidade responsável e planejamento familiar, comunhão plena de vida e a liberdade para constituir uma família. Tais princípios estão com frequência sendo invocados para solucionar novos conflitos familiares, seja por parte dos juristas, que julgam levando-os em consideração, ou pelas próprias entidades, ao alegarem estes na defesa de um direito, fazendo emergir uma nova visão a respeito das famílias, estas que se constituem estimando o afeto e sendo regidas por princípios constitucionais.

Um dos temas que tem permeado os debates diz sobre as uniões homoafetivas, e são, portanto, relacionadas à estas os maiores avanços da jurisprudência, consequência de um efetivo ativismo judicial, tanto em nível local, quanto no âmbito dos Tribunais Superiores, com destaque para a posição do STF explicitada ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/ RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4277/ DF, que reconheceu os mesmos direitos atribuídos às uniões estáveis heteroafetivas.

Na mesma esteira de argumentação, por meio do julgamento do REsp 1.183.378/RS proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, afirmou-se a possibilidade e a aplicação das mesmas normas para qualquer “variedade” de união estável e, conseqüentemente, autorizou o casamento homoafetivo. Frente a este quadro, recentemente o Conselho Nacional de Justiça também se manifestou, por meio da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, determinando a todos os Estados o aceite e a realização do casamento de pessoas do mesmo sexo, ou casamento civil igualitário.

As discussões relacionadas às uniões estáveis homoafetivas e ao casamento civil igualitário permeiam os principais debates, não apenas legislativos, mas também no campo da bioética, em razão das conseqüências decorrentes destas novas decisões, a saber, por exemplo, a questão da adoção de

filhos, inseminação artificial, maternidade subrogada, licença maternidade e questões patrimoniais, casos estes que já são recorrentes na jurisprudência do país.

Embora muito se fale dos frutos da luta das famílias homossexuais, não há como se esquecer dos problemas enfrentados pelas outras entidades, conflitos que também envolvem filhos- por exemplo, a criança que tem várias mães ou pais-, patrimônio, previdência social e direitos feridos.

Considerações Finais

Como devidamente exposto, percebe-se que o legislador se apegou à família tradicional, ou seja, aquela instituída sob a égide do casamento. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte quebra com o tradicional e elenca mais duas formas de famílias, a saber, a monoparental e a união estável entre homem e mulher, estas que foram recepcionadas também pelo Código Civil de 2002. Mas a elaboração deste rol, embora inovador, discriminou outros arranjos familiares.

Assim, verificou-se, que as famílias não protegidas pelo Estado, mas que necessariamente ansiavam por direitos e legislação, por muito buscaram serem percebidas. Lentamente há uma mudança de pensamento, compreendida atualmente, principalmente, na jurisprudência. É a família “no” direito, isto é, aquele arranjo familiar reconhecido pelo direito como família.

A separação entre famílias “do” direito e “no” direito, de forma lenta, mas gradual, está sendo superada, mediante as conquistas dos grupos marginalizados ou “invisíveis” e a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há mais como ignorar a existência destas famílias; todas as entidades familiares merecem o mesmo respeito e proteção do Estado.

Referências Bibliográficas

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

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de dez. 1977.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/ RJ**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Acesso em: 17 de mai. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Disponível em: <www.redir.stf.jus.br/paginarpub/paginados.jsp?docTP=AC&docID=62835> Acesso em: 17 de mai. de 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de Família e Sucessões**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. V.V. – (Coleção Manual de direito civil).

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



ATIVISMO JUDICIAL COMO ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO

James Gallinati Hein¹
Rubens Apolinário de Sousa²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo identificar o ativismo judicial como um mecanismo fruto de uma nova concepção para o Estado constitucional republicano fazendo o papel da repaginação do papel dos três poderes que compõem a União. Iremos apresentar os pontos principais da sua criação bem como abordamos aspectos relativos aos cuidados que devemos ter ao identificar o ativismo judicial, procurando apontar em quais situações restaria configurado o denominado ativismo judicial e se tal instituto ofenderia a teoria da separação dos poderes do Estado. Concluindo com uma breve retrospectiva sobre a presença do ativismo judicial no direito brasileiro.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial; Papel do Judiciário; Separação dos Poderes.

Introdução

O termo *judicial activism* foi empregado nos Estados Unidos da América do Norte pela primeira vez em 1947, pelo historiador e político do partido democrata, Arthur Schlesinger Jr, que a utilizara para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte norte americana. Com isso, destaca-se a linha defendida por dois juízes Douglas e Black que entendiam ser função da Suprema Corte desempenhar um papel de efetivação de políticas públicas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. Na doutrina encontramos duas posições para definir o ativismo judicial, a primeira é de cunho quantitativo; identifica como ativistas os juízes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio. E uma segunda vertente de viés qualitativo; para qual não interessa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação do juiz. (DIMOLUS; LUNARDI, 2011). Assim sendo, abriu um largo campo para a matéria no direito sendo comum admitir várias faces para o ativismo judicial seja para denunciar a ingerência do Poder Judiciário em temas políticos ou então para caracterizar a atividade do

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS/RS, especialista em Direito Político pela UNISINOS/RS, mestre em Direitos das Relações Sociais pela PUC/SP e doutor em Direito das Relações pela PUC/SP. Atualmente professor adjunto da UFGD/MS.

² Graduado em Direito pela UNIGRAN/MS, especialista em Direito pela UNIGRAN/MS e mestrando em Direito Processual Constitucional pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora/ARG. Professor da UEMS e UFGD/MS.

juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado (LOPES, 2012), sendo digno de registro ser um instrumento para “criar o direito” (COELHO, 2011). O ativismo judicial faz tangência com a Teoria Geral do Estado e a Ciência Política, pois terá pontos de contato com a teoria da separação dos poderes de fundamental importância como instrumento de transição para o nosso Estado contemporâneo, já que este irá se adequar à nova realidade da sociedade política, estamos ultrapassando o momento de um Estado abstencionista para uma nova concepção de Estado provedor e proativo. Tal dinâmica política gerou uma expansão da atuação dos poderes Executivo e Legislativo na sociedade política brasileira, e não poderia o Poder Judiciário manter-se na passividade, mas sim tomar assento junto com os demais poderes em prol das coisas relativas às políticas públicas. Até porque em última análise, a separação dos poderes é um delicado equilíbrio a ser buscado, que preconiza os *checks and balances* sendo o crescimento do Poder Judiciário um ingrediente necessário e indispensável para alcançar o equilíbrio das funções exercidas pelos três poderes. Portanto, esta expansão do papel desempenhado pelo Poder Judiciário é o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno. Com isso, não tem sentido se falar que o ativismo judicial é uma afronta aos princípios da separação dos poderes do Estado, pois é na verdade sua evolução e aprimoramento das instituições. (CAPPELLETTI, 1999). Recentemente surgiu a expressão “sociedade de risco” que muito bem identifica o momento de mudanças que vive a sociedade política como sendo um estágio evolutivo em que a técnica industrial, o grande fluxo de informações e o consumo são traços marcantes do cotidiano, no qual as compreensões de tempo e espaço são relativizadas, aumentando consideravelmente a exposição das pessoas a perigos, cujas proporções alcançam grande número de indivíduos. Os perigos não respeitam soberania estatal, nem fronteiras geopolíticas, ignoram as classes sociais, superam conceito das gerações, enfim, não se limitam no tempo e no espaço, categorias que na sociedade de risco remetem para a ideia de algo fluido, instável, imprevisível, mutante (ULRICH BECK, 2010).

Inicialmente observamos que em razão da relevância do tema na doutrina norte americana fez com que o jurista Bradley C. Cannon, em 1983, buscasse por critérios capazes de identificar quando os magistrados se valem do ativismo judicial, estabelecendo alguns parâmetros que revelam quando ocorre a sua aplicação pela magistratura nos Estados Unidos da América do Norte, afirmando que sua utilização apresenta seis dimensões, as quais vamos

sinteticamente apontar: 1. Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2. Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3. Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4. Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático; 5. Regra específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; e 6. Disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo (LEAL, 2010, p. 33 e 34). Entretanto, alertamos que estes critérios precisam ser adaptados à realidade jurídica brasileira. Neste momento devemos destacar que o ativismo judicial é a digressão sobre uma mais pronunciada atuação do Poder Judiciário no exercício de suas funções, sendo válido acrescentar que conforme o sistema jurídico adotado fará presente com mais intensidade a adoção do ativismo judicial, principalmente porque o elastecer das atribuições do Poder Judiciário é significativo, justamente nos sistemas jurídicos romanistas, ou de dimensão geográfica da Europa Continental, onde há o estabelecido, *prima facie*, de que a fonte de produção e de revelação de direito é do legislador (FERNANDES; BORGES, 2011, p. 67). E com isso, em razão das limitações do texto só iremos assinalar as diferenças que existem entre os troncos dos sistemas jurídicos da *civil law* e *comon law*.

A Função exercida pelo Juiz é Atividade ou Criatividade

O presente estudo quer resultar através da pesquisa bibliográfica, principalmente baseada nos artigos e monografias jurídicas produzidos por diversos pesquisadores brasileiros que tratam da temática que envolve o ativismo judicial. A investigação das relações entre os poderes do Estado é relevante para a sociedade política e ramos do direito como direito constitucional e direito processual civil. De fato, iniciamos tratando dos pontos relacionados com os aspectos históricos de cunho político jurídico da teoria da separação dos poderes e da posição ocupada pelo juiz no âmbito de suas atribuições como julgador de casos concretos.

Diante do exposto, a construção do nosso referencial teórico é realizada sob uma perspectiva contemporânea de Brasil, tanto que podemos sintetizar a atividade do juiz ativista não ser de pensar de novo aquilo que já foi pensado pelos outros, mas sim realizar um saber

pensar buscando o fim daquilo que já começou a ser pensado por este outro. (REALE, 2004). E mais, a criatividade judicial se revela em dois aspectos: a) o juiz cria a norma jurídica que regula o caso concreto. B) o juiz, ao julgar, constrói a partir do caso uma norma jurídica geral apta a resolver casos semelhantes futuros. Sendo comum se apresentarem estes aspectos nas decisões judiciais (THEODORO JUNIOR). Consequentemente, o juiz não está livre para decidir conforme a sua vontade. Verifica-se que diante do caso concreto, a lei não basta dizer o direito, como acreditava os exegetas, devendo o julgador lançar mão de critérios hermenêuticos mais amplos, justamente para atingir a teleologia da lei e a vontade popular ali contida, bem como o direito e a justiça, a jurisprudência, a doutrina e a compatibilidade com a constituição e os princípios nela contidos. De fato, o juiz deverá sempre procurar refletir a “consciência jurídica geral”. Nesse passo, mostra-se o constitucionalismo como fator de organização do edifício jurídico, sendo, como pedras, cada lei posta em seu lugar e a constituição no cume, como pedra angular, na forma da pirâmide de Kelsen (RAMOS, 2010).

Ativismo Judicial no Direito Processual Civil

Em linhas gerais, visualiza-se o ativismo judicial nas condutas para além dos parâmetros e atribuições em que foi instituído historicamente o Poder Judiciário. Nesse contexto, o ativismo judicial é revelado nos mais variados comportamentos assumidos por este órgão, principalmente face às competências do Poder Legislativo que inoperante possibilita lacunas para que o Judiciário assumira uma postura inovadora, proativa. E, é possível observar diversas formas de manifestação do ativismo judicial, já no atual Código Processual Civil, como por exemplo no seu artigo 130, *in verbis* “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Tanto que no corpo projeto de lei do Senado n.º 166, de 2010, que instrumentaliza o novo Código de Processo Civil, consagra o ativismo judicial, desde que se entenda por ativismo judicial a postura dinâmica do juiz no processo. De fato, a leitura do projeto revela que não houve hipertrofia dos poderes do juiz, mas preocupação com as garantias dos jurisdicionados, pois somente assim será possível considerar o ativismo judicial se o juiz do processo civil assumir um comportamento mais ativo com a finalidade de assegurar os direitos das partes, em atenção voltada para os direitos garantidos pela nossa Constituição Federal brasileira. A título exemplificativo, temos no projeto do novo Código de Processo Civil, a tendência de proporcionar maior poder ao

magistrado, que se reflete na ideia do parágrafo único, artigo 472, de que havendo “conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas”, possibilitando, portanto, uma maior abertura para o magistrado, o que pode ser visto como um aumento de poder ao conduzir o processo, diferentemente do que atualmente prevê o parágrafo único do mesmo dispositivo. Salienta-se que o ativismo judicial no novo Código de Processo Civil é tema que apesar de já ter sido palco de algumas discussões, ainda não é explorado com profundidade pela doutrina, o que encontramos são comentários acerca dessa possibilidade de atuação do magistrado nas previsões introduzidas na nova codificação. Finalizando, não vigorará mais o tradicional princípio dispositivo em que era imputado, em exclusivo, às partes a atividade probatória; a jurisdição, por se tratar de atividade pública, tem como um dos objetivos a boa solução dos conflitos e, se o juiz estiver inerte ou omissivo, contentando-se com a verdade formal, quando há meios para se perquirir a verdade real, mais frequente o risco de uma atividade jurisdicional que não atenda à sua função. Dessa forma, mudou a postura de mero espectador do juiz durante a atividade probatória que era exercida sem sua interferência quanto à iniciativa ou condução da prova (GONÇALVES, 2004).

Considerações Finais

De tudo que foi exposto percebe-se que atualmente o Poder Judiciário, além de intervir nas relações jurídicas, deve imiscuir-se nos demais poderes, Poder Legislativo principalmente. A doutrina dominante chamou essa situação de ativismo judicial. O primeiro impasse foi identificar qual juiz, qual decisão, que aplicou o ativismo judicial. Superado o impasse abstrai-se que o juiz ativista não atenta contra a separação e independências dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, pois o juiz não está livre para decidir conforme a sua vontade. Ao contrário, o que se cobra atualmente do aplicador do direito é que diante do caso concreto, não tome uma posição de mero repetidor da lei, ou seja, não basta subsumir, como acreditava os exegetas, deve o julgador lançar mão de critérios hermenêuticos mais amplos, justamente para atingir a teleologia da lei e a vontade popular ali contida, bem como o direito e a justiça, a jurisprudência, a doutrina e a compatibilidade com a constituição e os princípios nela contidos.

Referências Bibliográficas

ALVES, I. M. de O. Judicialização, ativismo e efetivação de direitos fundamentais. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais. a. 02 n. 02 Jan.-jun. 2012.

BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRANCO, P. G. G. **As novas faces do ativismo judicial**. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GONÇALVES, M. V. R. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

JÚNIOR, J. H. S. **Ativismo judicial**: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.

LEAL, S. T. **Ativismo ou altivez?** o outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LOPES, M. E. de C. **Ativismo judicial e o novo código de processo civil**. Revista de Processo, a. 27, v. 205, mar. 2012, Revista dos Tribunais.

PAULA, D. G. de. **Ainda existe separação de Poderes?** A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO PARA GRADUAÇÃO EM DIREITO - ESTUDO DE CASO SOBRE PROJETO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

*James Gallinati Heim*¹
*Waltecir Cardoso Pereira*²

Resumo: Este trabalho é baseado na experiência bem sucedida de projetos de extensão realizados no período de 2010 a 2012, entre o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS e a Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, através dos órgãos Gerência Executiva em Dourados e Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. No texto defende-se a tese da necessidade conhecimento sobre a relação jurídico-administrativa no campo previdenciário brasileiro, baseada no binômio evento-proteção do cidadão, tendo como fundamento a estrutura de administração e políticas públicas como forma de garantir a defesa do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. A partir da construção de um referencial teórico de direito da informação previdenciária, desenvolvido ao longo de 12 anos em nível nacional através do Programa de Educação Previdenciária como meio de aproximação entre os trabalhadores e os princípios fundamentais da seguridade social. Diante do exposto, a proposta de colocar a disposição dos estudantes universitários da UFGD um referencial teórico sobre a matéria previdenciária, em especial, filiação e benefícios, bem como apresentar resultados práticos do que é o sistema de seguro social.

Palavras-Chave: Direito da Seguridade Social; Programa de Educação Previdenciária; Sistema previdenciário.

Introdução

Este trabalho é uma proposta de projetos de extensão integrados a serem desenvolvidos nas faculdades que integram a Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) que tem como objetivo demonstrar a distância entre a matéria denominada seguridade social e a formação dos alunos de graduação na instituição. Mais especificamente, no que tange a previdência social, onde a amplitude do conteúdo jurídico é extremamente técnica, principalmente pelo grande número de leis e atos administrativos, que dificultam o entendimento das pessoas sobre as vantagens em se filiar como seguradas da Previdência

¹ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS/RS, especialista em Direito Político pela UNISINOS/RS, mestre em Direitos das Relações Sociais pela PUC/SP e doutor em Direito das Relações pela PUC/SP. Atualmente professor adjunto da UFGD/MS.

² Graduado em Administração pela UFGD/MS, especialista em Gestão Empresarial pela UNIGRAN/MS. Atualmente professor e coordenador adjunto dos cursos de Administração e Ciências Contábeis da FETAC/MS.

Social, obrigatório por força da Constituição, e por outro lado, do desconhecimento daqueles que voluntariamente podem aderir ao sistema de previdência social. É importante frisar que a previdência é um dos ramos da seguridade social, instituída constitucionalmente. Com isso, iniciamos pela apresentação de uma retrospectiva histórica dos textos constitucionais que consolidaram os institutos da previdência social e permitiram ao último texto constitucional de 1988, ora em vigor, a previsão e implementação da seguridade social no Brasil.

Para alcançar nosso objetivo iremos fazer uma série de cortes epistemológicos no conteúdo para priorizar alguns aspectos jurídico-administrativos relevantes que permitirão ao público interessado ter acesso e adquirir um conhecimento básico de direito previdenciário, priorizando uma visão geral do que significa a expressão “benefícios da previdência social”.

Nesta linha de raciocínio, o governo federal brasileiro, em 2000, apresenta uma proposta de prática educacional baseada em ideias e ações concretas da administração pública de competência do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que às implementa sob o viés da educação e do acesso à informação do conteúdo previdenciário que pretende desenvolver valores e atitudes, capacidades e habilidades necessárias ao exercício de direitos e deveres na relação recíproca entre o cidadão e o Estado.

A construção do Programa de Educação Previdenciária (PEP), em nível nacional, fundamenta-se na conscientização do cidadão sobre a importância do espírito participativo, dotando-o de conhecimento que o torne capaz de compreender o mundo e intervir na modificação da realidade em que vivemos, de modo a edificar uma sociedade livre e solidária.

Realizadas estas análises, vamos apresentar o projeto com uma proposta que permita efetivamente que a instituição de ensino superior Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) através de sua Faculdade de Direito e Relações Internacionais (FADIR), realize através de curso de extensão em parceria com o órgão responsável pelo seguro social e agente de política pública de inclusão social, ações efetivas no Programa de Educação Previdenciária (PEP), possibilitando um encurtamento da distância que existe entre a teoria e a prática na formação universitária, via de regra, em razão da carência de uma base sólida em seguridade social nos currículos dos diversos cursos, em especial, por negligenciar disciplinas voltadas para a administração e políticas públicas.

Partindo da premissa de que o Programa de Educação Previdenciária (PEP) é um poderoso instrumento e mesmo que aparentemente possa ser interpretada como pretensiosa nossa intenção será dar ao trabalho, um rótulo de proposta de educação previdenciária

inclusiva, na qual duas instituições públicas somando esforços e recursos são capazes de cumprir a obrigação de consolidar políticas públicas de acesso a direitos fundamentais, realizando a missão de disseminar informações que favoreçam o exercício pleno da cidadania a partir do enfoque educação como meio de transformação social.

1 Sistema Previdenciário Brasileiro após a LOPS de 26/08/1960

Uma análise de referenciais teóricos será feita tendo como parâmetro as constituições brasileiras utilizadas como marcos históricos de proteção previdenciária que antecederam a criação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), em 1960, que é apontada como responsável pela criação do sistema constitucional de seguridade social em 1988.

Num primeiro período, temos desde a Constituição Imperial, de 1824 e a gênese republicana brasileira com a Constituição de 1891, a total inexistência de um plano nacional previdenciário. Apenas sendo digno de registro uma exceção, representada pela implantação do seguro social obrigatório para os trabalhadores do setor de transporte ferroviário, através do Decreto Legislativo n. 4.682, no dia 24 de janeiro de 1923, considerado marco legislativo da previdência social, que ficou conhecida como “Lei Eloy Chaves”, cujo mérito foi ser o embrião para a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, cujo objetivo era de amparar os trabalhadores e/ou seus dependentes contra riscos sociais, oferecendo prestações básicas para situações específicas como doença, aposentadoria e pensão dos associados.

A partir da década de 1930, com a expansão das caixas de assistência previdenciária nos diversos setores da economia brasileira, que caminhava rumo a sua fase de industrialização estas caixas eram organizações de seguro social estruturadas por empresa, que tinham a finalidade ligar a previdência ao movimento sindical (MARTINS, 2008).

Inaugura-se o segundo período, que compreende as Constituições de 1934, 1937 e 1946. Fase na qual a previdência nasce como um regime de direito privado e facultativo ligado as associações de trabalhadores, para depois evoluir em direção a um regime de seguros sociais obrigatórios, em que já transparece a intervenção do Estado, com o advento da Constituição de 1934, onde temos um marco jurídico do sistema previdenciário. Pela primeira vez, é estabelecido um rol de direitos previdenciários fruto das relações de trabalho, que tem a característica principal de ser uma relação jurídica triangular entre empregados, empregadores e Estado, para seu custeio.

Portanto, criou as condições para a elaboração de política social abrangente posto que o poder público estaria provido de recursos num montante suficiente para fazer face as enormes carências sociais do povo. Esta posição tem duas características importantes: a) a obrigatoriedade da contribuição e, b) a gestão estatal do sistema. Historicamente, a proteção é representada por prestações em dinheiro, que foram consagradas nas legislações como “benefícios”, ou *in natura*, principalmente os serviços vinculados a saúde, para garantir condições mínimas ao trabalhador (BALERA, 1989).

Na sequência, a Constituição de 1937, esta é encarada como um retrocesso de cunho social, quando excluiu o Estado da base de custeio da previdência social, deixando apenas ao empregado e empregador todo o ônus referente a manutenção financeira da previdência (TSUTIYA, 2008). Finalizando, não temos novidades, sendo digno de referência apenas a troca da palavra “previdência” pela expressão “seguro social”.

A última etapa deste período é marcada pelo fim da Segunda Guerra Mundial, quando o Brasil promulga a Constituição de 1946 foi reestabelecida ao trabalhador a proteção contra os riscos sociais, baseada na ideia do tríplice custeio da previdência.

Dentre os avanços da política pública brasileira, cabe ressaltar, que sob a égide da competência legislativa da União, nos termos do texto constitucional foi operacionalizado o sistema previdenciário que deveriam atender aos trabalhadores urbanos. E mais tarde, sob uma visão de uniformização e unificação das políticas legislativas sobre previdência social surge o “Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadorias e Pensões”, por obra do Decreto n. 35.448, de 1º de maio de 1954, responsável pela fixação dos princípios gerais aplicáveis a todos os institutos de aposentadorias e pensões (MARTINS, 2008).

E mais, o legislador padronizou a previdência social sob a forma de um sistema previdenciário através da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, intitulada “Lei Orgânica da Previdência Social” (LOPS), ampliando os benefícios com o surgimento de vários auxílios, entre eles auxílio-natalidade, auxílio-funeral e auxílio-reclusão (MARTINS, 2008).

Por esta razão, que intitulamos o tópico de sistema previdenciário brasileiro após a Lei Orgânica de Previdência Social que foi responsável pela unificação da matéria de cunho legislativo, que até então se caracterizava por um conjunto fragmentado de leis específicas para cada categoria econômica e profissional.

Tudo se mantém até 1966, quando foi criado o órgão denominado Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), que ao mesmo tempo seria responsável pela extinção dos

Institutos de Aposentadoria e Pensão, e pela filiação automática de todos os trabalhadores como segurados da previdência social devido ao vínculo trabalhista materializado pela assinatura de contrato de trabalho em carteira (LAZZARI, 2008). Ainda, por esta lei regulamentou-se os planos de benefício e os planos de custeio, introduzindo de maneira definitiva a o princípio previdenciário fundamentado na contrapartida, que estão definidos na lei (TSUTYIA, 2008).

O terceiro período começa na Constituição de 1967 que apesar de repetir diversas disposições da Constituição de 1946, traz duas novidades importantes de ordem técnica, sendo a primeira voltada para garantir o equilíbrio das contas orçamentárias da previdência social, no âmbito federal. E, ainda no prisma financeiro, o que denomina-se de precedência do custeio em relação a criação de novos benefícios, que como explica Augusto Massayuki Tsutiya (2008) é um mecanismo inspirado no equilíbrio das contas públicas da previdência social, no qual toda vez que o legislador introduzir novo benefício, obrigatoriamente deverá indicar a fonte de custeio para viabilizar o seu pagamento aos segurados. E, a segunda, refere-se a introdução do seguro de acidente de trabalho e sua regulamentação por disposição infraconstitucional, demonstrando a ampliação do campo da cobertura e proteção do trabalhador diante dos infortúnios acometidos no exercício da relação de trabalho.

Finalmente, chegamos na Constituição de 1988, que encerra o terceiro período desta seção. O texto constitucional em vigor até a atualidade, conhecido como “Constituição Cidadã” tem capítulo específico voltado a seguridade social, que em seu contexto engloba a Previdência Social, Assistência Social e a Saúde (TSUTYIA, 2008) (MARTINS, 2008). Segundo Ionas Deda Gonçalves (2009, p. 3), o texto constitucional “representa o ápice da evolução do esquema protetivo brasileiro focalizado nos trabalhadores urbanos e rurais, numa perspectiva de ser acessível a todos e a oferecer uma das mais amplas coberturas previdenciárias” pois estabelece conceito de sistema de proteção social, formula princípios e objetivos da e para a previdência, estipula normas, define a forma de custeio entre outras prerrogativas.

Não faremos nenhum comentário de conteúdo histórico sobre a Constituição de 1988, porque dela deriva a essência desse trabalho, tanto que o próximo tópico é a respeito dos princípios constitucionais da seguridade social, que darão o referencial teórico necessário para a compreensão da matéria.

1.1 Seguridade Social e seus Princípios Constitucionais

Para termos uma ideia da complexidade da matéria se faz necessária uma breve introdução, analisando parcialmente os princípios constitucionais que regem a seguridade social brasileira. Seguindo a corrente doutrinária dominante, Wagner Balera & Cristiane M. Mussi (2010, p. 36) defendem que a legislação constitucional e infraconstitucional deve ser alicerçada em princípios, porque estes “são a base do sistema jurídico e revelam a finalidade e a ser perseguida pelos aplicadores da lei”.

Nesta linha de pensamento são esclarecedoras as considerações de Sergio Pinto Martins (2009), que alerta de que a maioria dos princípios da seguridade social estão relacionados nos incisos do parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal de 1988, podendo eles serem classificados em gerais, aqueles que se aplicam a seguridade social e a outras matérias; e específicos, que são próprios da seguridade social. Entretanto, em razão das limitações quanto a extensão do texto, ora elaborado, iremos nos ater apenas aos quatro princípios específicos explícitos, relativos aos direitos subjetivos das pessoas beneficiadas pela seguridade social que são:

a) Princípio de universalidade da cobertura e do atendimento: garante cobertura a todos os segurados que recolherem corretamente suas contribuições proporcionando a eles direito aos benefícios da previdência e universalidade no atendimento a todos aqueles que se encontrarem em estado de necessidade social necessitando de renda substitutiva ou complementar a sua remuneração (MARTINS, 2009). Segundo Augusto Massayuki Tsutiya (2008), devemos ter a compreensão de que a “(...) universalidade de cobertura refere-se aos sujeitos protegidos. Os atingidos por contingências sociais que retirem ou diminuam sua capacidade de trabalho, de ganho, devem ser protegidos. (...) a universalidade de atendimento refere-se ao objeto”, isto é, refere-se aos acontecimentos que trazem como consequência o estado de necessidade social, que requer proteção por meio de renda substitutiva ou complementar da remuneração e de atos e bens que recuperem a saúde.

b) Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços as populações urbanas e rurais: a uniformidade refere-se ao objeto, ou seja, igualdade de tratamento e de pagamento das prestações devidas em razão das contingências a serem cobertas. A equivalência significa igualdade do valor econômico do benefício. Nas palavras de Wagner Balera e Cristiane M. Mussi (2010, p. 36) a equivalência reza que “o critério de apuração do

valor do benefício deve ser o mesmo”. Este preceito constitucional faz questão de mencionar as populações urbanas e rurais, reafirmando a uniformidade e equivalência também aos trabalhadores rurais, que antes da Constituição de 1988, não tinham o mesmo tratamento dos trabalhadores urbanos (MARTINS, 2008).

c) Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: este princípio sem dúvida nenhuma é o mais técnico e de maior complexidade jurídico-administrativa, porque é dirigido a pessoa do legislador infraconstitucional, que em razão da seletividade poderá eleger os riscos e as contingências sociais a serem cobertos. Portanto, representa a escolha dos riscos e contingências sociais que serão contemplados com benefício de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social. Por outro lado, devemos entender a distributividade como princípio responsável pela criação de critérios/requisitos para o acesso ao objeto de proteção, visando atingir o maior número de pessoas e proporcionar uma ampla cobertura (TSUTIYA, 2008).

d) Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios: o espírito norteador deste princípio funde-se na ideia de que “os benefícios não podem ser reduzidos e deve ser preservado o seu valor real”, em outras palavras, pretende garantir a irredutibilidade do valor econômico aquisitivo do benefício, como também é responsável por manter a capacidade patrimonial do beneficiário (TSUTIYA, 2008, p. 38).

1.2 Definição e Sistemas Operacionais da Seguridade Social

A seguridade social brasileira tem suas diretrizes claramente definidas pela Constituição de 1988 e através dos ensinamentos de Wagner Balera (1989, p. 34) que formulou um conceito para seguridade social, a partir do texto do *caput* do artigo 194, em que afirma que a “seguridade social é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes a saúde, a previdência e a assistência sociais”. Consequentemente, devemos entender que

A seguridade Social engloba um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem, desde que haja previsão na lei sobre determinada contingência a ser coberta. É, na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e Saúde (...) (MARTINS, 2008, p. 21).

Neste momento, cabe salientar que trataremos apenas de umas das espécies da Seguridade Social, que é a Previdência Social e ainda que iremos desenvolver nossa análise

nos fixando apenas nas espécies de prestações contidas no diploma legal conhecido como Regime Geral da Previdência Social, instituído pela Lei n. 8.213/1991.

2 Ação Afirmativa do INSS - Programa de Educação Previdenciária

2.1 Acesso a informação previdenciária e sua distância para com o cidadão brasileiro

No Brasil, nas últimas três décadas, apesar de todo referencial teórico, que observamos nos tópicos anteriores, e da constatação de uma realidade social marcada pela crescente expansão do número de beneficiários da previdência social, como consequência da implantação deste novo sistema de proteção social que foi concebido sob a perspectiva de uma proposta como política pública capaz de atender a todos que dele precisam. Porém, é importante alertar que existe um descompasso entre o que foi ou se pretendia oferecer efetivamente pelo sistema nacional de previdência social e a possibilidade de acesso ao conjunto de benefícios previdenciários devido a uma quase completa ignorância por parte da maioria da população brasileira a respeito do que significa o “seguro social”, principalmente por falta de acesso a informação e educação sobre o tema, apesar da implementação de mecanismos criados pela tecnologia da informação a disposição do Instituto Nacional de Seguridade Social. Em outras palavras, devemos encarar o fato de o público em geral não tem a mínima ideia do funcionamento deste sistema previdenciário vigente no Brasil.

Em nível mundial, de acordo com pesquisas realizadas pela Organização Internacional do Trabalho, desde os anos 80, no século passado, tanto no Brasil como em outros países do terceiro mundo, o sistema educacional responsável pela formação dos adolescentes não contempla no conjunto das disciplinas do conteúdo programático do ensino fundamental, e nem de ensino médio nenhuma informação sobre a matéria de seguridade social. E pasmem, todos aqueles estudantes que alcançam os bancos universitários, na área das ciências sociais aplicadas não estudam o tema com o aprofundamento didático e pedagógico necessário, raras exceções, porque durante os seus estudos não constam os conteúdos específicos sobre seguridade social, quando muito são oferecidos contatos interdisciplinares marginais com a matéria previdenciária. Estamos situados neste cenário sendo importante chamar a atenção do mundo acadêmico universitário para necessidade de alterar este quadro educacional em que é patente a omissão e a carência de estudos de base

que possam contribuir para que o cidadão tenha a compreensão da importância da seguridade social como forma de afirmação dos direitos fundamentais no Brasil.

Na realidade a pouco mais de uma década que o Estado brasileiro tem realizado ações de inclusão social, sob o viés de política pública, no campo da seguridade social, e mais especificamente da previdência social. De fato, estas ações são realizadas pelos órgãos da Administração Pública, destacando-se o Instituto Nacional de Seguro Social, que tem a função e a competência fixadas por lei de estruturar o sistema previdenciário brasileiro para permitir o acesso da população aos benefícios da previdência social sob todos os aspectos.

2.2 Benefícios previdenciários e seus aspectos relevantes

Começamos este tópico com a fundamentação de caráter legal que disciplina a matéria sobre previdência social, chamando atenção para dois diplomas infraconstitucionais tecnicamente indispensáveis para os estudos previdenciários em razão de suas finalidades ligadas com a implementação das atividades previdenciárias, tanto que entraram em vigor no ordenamento jurídico positivo brasileiro no mesmo dia 24 de julho de 1991, e que são: a Lei n. 8.212 responsável por regular os assuntos relativos aos custeios do sistema e a Lei n. 8.213, responsável por fixar as bases da relação jurídico-previdenciária brasileira para efetivação da política pública.

No entanto, apesar da íntima relação entre os dois institutos iremos nos concentrar apenas na Lei n. 8.213/1991 e sua regulamentação que irá nos oferecer todos os subsídios sobre o tema central deste artigo. Esta lei é denominada como Plano de Benefícios da Previdência Social que tem como fulcro a prevenção, com o intuito de evitar a ocorrência de evento danoso, com isso procurar prever os riscos a que estavam submetidos os trabalhadores para acautelá-los contra seus efeitos, garantindo-os por meio de um mecanismo de proteção, pois na ocorrência deste, seria possível remediar os efeitos maléficos decorrentes (TSUTIYA, 2008).

Desde 1988, por força da constituição vigente temos a previsão dos direitos sociais, que foram devidamente protegidos por:

(...) políticas sociais relativas à Seguridade Social brasileira (Saúde, Previdência Social e Assistência Social) estão assentadas nestas duas diretrizes: prevenção de riscos e instituição de benefícios para garantir que o cidadão atingido pelas contingências sociais, possa continuar vivendo com dignidade (TSUTIYA, 2008, p. 193).

De imediato observamos que a Lei n. 8.213/1991 que nos oferece dez tipos de benefícios, que podem ser classificados em três grupos: Aposentadoria; Auxílio; e Pensão. No Programa de Educação Previdenciária (PEP) relaciona o ciclo de vida das pessoas com a probabilidade de surgirem eventos que mereçam a proteção da sociedade, apresentando o sistema que assegura o sustento do trabalhador e de sua família, quando ele não pode trabalhar por causa de doença, acidente, gravidez, prisão, morte ou velhice. Augusto M. Tsutiya (2008, p. 223) exemplifica este conjunto de situações como sendo a sistematização dos benefícios da previdência social, que obrigatoriamente levam em consideração o binômio “evento/proteção social”. Os servidores do instituto atuam como se fossem educadores previdenciários, atualmente representam um grupo de quase cinco mil pessoas, lotadas nas gerências executivas do Instituto e nas agências da previdência social em todo Brasil. Neste período de atuação efetiva, o programa atingiu índices consideráveis de resultado positivo, promovendo cerca de cinquenta mil ações educativas, as quais atingiram um público alvo de aproximadamente dez milhões de pessoas, representando um projeto ambicioso de inclusão social e consolidação do direito da dignidade da pessoa humana, capaz de construir um referencial de cidadania para o povo brasileiro sobre o tema previdência social (JUSBRASIL, 2010).

Portanto, o Programa de Educação Previdenciária (PEP) é o promotor de ações de inclusão social, que realiza efetivamente a aproximação da instituição responsável pelo seguro social e a sociedade brasileira organizada. A título exemplificativo iremos elencar algumas ações desenvolvidas pelo programa, ao longo destes anos: ações de orientação e informação, palestras, programas na mídia, educação a distância dentre outras.

E, em especial, a implementação do Curso para Disseminadores Externos que ocorrem em parceria com associações, sindicatos, escolas, universidades, órgãos da administração federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como outras entidades da sociedade civil organizada. Esses cursos têm como objetivo ampliar a capilaridade do programa e, conseqüentemente, a rede disseminadora das informações previdenciárias.

A provocação para elaboração do trabalho, ora apresentado, é fruto de uma relação direta da proposta de curso para disseminadores externos e um projeto de ensino desenvolvido por nós, ao longo do segundo semestre de 2010, no Curso de Direito/FADIR, envolvendo a disciplina eletiva de Direito da Seguridade Social. Nesta experiência constatamos a distância entre a seguridade social e a formação dos três níveis que formam a comunidade universitária:

docentes; técnicos-administrativos e discentes, com isso diante da quase completa ignorância e falta de informação sobre a matéria, resolvemos pesquisar sobre formas de alterar este quadro de omissão das políticas públicas desenvolvidas pela Universidade da Federal da Grande Dourados (UFGD) sobre o tema seguro social.

3 Instituto Nacional de Seguro Social e as Universidades

3.1 Construção da parceria entre INSS e UFGD

Chegamos a última parte deste trabalho, que tem como ideia a realização de uma parceria entre a UFGD e INSS, através de seus órgãos administrativos, respectivamente, a Faculdade de Direito e Relações Internacionais e a Gerência Executiva de Dourados/MS, para desenvolver uma política pública de cooperação visando concretizar a educação previdenciária como um meio capaz de garantir proteção ao trabalhador brasileiro e sua família, por meio de sistema de política previdenciária solidária, inclusiva e sustentável, com objetivo de promover o bem-estar social. Neste contexto, a importância da previdência social, no cenário nacional, começa pelos seus impactos sobre a sociedade, quando constatamos que em um universo de aproximadamente 115 milhões de brasileiros, onde de positivo temos mais 26 milhões de brasileiros amparados pelos benefícios previdenciários concedidos e mais de 60 milhões de brasileiros contribuem para o sistema de custeio da previdência, por outro lado, o fato negativo é de que mais de 27 milhões de pessoas da população não estão inscritas no sistema de previdência social, portanto sem qualquer forma de cobertura previdenciária.

Esclarecendo, atualmente faz parte do *modus operandi* do Programa de Educação Previdenciária (PEP) a intenção de realizar parcerias e convênios de cooperação institucional, com vistas a ampliar sua capacidade de capilaridade e abrangência de atuação. Ainda, é fato concreto que o programa tem celebrado inúmeras parcerias, em âmbito nacional, regional e local, seja com sindicatos, associações, entidades assistenciais e comunitárias, clubes de serviço, associações de bairro, entidades de classe, empresas, igrejas, órgãos estaduais e municipais, particularmente através de seus organismos de ação social, organizações não governamentais, agentes públicos e comunitários para que, em conjunto, possam levar a educação previdenciária ao maior número possível de trabalhadores urbanos e rurais.

Já, no que se refere as instituições de ensino, encontramos apenas uma parceria concretizada, com focando o ensino fundamental e médio, com a Secretaria de Educação do

Estado de Goiás, que firmou um convênio visando a inclusão da disciplina de Previdência Social na grade curricular transversal das Escolas Públicas da Rede Estadual do Ensino de Goiás, com o apoio técnico do Instituto Nacional do Seguro Social.

Assim, constata-se uma grande lacuna no âmbito do ensino universitário com relação a educação previdenciária, que precisa ser preenchida com uma ação afirmativa das instituições de ensino superior público e privadas junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Exatamente é aqui que nos posicionamos no sentido de sensibilizar a comunidade universitária da UFGD, e em especial, através da FADIR, que deveria ser parceira do INSS através do Programa de Educação Previdenciária, com projetos de extensão, num primeiro momento, responsáveis pela promoção de ações e atividades voltadas para o processo de informação e conscientização dos trabalhadores urbanos e rurais, no que se refere aos direitos e deveres do cidadão em relação a previdência social, inclusive com a realização de atividades integradas voltadas ao atendimento ao público dos serviços previdenciários. E mais, oferecer sob a forma de disciplina eletiva o conteúdo de seguridade social para todos os cursos da instituição, como forma de disseminar o conhecimento dos futuros profissionais egressos da universidade. E, finalmente, já com um referencial teórico devidamente consolidado, pensar em iniciar uma linha de pesquisa de iniciação científica sobre a seguridade social.

3.2 Objetivo da parceria

De fato, tanto a Faculdade de Direito e Relações Internacionais e a Gerência Executiva de Dourados/MS comungam de uma visão de atuação regional, dentro de uma limitação local natural de cone sul do Estado de Mato Grosso do Sul quanto aos objetivos da parceria que terá como missão: conscientizar o cidadão residente da área geográfica denominada de Grande Dourados-MS sobre a importância do espírito participativo, em especial na gestão do gasto público voltado a sustentar a previdência social; fortalecer a ética da administração pública e nas práticas sociais da população; harmonizar a relação entre o Estado e a sociedade brasileira; aumentar o sentimento de responsabilidade social da sociedade brasileira; e fortalecer a educação como mecanismo capaz de realizar uma transformação social; disseminar informações sobre a estrutura e o funcionamento da Administração Pública (função da socioeconômica, de aplicação de recursos públicos e dos

meios para o exercício do controle social); promover a aceitação social da previdência pelos trabalhadores urbanos e rurais; e construir a democracia participativa.

3.3 Aspectos operacionais da parceria

A forma de ação local a ser efetivada pelas instituições parceiras Faculdade de Direito e Relações Internacionais e a Gerência Executiva de Dourados/MS escolhida foi a realização de Curso para Disseminadores Externos em universidades nos cursos das ciências sociais aplicadas que tem como objetivo de implantar e implementar uma política pública de inclusão social através das informações previdenciárias. Entretanto, é fácil perceber que ações do Programa de Educação Previdenciária vão muito além do ato de informar, porque estabelecem a interlocução entre o Estado e a sociedade, o programa inclui os temas previdenciários nos diálogos sociais, auxiliando os indivíduos a compreenderem e a exercerem os seus direitos como cidadão, criar a consciência coletiva que temos que buscar cada vez mais pela ampliação dos benefícios previdenciários a longo prazo. Porém, ao incentivar a inclusão no sistema previdenciário, o Programa de Educação Previdenciária também contribui para a redução do trabalho informal e amplia o controle social, pois dentre suas funções tem o dever de divulgar políticas públicas e valorizar a cidadania.

Transversalmente, na UFGD temos através da extensão universitária um processo educativo, cultural e científico que busca articular o ensino e a pesquisa de forma indissociável, viabilizando a relação integradora e transformadora entre a universidade e a sociedade. Essa política proporciona uma relação com a produção e/ou sistematização do conhecimento, a partir das demandas sociais e do setor produtivo, tendo em vista a inovação tecnológica, a serviço do desenvolvimento regional e bem estar da comunidade em geral. A Pró-Reitoria de Extensão e Cultura da UFGD busca articular ações que integrem a comunidade universitária interna e externa, a formação contínua nas diferentes áreas do conhecimento para os profissionais dos setores públicos e privados, promovendo assim, a troca de saberes.

Com isso, materializamos nossas intenções através de um projeto de extensão, em conformidade com os editais institucionais buscando concretizar a parceria informal entre UFGD/INSS. A dinâmica de implementação e a estrutura do Curso para Disseminadores

Externos corresponde a um programa de sete unidades que totalizam 50 horas/aula, com o seguinte conteúdo:

- a) Unidade 1 – Contexto histórico da Previdência Social;
- b) Unidade 2 – Aspectos relevantes sobre a Previdência Social;
- c) Unidade 3 – Acesso aos benefícios previdenciários aos trabalhadores urbanos e rurais;
- d) Unidade 4 – Prestações previdenciárias e relação custo/benefício ao segurado;
- e) Unidade 5 – Aspectos gerais sobre os benefícios previdenciários;
- f) Unidade 6 – Informações gerais e rede de atendimento do INSS;
- g) Unidade 7 – Estrutura administrativa e servidores do INSS.

De fato, conciliamos o Programa de Educação Previdenciária, instituído a nível nacional, com a necessidade do projeto de extensão voltado a uma política de inclusão social a nível local, tornando os acadêmicos da área de ciências sociais aplicadas em verdadeiros disseminadores e fomentadores da Seguridade Social na região da Grande Dourados.

No ano de 2012, foram objeto de uma proposta quatro cursos a serem ministrados em cidades da região da grande dourados, como Caarapó, Ponta Porá, Naviraí e Maracajú, tendo sido realizados os cursos nas duas primeiras cidades atendendo um público de 150 acadêmicos. Entretanto, por impossibilidades da agência do INSS/Dourados não foi possível realizar as atividades em Naviraí e Maracaju.

Estes estudos tratam da proposta de parceria, dando enfoque a fase elaboração e implantação, realizado pelas equipes de servidores das instituições envolvidas pertencentes a Faculdade de Direito e Relações Internacionais, da UFGD e da Gerência Executiva do INSS em Dourados/MS, em seguida cabe pontuar os resultados obtidos nos cursos ministrados para avaliar se a prática é eficaz e eficiente às necessidades locais da região da Grande Dourados/MS.

A intenção de oferecer os cursos de extensão em instituições de ensino superior em municípios que integram a região da Grande Dourados gerou um questionamento do “por quê” não serem oferecidos cursos de disseminadores em educação previdenciária nas próprias faculdades integrantes da UFGD. Na verdade, trata-se de projetos pilotos e que em razão da parceria atendiam as metas do Programa de Educação Previdenciária da agência do INSS/Dourados. Portanto, numa perspectiva de médio prazo, já no ano letivo de 2015, estão sendo objeto de planejamento ações para serem implementados onze projetos de extensão contemplando cada uma das faculdades da Universidade Federal da Grande Dourados-UFGD.

Considerações Finais

O desenvolvimento de um projeto integrando diversas formações de nível superior de uma universidade pública ao instituto de seguro social irá demonstrar a relevância da educação previdenciária para a concretização de processos sociais de cada comunidade da região da Grande Dourados/MS através dos futuros profissionais preparados pela instituição. Tal proposta é uma forma de fortalecer o projeto REUNI, que busca dar uma identidade na formação dos egressos.

A Previdência Social, conforme foi exposto anteriormente, é um instrumento poderoso de implementação de políticas públicas, que tem o compromisso constitucional de concretizar o princípio fundamental de materializar a dignidade da pessoa humana. A missão desta parceria com o curso de extensão é trazer ao conhecimento do acadêmico de administração, ciências contábeis, direito e economia que o Instituto Nacional do Seguro Social atua para garantir a renda do trabalhador urbano e rural e de sua família nos momentos de sua incapacidade laborativa ocasionada por doença, acidente, gravidez, prisão, velhice e morte através de dez modalidades diferentes de benefício previdenciário e três serviços de assistência ao segurado. Bem como, expor que é de competência desse órgão federal reconhecer os direitos e promover todos os meios para que os trabalhadores urbanos e rurais tenham acesso aos benefícios previdenciários, através de uma estrutura sustentada por mais de 40 mil servidores públicos que atendem mais de 4 milhões de pessoas todos os meses em sua rede de mais de 1.800 unidades espalhadas por todo território nacional.

Finalizando, diante da possibilidade do sistema previdenciário brasileiro se tornar inviável do ponto de vista de sustentabilidade econômica do seguro social, foi tomada uma decisão estratégica pela autarquia federal de buscar através da educação previdenciária mostrar a importância da filiação do trabalhador urbano e rural ao sistema de seguro social para reconhecimento de seus direitos e para receber a carta de concessão de seu benefício de forma gratuita, simples, segura e sem a participação de intermediários.

Referências Bibliográficas

AMARO, Meiriane Nunes; MENEGUIN, Fernando B. A Previdência Social e a Sustentação das Finanças Públicas: a atuação do Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 187, p.91-107, jul./set. 2010. Trimestral.

BALERA, Wagner., MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

JUSBRASIL. Parcerias ampliam ações do Programa de Educação Previdenciária. Disponível em: <http://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/2353504/parcerias-ampliam-acoes-do-programa-de-educacao-previdenciaria>. Acesso em 8 set. 2011.

LAZZARI, João Batista., CASTRO. Carlos A. Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 13ª Ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 2ª Ed. São Paulo: LTr: Editora Previdenciária, 1985.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito da Seguridade Social**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Educação Previdenciária. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=35>. Acessado em 8 set. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A Seguridade Social na Perspectiva do Ano 2000**: relatório apresentado ao diretor geral da Organização Internacional do Trabalho sobre a seguridade social dos países industrializados em face da evolução econômica e social. Trad. Celso Barroso Leite. São Paulo: TLr: OIT, 1985.

POLÍTICAS SOCIAIS: acompanhamento e análise - Vinte Anos da Constituição Federal. Brasília: Secretária de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, v. 1, n. 17, 07 set. 2011. Anual.

SANTANA, Cristiane. Benefício Assistencial de Prestação Continuada / LOAS: evolução histórica, requisitos legais e divergências na aplicação da lei entre as esferas administrativas e jurisdicional. 2009. Monografia de Graduação. 80f.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



LEI DA PALMADA: A FAMÍLIA DE MÃOS AMARRADAS FRENTE À EDUCAÇÃO DOS FILHOS

Giseli Oliveira de Souza (UEMS)¹

Introdução

Há alguns anos tramitando no congresso, o projeto de Lei n 7.672/2010 intitulado pela imprensa e assim conhecida popularmente como a Lei da Palmada, foi rebatizada por Lei do Menino Bernardo, em homenagem ao garoto Bernardo Boldrini vítima de violência doméstica e que posteriormente foi assassinado, tendo como algoz seu pai e sua madrasta. O submetido projeto de lei demanda alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para estabelecer que sejam educados e cuidados sem o uso de castigos corporais, tratamento cruel ou degradante. Seu escopo banir uma das mais graves, banalizadas e invisíveis violações da infância e adolescência no país. Relatado pela Deputada Teresa Surita (PMDB-RR), além da proibição de castigos físicos e psicológicos, o projeto ainda prevê acompanhamento psicológico às vítimas de abuso e seus familiares.

A referida lei não proíbi especificamente a palmada, posto que este termo não é citado em nenhum momento em seu texto. Todavia, ficam os pais, responsáveis e professores, passíveis às medidas de encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico e ainda cursos ou programas de orientação, caso constatado punição corporal em face da criança e do adolescente, seja por questões educativas ou pedagógicas.

A nova lei agrega ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) mais proteção contra atos de violência física, verbal e psicológica. No entanto, seu teor causa polêmica dividindo opiniões tanto sobre a eficácia da lei quanto à posição do Estado mediante a família, que por sua vez vê a instituição familiar fragmentada por uma norma infligida pelo Estado e que subtrai a liberdade dos pais em educar seus filhos conforme seus preceitos.

Desenvolvimento

Nos últimos anos deixou de serem raros os casos de crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica. Fatos desta natureza têm ganhado um grande espaço na mídia. Nos telejornais, revistas e internet, tornou-se comum a divulgação de casos e imagens de

¹ Acadêmica do 1º ano de Direito, graduada em Pedagogia. E-mail: gi_oliveira10@hotmail.com.

crianças sofrendo punições físicas e psicológicas, que em alguns casos chegam ao cúmulo do absurdo, visto que ocorrem dentro de casa, nas escolas, creches e abrigos de menores, ou seja, sucedem nos locais onde as crianças e adolescentes deveriam sentir-se protegidas e acolhidas, não ameaçados.

O projeto de lei em questão trás em seu contexto geral mais segurança ao bem estar da criança e do adolescente no que diz respeito à violência. Altera a lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Assim vem acrescida dos artigos 18-A e 18-B e 70-A, que tratam do direito a educação e cuidados pelos pais e integrantes da família ampliada, responsáveis ou qualquer outra pessoa encarregada de tutelar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como forma de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto. São classificados como segue o Parágrafo único: “I – Castigo corporal: ações de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente. II – Tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente.”

As definições do que vem a ser a o castigo corporal e tratamento cruel deixam dúvidas e também causam controvérsias. Para alguns pais de família a lei infringiu a autoridade que a família, mais especificamente pai e mãe, possuem em relação à educação de seus filhos. Há inclusive os que tratam deste assunto não somente como uma questão social e trazem para tal o cunho religioso. Segundo Malafaia (2011) a lei é uma intromissão do Estado às famílias “Prefiro ser pautado pela Bíblia do que pela Lei que impede os pais de corrigirem os filhos com a vara”.

Corrigir os filhos por meio de palmadas não é de tudo ruim. O castigo usado na medida certa não prejudica a criança ou adolescente, os limites devem ser impostos e seus motivos explicados.

Punir com castigos, privações e limites só educa se não forem excesso e se estimular a arte de pensar. Caso contrário, será inútil. A punição só é útil quando é inteligente. A dor pela dor é inumana. Mude seus paradigmas educacionais. Elogie o jovem antes de corrigi-lo ou criticá-lo. Diga o quanto ele é importante, antes de apontar-lhe o defeito. A consequência? Ele acolherá melhor suas observações e o amará para sempre. (CURY, 2003, p.49)

Em uma época não muito distante as crianças e adolescentes eram criadas e educadas ao gosto dos pais. Via-se inclusive na televisão os filhos sendo açoitados com candura por pais e professores e, isto não indignava ninguém. As ditas palmadas, puxões de

orelha e a palmatória eram sim aplicados no momento em que os pais e professores julgavam necessário e este tipo de castigo ou punição era visto como um meio de salvaguardar os filhos das mazelas da vida e precavê-los a cerca do certo e errado, preparando-os para que se tornassem cidadãos de bem.

O que mudou? Até a poucos anos criança podia apanhar, significava educar. Em casa, mães e pais davam tabefes no traseiro, no rosto, na cabeça, nas costas ou onde pudessem acertar. Tudo em nome do “educar”. Valiam palmadas, cintadas, chineladas, sapatadas, mordidas, puxões de orelha e de cabelo. Na escola, valia a vara, a palmatória com as calças arriadas, ajoelhar sobre milho e pescoções de vigilantes, professores e diretores responsáveis. Quando uma criança se queixava, a mãe ou o pai dizia que era porque merecera apanhar. E por acaso os pais amavam menos os filhos do que hoje? (TIBA, 2002, P.09)

Por sua vez, os favoráveis a esta nova lei reiteram que violência não é alternativa na educação e na construção do ser humano e que palmadas, beliscões ou qualquer outro meio que inflija dor ou constrangimento à criança ou adolescente trata-se de um meio arcaico que não deve ser aceito pela sociedade contemporânea. Para estes, qualquer tipo de castigo seja físico, verbal ou psicológico será precedente para a criança ou adolescente a traumas que serão sentidos no decorrer da infância e levados à vida adulta, podendo fomentar problemas graves com violência dentro e fora de casa.

De acordo com a psicanalista Vera Laconelli, espalmar ou surrar a criança ou adolescente é um ato prejudicial ao desenvolvimento psicossocial do ser humano. Quando a criança convive com este tipo de castigo, a agressão física torna-se algo aceitável e este a vê como um meio aceitável de solucionar seus problemas. “Por que ensina, antes de tudo, que é uma forma de se comunicar e de resolver conflitos.” (LACONELLI, 2012)

Ainda segundo Laconelli (LACONELLI, 2012), é difícil avaliar as conseqüências da palmada na formação da personalidade da criança e adolescente, pois irá depender do grau e intensidade da agressão. Não obstante, é possível perceber que em alguns casos o padrão de violência sofrido em casa e na escola é incutido na vida adulta, daí então reproduzidos na convivência com conjugue, filhos, patrão e colegas de trabalho.

Para os defensores, a lei é um marco moral e ético quanto aos princípios e valores na educação e formação, além de clamar o estabelecimento de políticas públicas que venham assistir à família de modo geral para que assim adquiram novas ferramentas de educação sem a necessidade do uso de violência, haja vista que castigos físicos e tratamento humilhante violam os direitos humanos de crianças e adolescentes.

Considerações Finais

As modificações na Lei 8.069/1990 buscam o bem estar da criança e adolescente em seu convívio familiar. O veto à palmada ou qualquer ato de violência física ou psicológica que possa ser aplicado como meio de repreensão às travessuras ou mau comportamento, de fato, pretende proteger e tolher a pratica de violência doméstica contra os jovens.

A lei agrega garantias e direitos à criança e ao adolescente. Versa com rigidez todo e qualquer tipo de castigo. No entanto, apenas ratifica os direitos humanos e a Lei da Criança e do Adolescente (ECA).

Contudo, as contendas entre opiniões positivas e negativas à lei, levantam questionamentos eficazes quanto à nova norma no que diz respeito à sua fiscalização e aplicabilidade, a diferença entre ser pai zeloso com a educação de seus filhos impondo limites e o ponto onde se inicia a violência e ainda quanto à interferência do Estado no núcleo familiar.

A violência não deve ser artifício de solução para qualquer problema em nenhuma circunstância. Porém, a educação dos filhos é direito e dever, concomitantemente, da família.

Isto posto, a família é uma instituição onde deve haver uma hierarquia em que os filhos não só obedeçam, mas também respeitem os pais e, os pais por sua vez, devem lhes garantir saúde, educação e resguardo.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, R. Lei da Palmada – Uma lei com idade mental do “Xou da Xuxa” e a idade moral do stalinismo ou fascismo. **Veja**, São Paulo, 05 jun 2014. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/lei-da-palmada/> > Acesso em 03 de set. 2014.

BRASIL. Lei n.º 13.010, 26 de junho de 2014. **DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO**, Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 de jun. 2014. Seção 1, p.121.

Cury. A. J. **Pais brilhantes, professores fascinantes**. Rio de Janeiro: Sextante, 2003, 49p.

LACONELLI, V. “Palmada nunca mais?” **Bebe.com.br**, São Paulo, 14 jun. 2012. Disponível em: < <http://www.bebe.abril.com.br/materia/palmada-nunca-mais> > Acesso em 04 set. 2014.

MALAFAIA, S. Silas Malafaia condena a “Lei da Palmada”. **Mídia Gospel**, São Paulo, 15 dez. 2011. Disponível em: < <http://www.midiagospel.com.br/brasil/silas-malafaia-lei-da-palmada> > Acesso em 04 de set. 2014.

TIBA, I. **Quem ama, educa!** São Paulo: Gente, 2002, 09p.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Camila Daiane de Carvalho Coutinho (UEMS)¹
Gabriela Cândido Salatin (UEMS)²

Resumo: O presente artigo tem como escopo a questão da privatização do sistema prisional brasileiro. Trata-se de novas perspectivas trazendo a hipótese da implantação de parceria com empresas público-privadas com o objetivo de, em geral, solucionar ou, ao menos, reduzir o maior problema enfrentado nos dias atuais, a superlotação. Também será objeto de estudo a eficácia da Lei de Execução Penal nº 7.210/84 e a responsabilidade do Estado em relação a esse grave problema enfrentado pela população carcerária brasileira nos dias atuais. Importante salientar que a quantidade de encarcerados é superior a meio milhão de pessoas no Brasil sobrecarregando, de acordo com pesquisas, quarenta e três por cento da capacidade do sistema carcerário, além de problemas como falta de higiene e ambiente, muitas vezes, insalubre.

Palavras-chave: prisão; privatização; público-privada; superlotação; encarcerados.

ABSTRACT

This article has scoped the issue of privatization of the Brazilian prison system. It is bringing new perspectives to the hypothesis deployment of public-private partnership with aiming, in general, solve or at least reduce the biggest problem facing us today, overcrowding companies. Also will be studied the effectiveness of Penal Execution Law No. 7,210 / 84 and the state's responsibility in relation to this serious problem faced by the Brazilian prison population today. Important to note that the number of prisoners is more than half a million people in Brazil overloading, according to surveys, forty-three percent of the capacity of the prison system, as well as problems such as poor hygiene and environment, often unhealthy.

Keywords: prison; privatization; public-private; overcrowding; incarcerated.

¹ Graduando do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS. E-mail: camilacarvalhocoutinho@hotmail.com

² Graduando do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Naviraí-MS. E-mail: gabriela_salatin@hotmail.com

Introdução

Este artigo tem como objetivo tratar de novas perspectivas do sistema prisional brasileiro abrangendo a hipótese de implantação de parceria com empresas público-privadas com a finalidade de solucionar ou, pelo menos, amenizar o grande problema enfrentado atualmente que é a superlotação carcerária por meio da privatização do sistema. Segundo o Relatório Mundial sobre Direitos Humanos divulgado em Janeiro de 2014 pela organização não governamental Human Rights Watch, o número de encarcerados é superior a meio milhão de pessoas aumentando quarenta e três por cento da capacidade do sistema prisional. Sem contar os vinte mil adolescentes que cumprem medidas socioeducativas com privação de liberdade.

A iniciativa de implantar a privatização de presídios vem ocorrendo desde a década de oitenta e, com isso, surge uma nova perspectiva para esse grande problema que ocorre nos dias de hoje que é a superlotação, pois, no sistema brasileiro, com raras exceções, é extremamente caótica. Os presídios apresentam problemas como superlotação, não têm as condições mínimas de higiene, um ambiente, muitas vezes, insalubre, entre outros, ou seja, locais em que o homem está até mesmo abandonado pelo Estado.

Ao longo do desenvolvimento será abordado também um referencial histórico, o qual tratará as prisões em geral e o sistema que elas seguem; do sistema público ao privado que tem por finalidade abordar a mudança do sistema prisional, aqui será tratado o sistema antigo e o possível futuro sistema carcerário; e, por último, sobre os prós e contras da proposta privatizante do sistema.

Referencial Histórico

A análise quanto à gênese histórica do processo da privatização abordará a relação da produção do setor público atrelada às decisões administrativas que são formadas pelo corpo escolhido no processo democrático. Estes vão levantar questões sobre a diferença de custos na produção de um dado bem no setor público em relação ao setor privado. Adiante abordar-se-á também exemplos de privatização, algumas hipóteses, como a Petrobrás, a qual enfrenta concorrência em suas operações internacionais (petróleo do Oriente médio e

Venezuela), enquanto o Banco do Brasil enfrenta a concorrência de outros bancos no próprio país, mesmo estes com restrições legais, o que prioriza ações da estatal financeira.

A sociedade tem evoluído constantemente, a utilização das parcerias público-privadas pelo sistema brasileiro prisional é uma alternativa viável não somente para resolver o problema da superlotação, que ainda segue em primeiro lugar, mas também seria uma perspectiva possível na busca da ressocialização do preso.

Os presídios estão superlotados, segundo dados recentes de janeiro deste ano de 2014, há uma superlotação que chega a 43% a mais do total que deveria realmente ter, ou seja, isso acaba comprometendo direitos que não estão sendo cumpridos como, por exemplo, presídios sem condições mínimas de higiene, lugar insalubre e, conseqüentemente, muita gente para pouco espaço.

Embora esteja expresso no artigo terceiro da Lei de Execuções Penais (LEP) que ao condenado serão assegurados todos os direitos atingidos pela lei ou sentença, a ilegalidade é constantemente vivida, pois não está sendo mantido o mínimo que prevê o código sobre a garantia da dignidade humana. A lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), para estudiosos do direito, já teria nascido, digamos que, morta, pois o que está previsto em dois de seus artigos não está e há muito não tem cumprido que são, a assistência ao preso objetivando prevenir o crime e orientar seu retorno à sociedade e a assistência quanto à saúde, material que vem sendo muito discutida. Por esses motivos entre outros, essa lei está sendo considerada uma bela obra de ficção pela qual se encontra nosso ordenamento jurídico. Então, ao passo que a lei vem justamente para suprir um vazio na legislação, instiga preocupação sobre sua eficácia, tópico que estudaremos adiante.

Com base neste entendimento, torna-se relevante que estudos sejam desenvolvidos que permitam aprofundar o entendimento sobre o tema. Os estudos devem ser intensificados por se tratar de uma questão que não é de hoje que vem sendo discutida, é uma questão séria que requer cuidado, pois trata-se de pessoas que, apesar de já terem cometido algo ilícito previsto em lei, são pessoas que também têm direito à dignidade humana, tem direito a um ambiente limpo, vestimentas adequadas e, principalmente, a tere em questão, a um lugar digno para cumprir a pena com espaço suficiente que atenda às suas necessidades e que, atualmente, não está sendo cumprido nem respeitado na forma da lei.

Diante disso é que surge a grande ideia da privatização do sistema prisional brasileiro para tentar solucionar o grande problema enfrentado na realidade, até porque já

existe previsão em lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), que aborda os cuidados necessários com a população carcerária, os requisitos principais como, por exemplo, vestimenta, saúde e higiene que não estão sendo observados deixando os apenados à mercê, ou seja, abandonados pelo Estado.

Eficácia da Lei de Execução Penal nº. 7.210/84

Diante da realidade que se encontra o sistema prisional brasileiro, há uma hipótese para tentar solucionar o grande problema enfrentado e tema de estudo, até mesmo pela própria previsão em lei que aborda sobre cuidados necessários com os apenados, mas que com a superlotação está cada dia mais difícil de ser respeitado e cumprido a lei.

Há uma preocupação sobre sua eficácia, pois, podemos encontrar um exemplo claro que acontece muito, o artigo 12 da referida Lei, no tocante de seu conteúdo que fala a respeito da assistência material, se fazendo trazer a realidade dos presos, contrariam o conteúdo de tal dispositivo legal. Quando o referido artigo rege que: “... *fornecimento de alimentos, vestuário e instalações higiênicas*”, logo percebe-se que acontece ao contrário do que a lei estabelece, pois tem seres humanos vivendo em celas e corredores, onde os mesmos são obrigados a conviverem no meio de ratos e baratas, sem mencionar no mal cheiro que se exala de cada cela, pois não há higiene dentre eles. Assim, como o vestuário, não se tem. O esgoto pode ser visto a céu aberto, onde acontece em muitos presídios de nosso país.

Segundo o site Euro News em uma reportagem, “*As condições de vida no interior das prisões são inumanas, com grupos de 300 prisioneiros em celas previstas para 36 pessoas, onde todos têm de se revezar para dormir e esperar vários dias para se poderem lavar.*” Isto posto, é perceptível a realidade que eles estão vivendo, faz-se necessário a parceria com empresas público privadas para tentar resolver esse problema ou, pelo menos, amenizar.

Responsabilidade do Estado

Não é de hoje que o sistema prisional brasileiro tem não só carência, mas urgência de soluções para resolver o grave problema da falta de vagas e também a recuperação dos apenados. Segundo Araújo Júnior, é sabido que o Estado não está

conseguindo resolver esse problema sozinho, na verdade, de acordo com o autor, esse problema é considerado não só do Estado, mas de toda a sociedade. Surge, então, a partir daqui, a tese da privatização dos presídios, tão somente para chamar a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função de gerir nossas prisões. Essa hipótese tem o intuito de recuperar as condições mínimas de necessidade do preso. A vantagem da privatização, na modalidade da terceirização, é que ela faz cumprir a lei, dando efetivas condições de o preso se recuperar, ao contrário do sistema estatal, que só piora o encarcerado. Essa ideia é nova não só no Brasil, mas no planeta. O mundo conhece os presídios privados há cerca de dez anos, havendo hoje duas formas de privatização, o modelo americano e o modelo francês.

Registro que sou favorável à privatização, no modelo francês e as duas experiências brasileiras, uma no Paraná e outra no Ceará, há dois meses, há de se reconhecer que é um sucesso, não registram uma rebelião ou fuga e todos que orbitam em torno dessas unidades, revelam que a utopia de tratar o preso adequadamente pode se transformar em realidade no Brasil. [...] Das modalidades que o mundo conhece, a aplicada pela França é a que tem obtido melhores resultados e testemunho que, em visita oficial aos estabelecimentos franceses, o que vi foi animador. Trata-se de verdadeira terceirização, na qual o administrador privado, juntamente com o Estado fazem parceria administrativa, inovando o sistema prisional. (D'URSO, 1999).

Do Público ao Privado: as mudanças do sistema prisional

Quanto às mudanças do sistema público ao privado podemos ver a dificuldade de o Estado resolver o problema da superlotação sozinho. Assim, surge a proposta da chamada privatização dos presídios, ou seja, admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada que colaboraria com o Estado nessa importante e arriscada função e, conseqüentemente, melhorar as condições de necessidades básicas, motivo do problema em questão. A parceria com empresas público privadas tem se mostrado a mais palpável das soluções, apesar de inúmeras críticas, é justo admitir que a situação atual das nossas prisões já passou da hora de ser mudada. Com a gestão desequilibrada e ineficiente, a população corre risco com esse modelo prisional cujo ambiente é propício para o desenvolvimento de outros crimes, os quais, infelizmente, já acontecem dentro das próprias prisões.

O Estado já percebeu que sozinho é difícil lutar, por isso, observamos o sistema de co-gestão, com administração terceirizada, como exemplo prático, podemos citar a Casa de Custódia de Londrina, Cascavel, Presídios Industriais de Guarapuava e a Penitenciária de Piraquara. Vale ressaltar também que a força produtiva do encarcerado terá mais condições de ser desenvolvida e, assim, gerará mais benefícios para o próprio e, conseqüentemente, à sociedade. Nas palavras de Michel Foucault (2011, p. 196), em sua obra clássica sobre Prisões e Direito Penal “*A obriedade da prisão se fundamenta também em seu papel de aparelho para transformar os indivíduos*”. Aqui vemos um sistema em que serão facilitadas a administração e a execução da pena, os apenados serão beneficiados e humanizados. Desta forma, advirão resultados positivos para toda a sociedade.

Os prós e contras da Proposta Privatizante do Sistema

Neste, diz respeito às vantagens e desvantagens da privatização do sistema. O assunto não é pacífico. O argumento mais sério contra as Parcerias Público-Privadas em presídios, como referido, é a aparente inconstitucionalidade de entregar à iniciativa privada o papel de aplicar a pena a um condenado. O argumento nesse sentido é que, como se trata de uma atribuição do Estado, seria impróprio contratar agentes particulares para fazê-lo. Quanto aos argumentos a favor, será destacado a terceirização, porém as interpretações variam, pois no entendimento de alguns juristas, a administração privada é constitucional, desde que os agentes penitenciários trabalhem sob as ordens de uma autoridade estatal. Assim, o Estado não abdica de seu monopólio do uso da força.

Considerações Finais

Neste artigo procurou-se abordar a questão a privatização do sistema carcerário ou prisional brasileiro como uma forma eficaz e útil ao sistema, pois mesmo havendo a lei de execuções penais, requisitos principais e básicos como superlotação, vestimentas e condições de higiene não estão sendo respeitadas. Se o Estado não está suprindo condições essenciais a essa determinada população que, segundo pesquisas, chega a mais de meio milhão no Brasil, a alternativa para a solução do problema seria a privatização.

Com a parceria de empresas público-privadas, apesar de que possa existir controvérsias acerca de que estaria entregando à iniciativa privada o papel de aplicar a pena ao condenado, isso não procede, pois os agentes estariam trabalhando sob ordens de uma autoridade estatal, ou seja, o Estado não abdica do seu monopólio e uso da força. Portanto, seria uma medida eficaz que solucionaria o grande problema enfrentado da superlotação, principalmente e, conseqüentemente também resolveria a questão das condições mínimas e básicas de higiene.

Referências Bibliográficas

Congresso Nacional. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal.

NUCCI, G. S. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ARAÚJO JÚNIOR, J. M. de. **Privatização nas prisões**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Prisões Brasileiras. Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2014/01/10/violencia-extrema-e-condicoes-inumanas-nas-prises-brasileiras/>> Acesso em: 23 mai. 2014.

D'URSO, L. F. B. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FOUCAUT, M. **Vigiar e punir**. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



UM ESTUDO SOBRE O INSTITUTO DO ESCABINATO COMO POSSÍVEL ALTERNATIVA FRENTE ÀS DISSONÂNCIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

*Gabriela Candido Salatin*¹

*Camila Daiane de Carvalho Coutinho*²

Resumo: Este artigo versa sobre as dissonâncias apontadas pelos doutrinadores em relação ao Tribunal do Júri brasileiro, bem como, busca apontar, como alternativa a essas controvérsias, o instituto do Escabinato, adotado pela Justiça Militar brasileira e por alguns países europeus. O presente trabalho abordou, em um primeiro momento, a origem histórica do Tribunal do Júri; em um segundo momento, buscou demonstrar o procedimento adotado pelo sistema processual penal brasileiro; em um terceiro momento, procurou se explicar sobre o instituto do Escabinato no Direito Militar e frente ao Direito Comparado; por fim, no quarto momento, ápice deste trabalho, foi explanado sobre as contradições apontadas pelos doutrinadores, em relação ao Tribunal do Júri e, demonstrado o Escabinato como alternativa a essas dissonâncias.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; Escabinato; Justiça Militar; Direito Comparado.

Introdução

Ao longo do estudo do Processo Penal e também do Direito Constitucional, depara-se com o direito constitucional de o réu de ser julgado perante um Tribunal do Júri, quando comete os crimes dolosos contra a vida tipificados no Código Penal brasileiro.

Sobre esta garantia, existem muitos estudos voltados a sua constitucionalidade e tipificação no artigo 5º, XXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, poucos juristas, entretanto, “[...] ousam questionar a razão de existência do julgamento popular em nosso país e também deixam de levar em conta se, realmente, o constituinte acertou ao incluir tal tribunal dentre os direitos e garantias individuais” (NUCCI, 1999, p. 15).

¹ Acadêmica do quarto ano de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade de Naviraí e servidora pública do Instituto Nacional do Seguro Social. E-mail: gabriela_salatin@hotmail.com

² Acadêmica do quarto ano de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade de Naviraí. E-mail: camilacarvalhocoutinho@hotmail.com

É visível, por conseguinte, que grande parte da doutrina adota a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que afirma que a norma não deve ser analisada como um fruto de uma filosofia, de uma razão ou de uma outra ciência, mas simplesmente como uma norma. Não se deve, por conseguinte, discutir o sentido da norma e o seu objetivo implícito, mas apenas o que ela desejou concretizar abstratamente. Assim, “[...] ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quando não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito” (KELSEN, 1999, p. 12).

Com a devida vênia, ousa-se discordar desses doutrinadores, uma vez que uma ciência só será, de fato, produtiva, quando se entender o contexto em que os institutos foram criados e qual é sua real eficácia no ordenamento jurídico atual. Ou seja, se estes ainda cumprem o objetivo pelo qual foram criados.

Desta forma, apesar de o constituinte originário trazer em seu rol de garantias fundamentais o julgamento perante o Tribunal do Júri, é preciso que se questione sobre a eficácia desses julgamentos e se estes estão cumprindo os outros direitos fundamentais, também constitucionais. Assim, faz-se necessário analisar as controvérsias apontadas pelos doutrinadores em relação a este instituto.

Ademais, também com o objetivo de se expandir o conhecimento, bem como a fim de se analisar se outro instituto cumpriria melhor o papel constitucional de um “jugador justo e soberano”, este trabalho tem como objetivo a análise do Escabinato, figura “substituta” do Tribunal do Júri na Justiça Militar brasileira e em países como Portugal, Suíça e França.

Assim, sem ter a intenção de esgotar o tema, tendo em vista sua vasta amplitude e complexidade, o presente trabalho tem como objetivo específico indicar como alternativa às dissonâncias do júri, o instituto do Escabinato. Além disso, utilizar-se-á a metodologia da pesquisa bibliográfica e se apresentará, de maneira sucinta, a origem histórica deste instituto, o procedimento processual pelo qual ele se desenvolve e o funcionamento do Escabinato na Justiça Militar e no Direito Comparado.

1 Origem Histórica do Tribunal do Júri

A instituição do Tribunal do Júri que obteve seu viés moderno a partir da Carta Magna inglesa de 1215, surgiu na Palestina, muitos séculos antes, onde os principais chefes

julgavam os processos criminais referentes aos crimes punidos com pena de morte. (NUCCI, 1999).

Conforme demonstra Nucci (1999), a partir do século IV a.C., o Tribunal do Júri também encontrou respaldo no ordenamento jurídico grego, em que subdividia a jurisdição criminal de Atenas em quatro órgãos: Assembléia do Povo, Areópago, Supremo Tribunal de Atenas e Tribunal dos Heliastas. Sócrates, por exemplo, foi julgado e condenado à morte pelos seus pares, em 399 a. C.

Em Roma, a partir de 155 a. C., instaurou-se o Tribunal do Júri que possuía uma configuração extremamente parecida com a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, isto porque dadas as suas demais peculiaridades, era composto pelo pretor e pelos *judices jurati* – jurados. Assim, paralelo ao ordenamento brasileiro, o pretor poderia ser caracterizado como o presidente do tribunal, ou seja, pelo juiz togado, responsável pela formação do Conselho de Sentença, apuração dos votos e pronunciamento das decisões e os jurados, por sua vez, eram escolhidos dentre cidadãos comuns, mas com notável aptidão legal e com mais de trinta anos de idade. Outra característica parecida era que os jurados, ao longo do sorteio, poderiam ser recusados, sem motivação, pela acusação/defesa. Isto também ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, conforme firma o art. 468 do Código de Processo Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão **recusar** os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, **sem motivar** a recusa. (grifos nossos).

Não obstante nunca ter tido uma Constituição escrita, com as leis consolidadas em um único texto, “a Inglaterra sempre foi reconhecida pela grande maioria dos constitucionalistas como o berço dos direitos individuais e da moderna noção de Constituição” (NUCCI, 1999, p. 33). Entretanto, foi só após a divulgação da Carta Magna de 1215 que o Tribunal do Júri adquiriu o formato utilizado atualmente no mundo ocidental. Salienta-se, nesse sentido, que ele obteve ainda mais repercussão, nos países europeus, após a Revolução Francesa, “[...] simbolizando vigorosa forma de reação ao absolutismo monárquico” (TUBENCHLAK, 1997, p. 4).

Quanto ao júri no ordenamento jurídico brasileiro, este recebeu do “[...] sistema inglês o grande júri, isto é, o primeiro conselho de jurados, ou júri de acusação, e do sistema

francês, o ministério público e a instrução secreta e escrita” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, apud RANGEL, 2012, p. 41).

Frisa-se que foi inicialmente instaurado, em 18 de junho de 1822, para julgar os crimes de imprensa. *A posteriori*, foi incluído na Constituição de 1824, no rol que tratava do Poder Judiciário, não o tratando, portanto, como um direito individual e nem estabelecendo quais os crimes a que caberia o seu julgamento. Esta lacuna foi suprida pelo Código de Processo Criminal de 1832, que “[...] ampliou sobremaneira a competência do Tribunal do Júri, restringindo a atividade do juiz de direito a praticamente só presidir as sessões do júri” (NUCCI, 1999, p. 37). Esta configuração, porém, não durou muito tempo e, a partir de 1842, foi, gradativamente, modificada, de forma a aumentar o poder do juiz de direito e a diminuir o dos jurados.

Com a promulgação da Constituição da República de 1891, o júri continuou a integrar o ordenamento brasileiro, entretanto, passou a figurar no rol de direitos e garantias fundamentais e não mais como parte do Poder Judiciário. Ao contrário disso, em 1934, voltou a fazer parte do Poder Judiciário.

Com a outorga da Constituição de 1937, que instituía o Estado ditatorial novo, o legislador não fez nenhuma referência ao Tribunal do Júri, de modo que grande parte dos juristas entenderam que ele havia sido extinto. Este pensamento não obteve respaldo, uma vez que em 1938 foi publicado o Decreto-lei n. 167 que trazia a competência do Tribunal do Júri no julgamento dos seguintes crimes: homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio a suicídio, duelo com resultado de morte ou lesão seguida de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada. (NUCCI, 1999). Entretanto, apesar de não extinguir a instituição em tela, retirou toda a soberania de seus julgamentos, de forma que quando a decisão fosse contrária às provas dos autos poderiam as partes ingressar com um recurso de apelação, que, se cabível, alteraria a decisão dos jurados.

Rangel (2012) sabiamente aduz que conforme o regime é enrijecido, o Estado necessita de mais meios para controlar a população, de forma que se utiliza do Poder Judiciário para maximizar o seu *ius puniendi*, alterando-o conforme a lei que melhor “lhe agrade” – que fique claro, os ditâmes aqui são legais, mas absurdamente anti-democráticos, uma vez que representam a vontade de uma pequena parcela da população que detém o poder em suas mãos. Não condizendo, portanto, com a vontade de grande parte do povo. – Destarte, ao permitir o recurso de apelação, as decisões contrárias ao governo iam para o Tribunal, na

época controlado por Getúlio Vargas, que as reformava, tornando-as “adequadas” aos objetivos do governo.

Com o fim do Estado novo e a promulgação da Constituição de 1946, o Tribunal do Júri voltou a integrar o capítulo da Lei Maior referente às garantias e aos direitos fundamentais da República. Ademais, restaurou-se a soberania de seus julgamentos não permitindo aos tribunais superiores “[...] o conhecimento dos veredictos do Júri para reformá-los, como *judicium rescisorium*, em grau de recurso” (TUBENCHLAK, 1997, p. 8).

Com a outorga da Constituição de 1967, após o golpe militar de 1964, manteve-se a soberania e a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Todavia, com a Emenda Constitucional número 1, de 1969, foi suprimida a soberania deste órgão, de forma a reforçar o poder estatal sobre o Poder Judiciário.

Com o advento do Estado Democrático de Direito e com a promulgação da Carta Magna de 1988, foi restabelecida a soberania dos julgamentos e o Tribunal do Júri se firmou como sendo o responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Neste sentido, dispõe o art. 5º, XXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

- XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
- a) a plenitude de defesa;
 - b) o sigilo das votações;
 - c) a soberania dos veredictos;
 - d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

2 Atual Configuração Procedimental do Tribunal do Júri no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A priori, destaca-se que o objetivo deste tópico é demonstrar de maneira extremamente sucinta o procedimento criminal que tem como ápice o julgamento pelo Tribunal do Júri. Destarte, serão feitas breves explanações sobre o processo criminal, passando pelo inquérito, pela denúncia, pela instrução processual, pela decisão de pronúncia e, finalmente, pelo júri.

Sabe-se que todo o processo tem por gênese a investigação criminal, que ocorre por meio do Inquérito Policial. Entretanto, segundo dispõe o artigo 155 do CPP, o juiz não pode fundamentar sua decisão baseada apenas nas provas obtidas durante o processo investigatório, isso porque, nesta fase não há o contraditório, corolário do devido processo legal.

Esta proibição, no entanto, não vigora no Tribunal do Júri, vez que como este é firmado principalmente em aspectos emocionais e não-jurídicos, os jurados não precisam motivar suas decisões, escolhendo as provas que melhor se moldem à tese por eles adotada. Por conseguinte, no júri, “a rainha das provas é a lógica humana” (FERRI, 1892, apud MOUGENOT, 2012, p. 26), logo, os jurados tem a possibilidade de atribuir a valoração que quiserem às provas, inclusive àquelas elaboradas ao longo do inquérito policial.

Na maior parte dos casos, o inquérito policial é a única base para a denúncia, que dá início ao processo criminal. Nesse sentido, Penteado (1987, apud MOUGENOT, 2012, p. 99) faz a brilhante metáfora:

O florete que sai das mãos do armeiro para o punho do esgrimista ganha luz e precisão; é a passagem do portar para o brandir.

O bisturi que o instrumentador oferece ao cirurgião também reverbera e expressa eficiência; é a transposição do trazer consigo para o curar.

De igual modo, a denúncia subscrita pelo Promotor de Justiça eficiente traz em si a marca da adequada defesa social, a estratégia própria da acusação bem posta. (grifos do autor).

Destarte, a denúncia é o meio pelo qual o Ministério Público “move” o Judiciário, de forma a exigir deste uma resposta sobre o que foi apurado no Inquérito Policial. Destaca-se que, embora não necessite da existência de uma certeza sobre o acontecido, uma vez que como vigora o *in dubil pro societate*, nesse caso indícios de materialidade são suficientes, é imprescindível que esta peça processual contenha os requisitos do art. 41 do CPP.

Depois da denúncia, abre-se o prazo de dez dias para que o acusado apresente suas alegações e, finalmente, procede-se à instrução processual. Nesta fase, é realizada a audiência de instrução criminal, em que o juiz procede à oitiva da vítima – se for o caso – dos peritos, das testemunhas e ao interrogatório do réu. Este, por sua vez, poderá se calar diante dos fatos sem qualquer prejuízo à sua defesa, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico o silêncio é um direito constitucional garantido ao réu.

A próxima fase do procedimento criminal, no caso de crimes dolosos contra a vida, diz respeito à pronúncia da decisão. Neste caso, o juiz declina de sua competência jurisdicional e a transfere aos jurados.

No que tange à pronúncia, Mougenot (2012) explica que ainda que as provas em que a pronúncia se baseou tenham sido totalmente produzidas no inquérito, tendo, por conseguinte, um contraditório diferido, isto não é óbice para a prolação de pronúncia, isso porque, nesta fase processual, vigora o princípio do *in dubil pro societate* e não o *in dubil pro*

reu. Corroborar, neste sentido, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, como pode ser percebido pelo Habeas Corpus 53.888/PR, *infra*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. PROVAS. IN DUBIO PRO SOCIETATE. QUALIFICADORA. MANUTENÇÃO.

I - Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade do delito, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate*.

II - Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença **de indícios** de autoria, além de prova da materialidade do delito.

Indícios estes que, por sinal, podem derivar de provas colhidas durante o inquérito policial. (Precedente do STF).

III - Somente poderão ser excluídas da r. decisão de pronúncia as qualificadoras manifestamente improcedentes. (Precedentes). Writ denegado. Liminar cassada. (BRASIL, 2007) (grifos nossos).

Após a pronúncia, inicia-se o julgamento, perante o Tribunal do Júri, com a confirmação das cédulas dos 25 jurados – cidadãos, considerados idôneos - estando presentes ao menos 15, pode ser realizado o sorteio e, posterior, formação do Conselho de Sentença. Sendo assim, o juiz procede ao sorteio, formando o Conselho com sete jurados. Ressalta-se que a defesa e depois a acusação possuem o direito à recusa de 3 jurados, imotivadamente, conforme já mencionado (arts. 462 e seguintes/CPP).

Depois de composto o Conselho de Sentença, o juiz presidente inicia os trabalhos instrutórios, seguindo a ordem do art. 473, do referido Código. Por fim, será realizado o interrogatório do réu, que poderá, sem prejuízo algum, permanecer em silêncio, e os debates da acusação/defesa, tendo cada uma das partes uma hora e meia para convencerem os jurados sobre suas teses. Poderão ainda, caso o Ministério Público assim o requeira, realizar a réplica – no caso da acusação – e tréplica – no caso da defesa, no prazo de uma hora.

Findos os debates, o juiz questionará os jurados se estão habilitados a julgar. Caso não estejam, solucionará as dúvidas e procederá à votação, explicando, *a priori*, os quesitos que serão analisados e votados pelos julgadores.

Com a finalização da votação, “[...] o juiz presidente mandará que o escrivão registre o resultado em termo especial, assinado pelo juiz e pelos jurados, lavrando a sentença, continuamente, o magistrado, após o que a lerá de público” (MOUGENOT, 2012, p. 200).

Tendo em vista a soberania das decisões do Tribunal do Júri, estabelecida pela Constituição Federal, só caberá recurso de apelação, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária às provas dos autos. (art. 593, I, “d”/CPP).

3 O Instituto do Escabinato na Justiça Militar Brasileira e no Direito Comparado

Diferentemente da configuração do Tribunal do Júri da justiça comum brasileira, o Direito Comparado bem como a Justiça Militar brasileira adota modelos diversos em relação ao julgamento popular.

Neste sentido, neste capítulo, buscar-se-á sucintamente abordar esse outro viés do Tribunal do Júri, tanto no que tange aos Conselhos Especiais de Justiça – assim denominados pela Justiça Militar – como em relação ao procedimento adotado nos países europeus.

3.1 O Tribunal do Júri no Direito Comparado

Em um primeiro momento, salienta-se que a relevância de se estudar a instituição do Tribunal do Júri em outros países se firma na constatação da pertinência ou não de sua existência no Brasil.

Em sua obra, Guilherme de Souza Nucci (1999) frisa que nos países cujo ordenamento jurídico se frisa no *Common Law* o Tribunal do Júri é concebido da mesma forma que disposto na Carta Magna Inglesa de 1215, ou seja, o julgamento ocorre diretamente pelos populares sem a interferência de um juiz togado. Neste contexto, “o único país, que parece ser uma exceção mundial, é o Brasil, cujo sistema insere-se no contexto do direito codificado, mas possui um júri nos moldes britânicos” (NUCCI, 1999, p. 64).

Assim, grande parte dos países que possuem uma Constituição consolidada adota o sistema do Escabinato em substituição ao Tribunal do Júri tradicional. São os casos de Portugal, Grécia, Itália, França, Alemanha e Bélgica. Nestes países, portanto, apesar de o povo julgar diretamente os seus pares isso é feito com o auxílio de juízes togados que dão a base técnica para esses julgamentos.

No que diz respeito ao Júri português, Nucci (1999) explica que esse possui aplicação facultativa só atuando quando uma das partes requer expressamente. Neste caso, é composto por três juízes togados e quatro juízes leigos, decidindo o destino do réu pela

maioria dos votos. Salienta-se que os julgadores tem a possibilidade de conversarem entre si, discutindo as provas dos autos e as teses da acusação/defesa, de forma que existe uma troca de experiências entre aqueles que possuem conhecimento técnico (juízes togados) e aqueles que são levados mais pelos aspectos emocionais da situação (juízes leigos).

Ainda em relação ao júri português, esse é extremamente criticado pelos doutrinadores do país, isso porque, embora esteja previsto na Constituição Federal do país, não possui aplicação obrigatória de maneira que a participação dos cidadãos nos julgamentos tem sido considerada esquisita e “[...] encarada com um espírito mais ou menos velado de desconfiança ou mesmo de má vontade por muitos setores dos profissionais do direito e mesmo da opinião pública em geral”. (GERSÃO, 1989, apud NUCCI, 1999, p. 75).

O mesmo sistema do Escabinato, também denominado de Escabinado, é adotado pelo júri grego em que a corte é composta por três juízes togados e três juízes leigos deliberando, pela maioria dos votos, a respeito da inocência ou culpabilidade do réu.

Já na França, berço da democracia moderna, o sistema adotado também é o da Corte Mista, composta por “[...] três magistrados e nove jurados, sendo um juiz na função de Presidente e os outros dois na função de assessores” (RANGEL, 2012, p. 48). Nesse caso, a culpa do réu será reconhecida por dois terços dos votos e o julgamento ocorre em uma sessão secreta e individual em que, assim como ocorre em Portugal, os jurados podem discutir sobre as circunstâncias em que o crime ocorreu.

Por fim, na Itália, o júri é composto por dois juízes togados e seis cidadãos leigos, dentre os quais três serão, obrigatoriamente, homens. (RANGEL, 2012). A decisão também será pela maioria dos votos, prevalecendo aquela que mais favorecer o réu.

3.2 Os Conselhos de Justiça do Processo Penal Militar brasileiro

Estabelece o artigo 16 da Lei de número 8.457 de 4 de setembro de 1992:

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

- a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo **Juiz-Auditor e quatro Juízes militares**, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade;
- b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por **um oficial superior**, que será o presidente, e **três oficiais de posto** até capitão-tenente ou capitão. (grifos nossos)

Não obstante sejam denominados de Conselhos de Justiça, percebe-se que a estrutura é extremamente parecida com àquela utilizada pelos países que adotam o Escabinato ao invés do Tribunal do Júri tradicional. Isso porque, há uma junção entre um juiz togado – denominado de Juiz-auditor – com quatro juízes leigos (militares) que conjuntamente decidirão o destino do réu, nos casos de crimes militares.

Magalhães (2012, p. 19) sabiamente aduz que “é sempre bom lembrar que o juiz togado, alçado à condição de Juiz de Direito do Juízo Militar por força da própria Emenda Constitucional n. 45/04, além de ser o presidente do colegiado julgador, é o intérprete da lei perante o escabinato militar”. Percebe-se, por conseguinte, que o juiz togado auxilia na tecnicidade dos julgamentos de forma que os oficiais passam a julgar não só de acordo com o que compreendem, mas também com conhecimentos técnicos explicados pelo Juiz-auditor.

4 Tribunal do Júri ou Escabinato?

Como ápice deste trabalho, surge o seguinte questionamento: teria o Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro já cumprido o seu papel histórico, devendo, portanto, ser substituído por outro instituto, tal como o Escabinato?

Muitas são as vertentes doutrinárias a esse respeito, visto que alguns doutrinadores defendem avidamente o Tribunal do Júri, afirmando que este é a instituição mais democrática existente no ordenamento jurídico brasileiro atual, enquanto outros afirmam que o objetivo inicial já foi cumprido e que já se encontra defasado, devendo, conseqüentemente, ser modernizado.

Em relação aos defensores vorazes do Tribunal do Júri, destaca-se Parentoni (S.D.) que opina no sentido de ser esta instituição como um dos estabelecimentos mais democráticos existentes na atual conjuntura jurídica brasileira, isso porque, nesses casos, o povo exerce diretamente o poder de julgar seus pares, não necessitando, assim, ser representado, como ocorre, por exemplo, perante o Poder Legislativo. Ainda afirma que o fato de as partes, representadas neste ato pelo promotor e pelo advogado de defesa, poderem opinar sobre os jurados que comporão o Conselho de Sentença auxilia na composição de um grupo heterogêneo que não estará “enraizado” de preconceitos, concedendo ao réu um julgamento justo, seguro juridicamente e, acima de tudo, imparcial. Destarte, o autor se mostra extremamente favorável à manutenção do Tribunal do Júri, tendo em vista que o

considera mais democrático, pois os jurados conhecem, em geral, melhor a situação socioeconômica do réu do que o juiz togado.

A contrario sensu, a doutrina majoritária é contrária a esse entendimento, demonstrando que o Tribunal do Júri já cumpriu seu papel histórico, “[...] não sendo mais necessária a participação do povo diretamente na administração da justiça” (NUCCI, 1999, p. 182).

Essas críticas estão pautadas, sobretudo, na leiguice dos jurados, que não possuem conhecimento sobre os delitos e suas qualificadoras, permitindo o julgamento do réu conforme seus próprios pré-conceitos e não de acordo com as provas dos autos e com o previsto legalmente. Assim, “a missão de julgar requer profissionalismo e preparo, não podendo ser feita por amadores.” (NUCCI, 1999, p. 183) e como não existem formas eficazes de se preparar um grupo de jurados para julgarem conforme as normas processuais é melhor que essa missão seja deixada para aqueles que foram preparados para isso, ou seja, para os juízes togados.

Outra crítica veemente diz respeito à forte tendência de o jurado ser influenciado pela mídia e pela sociedade, principalmente no caso de crimes de repercussão nacional, tais como os homicídios de Daniela Perez e de Isabella Nardoni, isso porque, nessas circunstâncias “[...] essas pessoas podem iniciar o julgamento com conclusões precipitadas sobre os fatos” (ANDERSON FILHO, SD, apud, VIEIRA, 2009) não exercendo seu papel de julgador, portanto, com a imparcialidade que lhe é devida.

Sobre este aspecto, vale ressaltar também que dificilmente a acusação/defesa abordam os jurados de maneira técnica e legal, partindo, quase sempre, para o lado emocional e sentimental, de forma a influenciar essas pessoas a julgarem “com o coração” e não conforme os ditames legais e probatório dos autos. Nesse sentido, Nucci (1999) e Rangel (2012) manifestam-se no sentido de que o Júri pode ser igualado a um teatro ou mesmo a um circo, visto que prevalecerá a tese de quem melhor iludir o jurado. Infelizmente, prevalecerá o aspecto emocional em detrimento do racional.

Ainda nesse íterim, Barros (1971, apud NUCCI, 1999, p. 183) ressalta que como o Tribunal do Júri é baseado, sobretudo, em aspectos irracionais

[...] a defesa social e a liberdade individual vão depender de jogadas brilhantes ou ruinosas de seus defensores, do azar, o que contraria toda ciência do processo, quando manda sejam expostas as razões das partes e os

fundamentos de suas pretensões. Numerosas injustiças já cometeu o júri pelo ‘*vetetismo*’ de promotores e advogados. (grifos do autor).

Outro aspecto contraditório levantado por grande parte da doutrina diz respeito à falta de motivação das decisões dos jurados, contrariando o disposto constitucional infracitado:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - **todos os julgamentos** dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifos nossos).

Esta crítica se baseia no fato de que os jurados não precisam motivar as suas decisões. Não necessitando, portanto, explicar o porquê de terem escolhido uma ou outra tese. Não é possível que se saiba, desta forma, “a fundamentação dos jurados para absolver ou condenar; o juiz togado tem o dever constitucional de motivar suas decisões abertamente”. (NUCCI, 2010). Devido a isso, a chance de ocorrer um erro judiciário é muito maior do que quando os julgamentos são feitos pelo juiz togado, uma vez que os jurados podem se afastar das provas dos autos – ou se basearem em provas inquisitoriais em que o contraditório não foi devidamente realizado - e decidirem conforme os seus sentimentos e visão de mundo.

Diante de todas essas críticas, Vieira (SD.) aduz que não há cabimento deixar nas mãos de pessoas extremamente atécnicas e parciais, direitos tão fundamentais como a vida e a liberdade. Desta feita, não só ele como também outros doutrinadores renomados, tais como Nucci e Rangel, apontam como alternativa a substituição do Tribunal do Júri comum pelo instituto do Escabinato, pois haveria a manutenção do poder de julgar nas mãos do povo que, ao mesmo tempo, seria melhor assessorado por pessoas competentes para essa função.

No que tange a esse assunto, é cabível citar as belas palavras de Aury Lopes Jr. (2004, p. 148-149):

Os conhecimentos e convicções pessoais que os leigos (em Direito) podem aportar são extremamente úteis para o juiz profissional, e o resultado do intercâmbio é francamente favorável para a melhor administração da justiça. Outra vantagem apontada é que no sistema de escabinato os juízes leigos e os profissionais formam um colegiado único, decidindo sobre o fato e o direito, de modo que os conhecimentos de um podem suprir as lacunas do outro.
[...]

Concluído, ainda que o sistema de escabinos também possua inconvenientes, com certeza são muito menores que aqueles enumerados para o Tribunal do Júri. Como já apontado, não só é fundamental alterar a composição do órgão colegiado, mas também a forma como deve se desenvolver o próprio julgamento, incluindo aqui a necessária fundamentação que deve acompanhar a decisão.

É imprescindível, por fim, ressaltar que esta substituição é baseada, sobretudo, no argumento de que haveria então a existência de um equilíbrio no julgamento, uma vez que seria composto pela experiência de vida de um leigo assessorada pelo conhecimento técnico de um juiz togado.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto, é preciso que fique claro que o presente artigo não teve o objetivo de esgotar o tema, tendo em vista sua vasta complexidade e amplitude.

É imprescindível, contudo, salientar que, assim como abordado por doutrinadores renomados tais como Nucci e Rangel, o Tribunal do Júri já cumpriu seu objetivo histórico, traçado sobre a realidade inglesa de 1215 e, com isso, é preciso que se adapte à realidade jurídica atual, baseando-se na segurança jurídica e na garantia dos direitos fundamentais do ser humano, sobretudo, o direito à vida e à liberdade.

Dessa forma, embora esteja previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e ser, por esse motivo, considerado como uma garantia constitucional, o Tribunal do Júri tem ofendido outros direitos também denominados de constitucionais, tais como o do Devido Processo Legal, bem como o de seus corolários da Ampla Defesa e do Contraditório, ou seja, a própria Constituição se contradiz a esse respeito, pois permite que os direitos por ela mesma estabelecidos sejam prejudicados uns em detrimento de outros.

Essa “contradição” de direitos se pauta, sobretudo, pelo fato de o Tribunal do Júri deixar nas mãos de leigos a função de julgar seu semelhante o que acabam fazendo, em geral, de acordo com seus pré-conceitos e ideias pré-concebidos. Assim, em muitos casos, principalmente porque as decisões não são motivadas, as provas dos autos são deixadas de lado em função de uma melhor tese apresentada ora pela acusação, ora pela defesa.

Levando isso em consideração, é imprescindível que uma modificação no ordenamento jurídico atual ocorra o mais rápido possível e, a melhor alternativa apresentada pela doutrina é a do Escabinato. Isso pode ser explicado pelo fato de que com a

implantação desse instituto não haveria a supressão da cláusula pétrea relativa ao júri, mas apenas uma alteração na constituição deste, que passaria a condizer com a realidade jurídica atual. Assim, manter-se-ia a participação direta dos indivíduos no Poder Judiciário e, com isso, o exercício do poder diretamente pelo povo que, entretanto, estaria melhor preparado para julgar.

Outro aspecto relevante que também precisa ser alterado diz respeito à necessidade de os jurados se comunicarem na sala secreta, da mesma forma como ocorre no Tribunal do Júri português, isso porque, com o auxílio técnico do juiz togado, bem como com as discussões relativas ao caso, a chance de se ter um erro judiciário seria muito menor. Por óbvio, erros ainda aconteceriam, mas, certamente, seriam muito menores do que os que são encontrados, atualmente. Com a substituição do Tribunal do Juri atual pelo Escabinato, por conseguinte, haveria um maior equilíbrio no estabelecimento de direitos fundamentais do réu.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. **Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992**. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 53888/Paraná**. Ministro Relator: Felix Fischer. Brasília: 13 mar. 2007. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8933727/habeas-corpus-hc-53888-pr-2006-0024489-2/inteiro-teor-14101324>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BONFIM, E. M. **Júri**: do inquérito ao plenário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JÚNIOR, A. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NUCCI, G. S. **Contra o Tribunal do Júri: Júri decide sem vínculos a Códigos. Folha de São Paulo**. São Paulo, 23 maio. 2010. Disponível em:

<<http://editorart.wordpress.com/2010/03/23/contra-o-tribunal-de-juri/>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

_____. **Júri: Princípios Constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

PARENTONI, R. B. **Tribunal do Júri**. [S.D]. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>>. Acesso em: 23 maio 2014

RANGEL, P. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TUBENCHLAK, J. **Tribunal do Júri: Contradições e Soluções**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1997.

VIEIRA, S. R. **Tribunal do Júri: Democracia ou Encenação?** Rio de Janeiro: 24 jul. 2009. Disponível em: < http://www.soleis.com.br/artigos_juri.htm>. Acesso em: 23 maio 2014.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



NOVO CÓDIGO FLORESTAL: REFLEXÕES SOBRE AS VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL

*Nathália Caroline Maschio Ferreira*¹

Resumo: O mundo vive em um contexto de crise ambiental que parece irreversível, razão pela qual a proteção do meio ambiente passou a ser vista como um direito fundamental do ser humano e essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana, estando estampado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o que veda qualquer alteração legislativa que venha a diminuir a proteção hoje existente, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade, devido a violação do princípio de vedação de retrocesso ambiental. Na contramão disso, em maio de 2012, entrou em vigor a Lei n. 12.651 (Novo Código Florestal), que revogou o Código Florestal de 1965 e trouxe modificações claramente inconstitucionais ao cenário ambiental brasileiro.

Palavras-chave: Meio Ambiente, Código Florestal, Proibição de Retrocesso.

Introdução

O direito ao meio ambiente constitui direito fundamental de terceira geração, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que, até o início do ano de 2012, o Código Florestal em vigência era o instituído pela Lei 4.771/65, a qual se encontrava em consonância com a Constituição Federal e os direitos ambientais nela garantidos, todavia, em 25 de maio de 2012, após muita discussão na sociedade e no Congresso Nacional, entrou em vigor o chamado “Novo Código Florestal”, por força da Lei nº 12.651.

A recente legislação florestal trouxe inúmeras modificações ao direito ambiental brasileiro, apresentando dispositivos bastante incompatíveis com as garantias constitucionais anteriormente previstas, principalmente, no que se refere às mudanças relacionadas aos institutos de Reserva Legal e Área de Preservação Permanente (APP).

Cabe ressaltar que o Ministério Público Federal, bem com o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul firmaram posicionamento pela inconstitucionalidade da Lei nº 12.651/12, o que levou a Procuradoria-Geral da República a ajuizar três Ações Diretas de

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

Inconstitucionalidade (4901, 4902 e 4903), no STF, pelas quais se questiona as alterações relacionadas às APPs, à reserva legal e também à anistia para quem promove degradação ambiental.

Diante disso, propõe-se trazer reflexões acerca das inconstitucionalidades dos retrocessos empreendidos pelo Novo Código Florestal, visando defender a não aplicabilidade desta novel legislação, considerando ser esta manifestamente inconstitucional, porquanto proporciona um contexto de diminuição da proteção do meio ambiente, possibilitando a ocorrência de graves impactos ambientais.

1 Direito Fundamental ao Meio Ambiente

A ideia de que as ações humanas refletem negativamente sobre a natureza passou a ser uma certeza a partir dos avanços científicos empreendidos nas últimas décadas, que deram azo à grande preocupação existente nos dias atuais quanto à contenção dos danos ambientais já ocorridos, bem como em relação àqueles que virão a ocorrer caso não tomemos medidas eficazes a evitá-los.

Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, também conhecida por “Constituição Verde”, baseada em tratados internacionais e declarações sobre o tema, trouxe grandes inovações no âmbito da proteção ambiental, a fim de procurar garantir um Meio Ambiente saudável não só às presentes, mas também às futuras gerações (MACHADO, 2012, p. 150-151).

A partir disso, passou-se a considerar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de 3ª dimensão, localizado entre os denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, os quais estão ligados aos interesses de titularidade difusa ou coletiva, ou seja, aqui não mais se fala em interesses de um certo indivíduo em particular, passando-se a se preocupar com os interesses de grupos de pessoas e inserindo o ser humano em uma coletividade.

2 Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental

Completamente possível é a aplicação do princípio da proibição de retrocesso no âmbito dos direitos ambientais, já que o meio ambiente também depende de prestação estatal,

a fim de que a segurança jurídica supere os interesses econômicos, sustentando-se que sempre haja a melhora nos níveis de proteção ambiental já assegurados pelas leis ambientais e primando pela proibição da retrogradação do meio ambiente.

Nesse sentido, prefere Molinaro (2007, p. 67-68) utilizar a expressão *princípio de proibição da retrogradação socioambiental*, uma vez que “retrogradar expressa melhor a ideia de retroceder, de ir para trás, no tempo e no espaço”, sendo certo que o direito ambiental objetiva proteger, promover e evitar a degradação do ambiente, devendo coibir a retrogradação, pois esta viola os direitos humanos e desrespeita direitos fundamentais.

E acrescenta:

Ao atingir-se um estado superior, não se deve retornar a estágios inferiores, expressa a máxima central do primado da evolução dos seres e das coisas. Portanto, não se deve permitir o movimento de recuo, o declínio, o deslocamento para trás em matéria socioambiental. (MOLINARO, 2007, p. 68).

Assim como a proibição de retrocesso dos direitos fundamentais sociais, a proibição de retrocesso ambiental também está diretamente ligada aos princípios da dignidade da pessoa e da segurança jurídica, considerando-se condição essencial à efetividade da responsabilidade ambiental consubstanciada na utilização racional do meio ambiente com relação à ideia de fraternidade entre as presentes e as futuras gerações, e tratando-se de não apenas um *direito*, mas também um *dever* de todos e do Estado.

Desta feita que o princípio da proibição de retrocesso assume grandiosa importância na edificação do Estado Socioambiental de Direito, pois assegura níveis normativos mínimos na proteção jurídica do meio ambiente e, em outras palavras, garante a efetividade da dignidade da pessoa humana para as presentes e também para as futuras gerações (AGOSTINHO, 2013, p. 67).

Não se pode permitir que as conquistas consolidadas ao longo da história da humanidade sejam submetidas a um retrocesso que fragilize a proteção da vida condigna e dos direitos fundamentais, devendo-se cada vez mais lutar pela salvaguarda de tais direitos.

3 Os Retrocessos da Lei 12.651/12

A edição do novo Código Florestal brasileiro, concebido por meio da Lei 12.651/2012, demonstra que a legislação ambiental pátria vem passando por um processo de

flexibilização, todavia, tal processo se verifica antes mesmo da lei em questão, uma vez que já haviam sido adotadas diversas medidas legislativas no âmbito do Poder Público estadual, a fim de relativizar as normas florestais até então estabelecidas pela Lei 4.771/65.

Conforme sabido que o antigo Código Florestal brasileiro, com as alterações da Medida Provisória 2.166/2001, representava um dos mais importantes diplomas a nível de proteção ambiental já existentes no plano jurídico pátrio, isto em razão das medidas assecuratórias por ele trazidas, as quais visavam diminuir e punir práticas que causassem degradação ao meio ambiente.

Todavia, o Código Florestal de 1965 foi objeto de uma intensa discussão, objetivando a flexibilização da sua regulamentação jurídica, o que teve por óbvio o intuito de aumentar as áreas úteis à agricultura e à pecuária, em face das áreas até então protegidas, sobrevivendo, assim, a criação da supracitada Lei 12.651 de 2012 que empreendeu diversos retrocessos ecológicos, sobretudo, no que diz respeito às áreas de proteção permanente e de reserva legal, institutos estes de grande valor à proteção ambiental.

Não era novidade no cenário jurídico estadual e federal a pressão política para diminuição do rigor das normas referentes às áreas de proteção ecológica, como é o caso da reserva legal e da área de preservação permanente, em razão da relação existente entre a redução destes institutos e o crescimento econômico obtido através das atividades de agricultura e pecuária.

Na contramão disso, conforme asseveram Sarlet e Fensterseifer (2013, p. 309), a oposição à flexibilização dos institutos acima mencionados possui bojo na ideia de *desenvolvimento sustentável*, em outras palavras, na proibição de que a atividade econômica, seja pecuária ou agrícola, gere um aumento na degradação ambiental existente, vez que o desmatamento e as práticas agropastoris contribuem diretamente para o aquecimento global, estando a nova legislação florestal em total desencontro com o ordenamento jurídico ambiental consolidado através de muita luta política pela proteção ambiental.

A mudança legislativa trazida pelo Novo Código Florestal é, portanto, infundada e injustificável, já que trouxe dispositivos que ferem nitidamente as disposições constitucionais ambientais brasileiras, porquanto desrespeitam de forma direta, entre outros institutos que conferem a máxima preservação ao meio ambiente, o princípio de vedação de retrocesso ambiental e o dever de progressiva proteção, além de sobrevir logo num período de comprometimento brasileiro com a diminuição do desmatamento, especialmente na Floresta

Amazônica e no Pantanal Mato-grossense, visando reduzir suas emissões de gases geradores do aquecimento global. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 309-310).

Diante disso, em que pese a discricionariedade do legislador e da administração em matéria de direito ambiental, deverá a nossa Corte Constitucional se manifestar acerca da violação perpetrada pelos dispositivos do Novo Código Florestal que foram impugnados nas ADIs 4.901, 4.902 e 4.903 propostas pela Procuradoria Geral da República, tendo em vista a evidente falta de proporcionalidade da lei que invadiu o núcleo essencial do direito fundamental aqui abordado, bem como violou claramente o princípio da proibição de retrocesso.

Considerações Finais

Ante o contexto de crise ambiental em que vivemos e considerando ser o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental essencial à efetivação da dignidade da pessoa humana, é inadmissível que legislador infraconstitucional crie uma lei que venha a diminuir os padrões de proteção ambiental anteriormente existentes, em evidente violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental.

Todavia, foi exatamente o que ocorreu com o advento da Lei 12.651/12 que revogou o Código Florestal de 1965 e empreendeu diversos retrocessos ecológicos, sobretudo, no que diz respeito às áreas de proteção permanente e de reserva legal, institutos estes de grande valor à proteção ambiental e à função ambiental da propriedade, os quais foram reduzidos e até mesmo aniquilados pela nova lei, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Referências Bibliográficas

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. **Retrocesso no Código Florestal: Análise das mudanças relativas Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LOUBET, Luciano Furtado; ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. **Inconstitucionalidades dos retrocessos empreendidos pelo novo Código Florestal**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22582>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



Anais do

IV
&
VII

CONGRESSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS:
JURISDIÇÃO, ESTADO & CIDADANIA

ENCONTRO CIENTÍFICO
DO CURSO DE DIREITO

17 à 20 de Setembro
de 2014

Naviraí / MS

ISSN: XXXX.XXXX



A TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Maik Erimá dos Santos¹
Raphael Prieto dos Santos²*

Resumo: A deficiência do Estado com relação às garantias sociais dos cidadãos é latente. Não é difícil observar essas desigualdades que assolam toda população, e essa busca pela igualdade de justiça que a teoria da co-culpabilidade tenta inserir no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, devem ser observadas as formas como elas podem ser aplicadas na esfera penal do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Co-culpabilidade; Atenuante; Aplicação prática.

Introdução

A busca pela igualdade é uma das grandes metas dos últimos tempos. E com base nas teorias socialistas e as noções de igualdade jurídica, é que se tem buscado minimizar as diferenças entre as classes sociais tão latentes nas sociedades dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. A partir desses anseios é que surgiu a teoria da co-culpabilidade.

Como a teoria da co-culpabilidade visa, de certa forma, equiparar aqueles cidadãos que são mais abastados, e também por ser uma corrente do direito penal moderno, existe uma grande questão que paira sobre ela, que é com relação a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Tanto na sua aplicação, quanto na sua aceitação como tese em recursos perante os Tribunais brasileiros.

Ouro ponto a ser tratado, é a reflexão com relação é de como o direito penal no Brasil está em relação a outros países da América Latina. Em especial no tocante a teoria da co-culpabilidade, como esse tema é abrangido nas legislações de outros países e de que forma ela pode ser aplicada. São esses, e mais alguns outros pontos que serão tratados ao longo desse trabalho.

¹ Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

² Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Desenvolvimento

1. Conceito de co-culpabilidade

Antes de adentrar no tema principal do trabalho que é realmente a aplicação prática da teoria da co-culpabilidade, é necessário estabelecer o conceito desta teoria para que possa a partir de então discorrer sobre o restante dessa temática, tanto por que é também parte deste trabalho.

Sendo assim, o maior expoente desta teoria, Raul Eugênio Zaffaroni, estabelece um conceito para esta:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que tem menor âmbito de auto determinação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (n.118) e, hoje faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66 (ZAFFARONI, 2004, p.580).

Dessa forma Zaffaroni determina sua ideia perante esta teoria criada, pois como menciona, pelo fato da sociedade não poder “brindar a todos” de forma igualitária, esta deve então pagar. Ou melhor, o sujeito que se encontra na condição de não ter melhores oportunidades, nas situações em que ele deva ser punido, para com este, a análise de sua conduta deve ser relativizada.

Zaffaroni ainda cita no trecho acima, as ideias de Marat como sendo as precursoras dessa teoria, levando as ideias de Marat a chamada teoria da co-culpabilidade. Em seu livro, Zaffaroni descreve sobre essas ideias revolucionistas de Marat, vejamos:

Jean Paul Marat, (1743-1793), o revolucionário francês, era médico, não jurista, mas em 1799, na Suíça, apresentou em um concurso um “Plano de legislação criminal”, no qual é desenvolvida uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento talional kantiano. Por essa razão, não agradou aos jurados, que deram o prêmio a outro candidato. Marat começa afirmando que a pena mais justa é a talional, mas observa que isto só seria na medida em que a sociedade fosse justa (ZAFFARONI, 2004, p.256).

Marat, mesmo não sendo médico, fez uma brilhante observação perante a sociedade que o cercava aquela época. Ele com base no pensamento talional, que se tem como

regra “olho por olho, dente por dente”, observou que esta seria a forma mais correta de punir, no entanto a sociedade deveria ser igualitária para que se pudesse aplicar essa pena, caso contrário, estariam incorrendo em um erro.

Foram essas ideias socialistas e positivistas do filósofo francês Marat, que para Zaffaroni influenciaram diretamente na construção da teoria da co-culpabilidade, e partindo daí para o que se conhece dessa teoria.

2 Aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro

A aplicação da pena é um dos momentos mais importantes do processo, é aquele momento em que se lida incisivamente na pessoa do acusado. Para tanto, se vale o julgador, de uma série de fatores, para assim poder estabelecer a quantificação ideal da pena.

Dessa forma, o legislador, com o fim de nortear o julgador, ao elaborar a lei penal traçou uma série de etapas a serem observados pelo julgador no momento da aplicação da pena, sob pena de até serem nulos os atos que não obedecerem a legislação. (GRECO, 2012, p.555)

Isto posto, iniciaremos a tratar desse caminho a ser percorrido pelo julgador para a aplicação da pena, mais justa e sensata possível. E em se tratando da pena, o cálculo a ser realizado para que ela seja determinada, deve obedecer alguns critérios, bem como meios para se fazer isso. Para tanto, existem três fases distintas.

Assim como aponta Greco,

O art. 68 do Código Penal, determina que a pena será aplicada observando-se três fases distintas. Inicialmente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Nos tipos penais incriminadores existe uma margem entre as penas mínima e máxima, permitindo ao juiz, depois da análise das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do Código Penal, fixar aquela que seja mais apropriada ao caso concreto(...) (GRECO, 2012, p.555).

Conforme se denota do trecho citado, o início da aplicação da pena se dá a partir do que dispõe o artigo 68, passando por três fases. Primeiramente devendo ser encontrada a pena-base, para que depois possa ser aplicada as circunstâncias atenuantes e agravantes.

As circunstâncias judiciais a serem levadas em conta no momento da aplicação da pena encontram-se dispostas no artigo 59 do Código Penal, como se vê na disposição do referido artigo:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (CURIA, 2012, p.485).

Dessa forma, com base nessas circunstâncias, que o juiz deverá obedecer para chegar ao cálculo da pena base, observando sempre a fundamentação legal para tanto.

Num segundo momento, após o cálculo da pena base, o analisa as considerações acerca das circunstâncias atenuantes e agravantes. Essas circunstâncias encontram-se dispostas nos artigos 61 e 65 do Código Penal. Abaixo o artigo 61 *in verbis*:

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

- I - a reincidência;
- II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
 - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
 - l) em estado de embriaguez preordenada. (CURIA, 2012, p.485/486).

Vejamos também, o que dispõe o artigo 65 do Código Penal:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou (CURIA, 2012, p.486).

Ao analisar os artigos acima citados, verifica-se uma série de previsões que o Código Penal traz com relação as circunstâncias atenuantes a agravantes, que devem ser observadas na análise do caso concreto. No artigo 61, estão relacionadas as circunstâncias que agravam a pena. E no artigo 65 as que sempre atenuam a pena. Com efeito estas circunstâncias, que quando inseridas no Código Penal pelo legislador, se fazem medidas de justiça, pois em todo universo dos acontecimentos na esfera penal, em todos os casos existem suas peculiaridades, e é por meio dessas circunstâncias que se busca os meios mais justos para que possam ser aplicadas.

Posteriormente, deve-se atentar ao terceiro momento da aplicação da pena, vejamos nas palavras de Greco,

Por fim, quando houver concurso entre atenuantes e agravantes, a pena de aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (art. 67 do Código Penal) (GRECO, 2012, p. 558).

Nesse terceiro momento da aplicação da pena, na verdade, se trata das vezes em que no caso concreto há o conflito entre atenuantes e agravantes. Caso ocorra, como se vê no trecho citado acima, se faz necessário atentar aos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

3 A possibilidade do uso da teoria da co-culpabilidade no momento da aplicação da pena

Existem alguns doutrinadores que apontam cominhos quanto a possibilidade de uma aplicação prática dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Essa aplicação deve ser realizada mediante uma autorização implícita nos dispositivos já encontrados na lei penal brasileira.

Zaffaroni (2003, p.580), é um desses doutrinadores que afirma ser possível a aplicação dessa teoria. Para ele o art. 66 do Código Penal consegue abarcar a teoria da co-culpabilidade plenamente, vejamos: “art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstancia relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei” (CURIA, 2012, p.486). E é bem possível a utilização desse dispositivo como porta de entrada da teoria da co-culpabilidade, pois esclarece bem que as circunstâncias, mesmo que anteriores ou posteriores ao crime podem gerar uma atenuação da pena, e sem a necessidade ao menos ser essas circunstâncias descritas em lei.

Existem ainda alguns autores que salientam que o art. 59 do Código Penal, por se tratar de um rol que disciplina quanto a aplicação da pena, também autoriza a utilização desse princípio como um atenuante genérico da pena.

Bem como o artigo 187, §1º do Código de Processo Penal, que trata do que se refere ao interrogatório do acusado. Este dispositivo possui uma menção as oportunidades sociais do acusado, ponto este que bastante importa a teoria da co-culpabilidade, sendo aí também uma porta de entrada para esta teoria.

4. A aplicação da teoria da co-culpabilidade e o direito comparado

Existem vários países da América Latina que já admitem essa teoria em seu ordenamento jurídico. O principal país que adota esta teoria é a Argentina, que possui dois dispositivos que fazem menção a esta teoria, como se pode observar abaixo:

Artículo 40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; 2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso (ARGENTINA, 1984).

Observa-se então, que o direito penal argentino encontra-se numa escala mais avançada que o Brasil, pois além de prever a majoração da pena prevê ainda o aumento, fazendo referência a teoria da co-culpabilidade às avessas.

No direito penal mexicano, o dispositivo que contemplam a este princípio é o artigo 52, que diz:

Art. 52. El juez fijará las penas e de medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: V – la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales e económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres (México, 1931).

Assim como nos artigos já citados de outros países, também encontra-se o princípio da co-culpabilidade no que se refere aos usos e costumes, a educação, as condições sociais do sujeito, bem como os motivos que determinaram o indivíduo a delinquir. No entanto o artigo 52 do código penal mexicano tem uma aplicabilidade mais ampla, sendo utilizada também nas medidas de segurança.

No que se refere ao direito penal peruano, o artigo 45 prevê a co-culpabilidade, veja-se:

Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena: El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen (PERU, 1991).

Com relação a este dispositivo, o juiz ao aplicar a pena deve se ater as condições sociais do agente, aos costumes e cultura e ainda aos interesses tanto da vítima quanto das pessoas que dela dependem.

Já no direito penal costa riquenho, segundo Grégore Moura (2006, p. 75/76), não há uma previsão legal em seu ordenamento jurídico, no entanto, assim como no Brasil, há um dispositivo que elenca as atenuantes genéricas. Sendo assim, a co-culpabilidade pode se encaixar perfeitamente, vejamos o artigo 71 do Código Penal da Costa Rica:

Artículo 71. El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez. (COSTA RICA, 1970).

Sendo assim, a co-culpabilidade deve ser aplicada mediante essa brecha em que a lei permite, em outras palavras, pelo fato da lei não prever especificamente assim pode ser aplicado.

No direito penal paraguaio a previsão deste princípio encontra-se no artigo 65, que dispõe:

Artículo 65.- Bases de la medición

1º La medición de la pena se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella; se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.

2º Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:

1. los móviles y los fines del autor;
2. la actitud frente al derecho;
3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho;
4. el grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o, en caso de omisión, de actuar;
5. la forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho;
6. la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas; y
7. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima. (PARAGUAI, 1997)

Analisando o artigo exposto acima, depreende-se que o juiz deve analisar antes da fixação da pena, as condições sociais do acusado bem como as condições econômicas, para então fixar o *quantum* da pena.

Diante disto, pode-se afirmar que são países que possuem legislações que estão em patamares diferentes. Por exemplo, pode-se observar que tem países como a Argentina que tem um grande avanço nessa seara e em contrapartida outros países que estão na mesma situação do Brasil, e possuem um certo “atraso”, no que se refere à legislação penal.

5. Alguns julgados dos Tribunais brasileiros frente a utilização da teoria da co-culpabilidade como atenuante genérica da pena

Como se pode perceber, esta é uma teoria pouco difundida no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, apesar de não muito fomentada, tem-se visto em algumas teses de argumentação em sede de defesa a utilização dessa teoria como veremos nos julgados abaixo. Primeiramente o julgado de um Habeas Corpus do ano de 2013, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA.PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAMEAPROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃOCONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender apreensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório. 2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. 3. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2013).

Como se viu, apesar de ser utilizado pela defesa como argumento válido, o Tribunal não admitiu denegando o Habeas Corpus.

O julgado que veremos logo abaixo, é do Superior Tribunal de Justiça, também é um Habeas Corpus, que teve sua análise no ano de 2013, vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes. 2. A teoria da co-culpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, "no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos" 3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. 4. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo. 5. Ordem de habeas corpus denegada (BRASIL, 2013).

Logo abaixo veremos uma apelação criminal jugada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 2011:

APELAÇÃO-CRIME. FURTO QUALIFICADO. PRINCIPIO DA CO-CULPABILIDADE. INAPLICABILIDADE. Inviável a aplicação da atenuante genérica. As desigualdades econômico-sociais não têm o condão de justificar a prática de condutas ilícitas. DELITO CONSUMADO. Ainda que o réu não tenha tido a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos, estes saíram da esfera de vigilância da vítima. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime (BRASIL, 2011).

Na primeira ementa apresentada, esta é de um julgamento do Superior Tribunal de Justiça, salientando que este mesmo Tribunal não tem admitido esta teoria como sendo justificativa para os delitos. No segundo julgado apresentado, também é do Superior Tribunal de Justiça, e este se justifica ainda de uma outra forma, onde seria um prêmio a ser dado aqueles

cidadãos que buscam se apoiar na criminalidade para assim fazerem um meio de vida, entendendo dessa forma inviável sua aplicabilidade. No terceiro julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde se manifesta também pela inaplicabilidade do teoria da co-culpabilidade do Estado.

Ante os julgados acima apresentados, vemos a expressa não aplicação da teoria da co-culpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal, bem como pelo que dispõe o art. 59 do Código Penal, que trata da primeira fase da aplicação da pena, posto que todos os julgados se posicionaram pela inviabilidade de tal teoria.

Considerações Finais

Ante o exposto, fica evidenciado que a lacuna nas prestações de serviços sociais básicos, enseja que algo tenha que ser feito. Diversas medidas devem ser tomadas para que sejam compensadas essas deficiências. Medidas essas que podem ser tanto no âmbito legislativo, executivo ou judiciário, como é o caso deste trabalho.

E a teoria da co-culpabilidade, se torna assim uma ferramenta para que essas desigualdades sociais possam ser amenizadas. Mas que como pôde ser observado encontra grande embate ao se efetivar no ordenamento jurídico, sendo entendida pelos Tribunais como não sendo passível a sua aplicação como sendo uma atenuante da pena. Apesar da lei não proibir essa forma de atenuante da pena.

Contudo, os julgadores devem repensar a atual conjuntura da sociedade brasileira, reanalisando o atual patamar em que se encontra, estando mais próximos da realidade e contemplando o direito de cada indivíduo, tornando-o cada vez mais justo.

Referências Bibliográficas

ARGENTINA, Governo. **Código Penal de la Nación Argentina**. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 187132 MG 2010/0185087-8. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 187132 MG 2010/0185087-8. Relator (a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura. T6 - Sexta Turma. Publicação: DJe 18

fev. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23055629/habeas-corpus-hc-187132-mg-2010-0185087-8-stj>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 213482 SP 2011/0165566-6. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. **Jus Brasil**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24203504/habeas-corpus-hc-213482-sp-2011-0165566-6-stj>>. Acesso em: 22 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime nº 70044061299, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque. Porto Alegre, RS, 25 ago. 2011. **Jus Brasil**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20698276/apelacao-crime-acr-70044061299-rs-tjrs>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum Compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

COSTA RICA, Governo. **Código Penal de Costa Rica**. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN030638.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, 1: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MÉXICO, Governo. **Código Penal Federal**. Disponível em: <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>>. Acesso em: 01 set. 2014.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2006.

PARAGUAI. **Código Penal de Paraguay**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

PERU, Governo. **Código Penal**. Decreto Legislativo n.º 635. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 01 de set. de 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.